

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

João Paulo Mendes Neto

A Tutela do Direito à Saúde e a Integração legislativa da Constituição Federal: uma investigação de efetividade do Poder Judiciário sob a ótica do Conselho Nacional de Justiça

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2013

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

João Paulo Mendes Neto

A Tutela do Direito à Saúde e a Integração legislativa da Constituição Federal: uma investigação de efetividade do Poder Judiciário sob a ótica do Conselho Nacional de Justiça

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Do Estado, subárea de Direito Constitucional na linha de pesquisa: A abertura dos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988, sob a orientação da Professora Titular, Doutora Silvia Carlos da Silva Pimentel.

São Paulo

2013

Banca Examinadora

À minha Família, à Bruna, aos meus amigos, aos meus mestres,
a Deus,
minha eterna gratidão.

AGRADECIMENTOS

A Deus, a Quem tudo se resume;

Aos meus pais, Socorro e Brett e João Paulo e Alena, que me deram, em dobro, a educação, disciplina, carinho e sobretudo o amor incondicional que me proporcionou concretizar este trabalho;

Aos meus irmãos, Maiana e Lucca, pelo companheirismo fraterno e apoio imensurável ao longo dessa jornada jurídica;

Aos meus avós, João Paulo e Rosy e Paulo (*in memoriam*) e Emília, por serem verdadeiros exemplos humanos de valores, ética, princípios e, mais que tudo, de humildade e por serem responsáveis pela base da presente dissertação;

Aos meus tios e tias, primos e primas e a todos os meus familiares que contribuíram de formas particulares na minha formação acadêmica, sem a qual não seria pensável este estudo;

Ao meu amor, Bruna, por seu amor incondicional, amizade e apoio incomensurável servindo para mim com um verdadeiro porto-seguro onde sempre organizei e aclarei as idealizações para o presente trabalho, te amo para sempre e mais;

À Cilica, à Bena, à Jaci, à Júlia, à Rosa, à Rosilda e ao Daniel, por todos os incentivos morais que colaboraram para terminar esta pesquisa;

Aos meus amigos-irmãos, Allan e Adelvan, por todas as discussões acadêmicas enriquecedoras deste trabalho;

A todos os meus amigos de São Paulo que uma forma ou de outra contribuíram para a conclusão desse trabalho, os saúdo em nome de Orestes Plastino, Kléber Giacomini Lucas Rosa, Pedro leite e Vinicius Franco;

Aos meus Mestres que me deram o maior tesouro da vida, o conhecimento e, especificamente, aos Professores André Ramos Tavares, Antônio Carlos Mendes, Silvio Luis Ferreira da Rocha, Luiz Alberto David Araujo, Vidal Serrano Nunes Júnior, Maria Garcia, José Eduardo Soares de Melo, Felipe Alexandre Ramos Breda, Márcia Soares de Melo, Roque Antônio Carrazza, Julcira Maria de Mello

Vianna, Ubaldo Juveniz Jr., Paulo Klautau Filho, Sandro Alex Simões, Jean Carlos Dias, Ney Sardinha e Emília Farinha, que se valeram da sala de aula para fazer mais que ensinar;

Ao Dr. Renato Giordano, por seus ensinamentos basilares da ciência jurídica que foram aplicados no presente estudo;

Ao meu mestre, Dr. Isaac Bentes, por ser um profissional exemplar, um advogado incomparável, um procurador competente e acima de tudo um professor cuja vontade de ensinar é insaciável. A fonte permanente de conhecimento me coloca na qualidade de seu eterno devedor;

A todos os integrantes do escritório que fazia parte, a quem agradeço na pessoa da Dra. Kelma Coutinho, pelo infinito apoio e compreensão no meu período de ausência para que esta dissertação se realizasse;

À minha orientadora, a quem eu admiro como estudiosa do Direito, representante dos Direitos Femininos Internacional e, principalmente, como ser humano, Professora Silvia Carlos da Silva Pimentel por toda sua orientação, compreensão e mais importante, sua amizade, este trabalho é nosso.

Enfim, a todos que contribuíram direta ou indiretamente na criação e elaboração desta dissertação, pois, certamente, o esforço particular de cada um somou-se para viabilizar a realização da mesma.

"Não há nada como um sonho pra criar o futuro",

[Leonardo da Vinci]

Logo,

"Comece fazendo o que é necessário, depois o
que é possível, e de repente você estará fazendo
o impossível".

[São Francisco de Assis]

RESUMO

Esse trabalho tem o condão de apresentar o princípio da separação de poderes como premissa base para justificar a efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário. Tem, ainda, o objetivo de definir e justificar os direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais, de modo que se lhes reconheça, assim como aos direitos civis e políticos, a aplicabilidade imediata conferida pela Constituição Cidadã de 1988. Estabelecidos esses pressupostos, o estudo defende a capacidade de o Poder Judiciário funcionar como instância para dar efetividade às garantias sociais, especificamente, o direito à saúde, apesar de reconhecer que não incumbe somente àquele Poder assegurar tal efetividade. Essa análise é feita mediante decisões do Supremo Tribunal Federal e as fundamentações jusfilosóficas invocadas que levarão à legitimidade deste Poder atuar na defesa de direitos fundamentais. Tal legitimidade será levantada ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) verificando diante de seu papel constitucional até que ponto o mesmo deve e pode atuar na efetivação de tais direitos como representante do Judiciário em sede extrajurídica para que haja uma maior uniformidade na legislação orçamentária com a Constituição Federal e, conseqüentemente, com a garantia efetiva dos direitos fundamentais. Por fim, defende-se que a estruturação da Constituição Federal permite afirmar que o Estado Brasileiro está voltado à razão última de melhorar a realidade social afetada pela falta de reconhecimento desses direitos à coletividade e que tal função pode, perfeitamente, ser do CNJ.

Palavras-chave: Direitos Sociais. Direitos Fundamentais. Justiça Comutativa. Justiça Distributiva. Judicialização da Política. Integração Normativa. Conselho Nacional de Justiça. Efetividade.

ABSTRACT

This work aims to present the principle of the separation of Powers as a base premise to justify the effectuation of social rights by the Judicial Power. This study also objectives to define and justify the social rights as true fundamental rights, in a manner that recognizes, as civil and political rights, an immediate applicability given by the Citizen Constitution of 1988. Established these presuppositions, this work defends the capacity of the Judicial Power to function as a form to give effectiveness to social guarantees, especially, to the right of health, despite recognizing that it does not belong only to that Power ensure such effectiveness. This analysis is made by the decisions of the Brazilian Supreme Court and the philosophical justifications invoked, which will lead to the legitimacy of this Power to act in the defense of fundamental rights. This legitimacy will also be questioned to the National Council of Justice (NCJ), verifying through its' constitutional functions until what point this Council should and could act in the effectuation of these rights as a representative of the Judicial Power in a non-legal manner so that there is a much greater uniformity between the budget legislation and the Federal Constitution and consequently, with the effective guarantee of fundamental rights. Finally, it is defended that the structure of the Federal Constitution allows the affirmation that the Brazilian State is turned to the ultimate reason to improve the social reality affected by the lack of recognition of these rights to society and that such a function could perfectly well be of the NCJ.

Keywords: Social Rights. Fundamental Rights. Commutative Justice. Distributive Justice. Judicialization of Politics. Normative Integration. National Council of Justice. Effectiveness.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	CAPÍTULO I – SEPARAÇÃO DE PODERES.....	16
2.1	UM BREVE HISTÓRICO E CONCEITO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.....	16
2.2	A TEORIA DE SEPARAÇÃO DE PODERES CONTEMPORÂNEA: CONCEITO E APLICAÇÃO NO BRASIL.....	25
2.3	A SEPARAÇÃO DE PODERES COMO PRINCÍPIO: LIMITAÇÃO E RELATIVIZAÇÃO.....	30
3	CAPÍTULO II – OS DIREITOS SOCIAIS.....	42
3.1	A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO.....	42
3.2	A PROBLEMÁTICA DOS DIREITOS SOCIAIS NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E O CUSTO DOS DIREITOS.....	47
3.3	CONCEITOS DE JUSTIÇA SOCIAL – JUSTIÇA RETRIBUTIVA E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA.....	61
3.4	A POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....	66
3.5	LIMITAÇÕES À ATUAÇÃO JUDICIAL NOS DIREITOS SOCIAIS.....	75
4	CAPÍTULO III – OS DIREITOS SOCIAIS E AS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO.....	83
4.1	AS DEMANDAS SOCIAIS DE SAÚDE NO DIREITO BRASILEIRO.....	83

4.2 FUNDAMENTAÇÕES JUSFILOSÓFICAS E CRITÉRIOS DE JUSTICIABILIDADE.....	86
5 CAPÍTULO IV - O MODELO LEGISLATIVO E AS NORMAS DE SAÚDE PÚBLICA.....	111
5.1 NORMAS ORÇAMENTÁRIAS	111
5.2 FUNÇÃO E INTEGRAÇÃO NORMATIVA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL - MUDANÇAS NECESSÁRIAS - PREVISIBILIDADE TEÓRICA E APLICABILIDADE PRÁTICA NO BRASIL	117
6 CAPÍTULO V - DIREITO À SAÚDE E O CNJ: REALIDADE ESTATÍSTICA BRASILEIRA.....	131
6.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O CNJ – COMPETÊNCIA – PODER E LIMITES ADMINISTRATIVO-FINANCEIRO	131
6.2 ATUAÇÃO DO CNJ: MOMENTO ANTERIOR À APROVAÇÃO DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS	143
6.3 O CNJ COMO FOMENTADOR FINANCEIRO DO JUDICIÁRIO EM SEDE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIMITES.....	147
6.4 ADOÇÃO DE MECANISMOS CRITERIOSOS CAPAZES DE PROMOVER UMA SOLUÇÃO	155
7 CONCLUSÃO	159
REFERÊNCIAS.....	162
ANEXOS NORMATIVOS.....	171

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Cidadã de 1988, em seu artigo 5º, assegura aos cidadãos os direitos individuais basilares a essência humana que compõem a pavimentação do ordenamento jurídico pátrio. O artigo 6º, por sua vez, garante aos tutelados direitos sociais, coletivos, inerentes à sociedade como um todo e que nesse projeto de pesquisa se definem e justificam como verdadeiros direitos fundamentais, de modo que se possa reconhecê-los uma aplicabilidade imediata conferida pela Constituição de 1988.

É certo afirmar que essas garantias (individuais e sociais) contribuem com a organização do Estado Democrático de Direito. Desse modo, o Legislador criou os três poderes, cujas competências e funções se encontram insculpidas no Texto Máximo. O Legislativo, Executivo e Judiciário trabalham separadamente com um objetivo comum, ou seja, aplicar efetivamente os direitos previstos na Carta Política de 1988 para estruturar a República Federativa do Brasil.

Entretanto, infelizmente, pelo caráter jovial que ainda cerca o texto constitucional, dentre outros fatores, existe um grande hiato entre a previsão teórica e a aplicação prática desses direitos, pois o Estado obrigatoriamente necessita de vários aparatos externos que o texto normativo não consegue suportar. É impossível garantir a efetividade dos direitos previstos na Lei Suprema da Nação, sem levar em conta a esfera política, a econômica, a cultural e o mercado.

Assim, é notório que os recursos do Estado são limitados pelo Plano Plurianual (PPA), criado no primeiro ano de governo para tratar dos gastos dos quatro anos seguintes. Os referidos recursos estatais são disciplinados pelas prioridades e metas contidas na Lei de Diretrizes Orçamentária (LDO), publicada anualmente. Esta Lei é regida pela Lei Orçamentária Anual (LOA), cuja função é a de direcionar, por meio de programas e ações, os recursos financeiros do país que ficam comprometidos a uma destinação específica pelo período nela definido.

Dessa forma, os cidadãos se valem do texto constitucional para levar ao Poder Judiciário, conflitos que afetam direitos nela assegurados.

Contudo, não são as decisões judiciais em si e os direitos individuais o cerne deste conflito, mas os direitos sociais, especificamente, o direito à saúde levado a este Poder. Curial a

isto, é evidente que o Estado, através do Poder Judiciário, terá que observar a matéria de litígio a ele apresentada.

Todavia, no que concerne o princípio da separação dos Poderes, um Poder não deve se inserir nas competências reservadas ao outro. Por outro lado, os direitos que um cidadão pleiteia estão previstos na Constituição Federal, logo não deve o Estado negar de garanti-los. Porém, não se trata de uma mera abstenção estatal, pois a programação orçamentária precisa ser seguida com o fito de garantir o bem estar de todos.

Para tanto, a referida programação orçamentária precisa extrair a pretensão normativa contida no Código Supremo, devendo estar adequada para produzir os efeitos de uma proteção a um direito basilar como a saúde. Desse modo, é nesse cenário que se discute o arranjo institucional da integração legislativa (de normas orçamentárias) presente na Constituição Federal, inquirindo se essa permite ao Judiciário efetivar de forma mais eficiente tal garantia social.

Nesse sentido, após um breve estudo da extensão que deve o Poder Judiciário apreciar e julgar o direito social à saúde de forma que se aplique efetivamente a previsão constitucional, enfrentando as fundamentações jus-filosóficas que devem ser realizadas nestes julgamentos, passa-se a analisar o Poder Judiciário, não com base na sua função ordinária, jurisdicional, mas como órgão administrativo à luz de sua formação estrutural interna, conduzida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) se é que assim pode ser conceituado.

O CNJ tem o dever, dentre as suas principais atribuições, apresentar a proposta orçamentária (do Judiciário), a ser aprovada pelo Plenário. É este órgão que assessora e executa a função técnico-administrativa necessária à preparação e à execução de sua gestão administrativa, das atividades do Plenário, da Presidência do CNJ, da Corregedoria Nacional de Justiça, dos Conselheiros e das Comissões¹.

Assim, recorre-se ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão constitucionalmente previsto como aquele encarregado da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário em busca de efetivar as decisões judiciais voltadas à saúde. Trata-se de um órgão voltado à reformulação de quadros e meios no Judiciário, sobretudo no que diz respeito ao controle e à

¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Sobre o CNJ. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 05 out., 2011.

transparência administrativa e processual por meio de ações de planejamento voltado ao aperfeiçoamento do serviço público na prestação da Justiça².

No regimento interno desse órgão administrativo encontra-se previsto dentre as competências do Plenário o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados. Cabe ao CNJ, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, o seguinte: estimular o desenvolvimento de programas de aperfeiçoamento da gestão administrativa e financeira dos órgãos do Poder Judiciário e de interligação dos respectivos sistemas, estabelecendo metas; celebrar termo de compromisso com as administrações dos Tribunais para estimular, assegurar e desenvolver o adequado controle da sua atuação financeira e promover a agilidade e a transparência no Poder Judiciário³.

Nesse contexto analisa-se qual é a importância da promoção à saúde em um país como o Brasil e como esta promoção requer, a partir do seu arranjo institucional baseado em normas programáticas, uma integração legislativa à Constituição Federal e uma atuação consciente do Poder Judiciário em relação produção de políticas públicas⁴. Defende-se que cabe a este Poder, por meio do seu órgão administrativo-financeiro, o CNJ, se inserir no debate prévio à aprovação da lei orçamentária anual, no sentido de garantir que o orçamento seja planejado de forma a garantir a efetividade das decisões judiciais que satisfazem direitos fundamentais. Assim, indaga-se pela possibilidade do CNJ criar um reservatório orçamentário para o fomento e efetivação das decisões judiciais, verificando se o mesmo tem a competência de instituir bancos de dados ligados à saúde a fim de que o magistrado possua um acervo completo de informações ao decidir.

² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Sobre o CNJ. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 05 out., 2011.

³ Idem.

⁴ *Os Estados, porém, que ainda não chegaram à idade adulta do desenvolvimento (ex vi Brasil), não podem se apartar, por conseguinte, de três conceitos básicos, que lhes afiançam a sobrevivência: o de soberania, o de Estado Social e o de Constituição dirigente, vinculante ou programática.* BONAVIDES, P. “García-Pelayo e o Estado Social dos Países em Desenvolvimento: O Caso do Brasil”. In: **Constitución y Constitucionalismo Hoy**. Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2000. *apud* STRECK, L. L. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito. 2 ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2004. p. 69.

Por fim, se verificará se o CNJ tem competência para tanto e quais são seus limites dentro da ordem constitucional para tal afirmação.

2 CAPÍTULO I – SEPARAÇÃO DE PODERES

2.1 UM BREVE HISTÓRICO E CONCEITO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Como pressuposto para adentrar na problemática de eficácia envolta dos direitos sociais, objeto central desse trabalho dissertativo, faz-se necessário ter uma compreensão da teoria de separação dos poderes. Nesse sentido é que se apresenta este capítulo que terá o objetivo de traçar um breve histórico da evolução da separação de poderes – o seu conceito – a separação de poderes contemporânea e a separação dos poderes como princípio jurídico, logo este (capítulo) servirá de instrumento para a construção das ideias nos capítulos seguintes, bem como para posição defendida nessa dissertação.

Feitas essas considerações inicia-se como o historicismo da separação de poderes. Pode-se estender a evolução da teoria de separação de poderes desde o império grego e a experiência da *polis*, encontrando em Platão e Aristóteles uma ideia inicial de tirania e oligarquia por conta de uma centralização de poder⁵. Esse marco histórico é importante, mesmo que raramente citado, pois deste nascerá os pensamentos tradicionais de separação de poderes. Assim surge o desenvolvimento do conhecido pensamento aristotélico segundo o qual todo o governo é constituído por três Poderes. Ao primeiro Poder cabia a função deliberativa do Estado (paz, guerra, criação de leis, etc.); ao segundo Poder incumbia a organização de todas as funções públicas essenciais estatais (oficiais militares), por fim ao terceiro Poder cabia a função jurisdicional (julgadora) ⁶.

Com a evolução do Estado, no ocidente moderno, séculos XVI e XVII e o surgimento do fenômeno da centralização territorial e da concentração funcional, autores como Maquiavel explana uma teoria absolutista do poder, desraizada das implicações éticas e teológicas, como também, da obrigatoriedade de bipartição ou tripartições funcionais. Teoria esta que retratava o

⁵ SALDANHA, N. **O Estado Moderno e a Separação de Poderes**. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 145-148.

⁶ ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 94-128.

Estado como um corpo unitário, erguido sobre um território próprio e unificado, dotado de ascendência moral e de total poder com seus súditos⁷.

Seguindo os ensinamentos dos pais fundadores da filosofia ocidental (Platão e Aristóteles), John Locke, no ocidente moderno, no início do liberalismo europeu, concomitante às teorias absolutistas desenvolveu um novo viés à concepção de separação de poderes até então vivida. Esse pensador inglês introduziu um pensar que seria fundamento para a revolução liberal; defendia a necessidade da separação entre os Poderes Executivo e Legislativo, especificando que ao primeiro caberia tão somente a função de executar as leis e ao segundo a função de elaboração das leis. Aponta-se a importância que Locke atribuía ao fato de que as pessoas destes Poderes, obrigatoriamente, deveriam ser distintas para se evitar, sobretudo a não obediência à norma. Nessa concepção o terceiro Poder, o Órgão Judicante se enquadraria no Poder Executivo⁸.

Deve-se ressaltar que o pensamento lockeano traz ainda um Poder adjunto ao Executivo, o Federativo, responsável pela dimensão internacional de soberania do Estado (fazer paz e guerra). Dessa teoria e de outros iluministas à época cria-se a expressão *checks and balances*, que nada mais significa que checar e balancear os Poderes, uma ideia que concebia a inibição das exorbitâncias e abusos pelo Poder Executivo.

No século seguinte (XVIII) o pensador francês, Montesquieu, com o intuito de combater a monarquia absolutista, propõe uma separação de poderes que evita a concentração de poder, dando uma prevalência ao Poder Legislativo, o qual teria a função de fazer e corrigir ou anular as leis. Nessa concepção o Executivo executaria as leis e o Judiciário julgaria as demandas dos indivíduos ou os crimes. Fato é que para Montesquieu o Poder Legislativo ocupava a função central, deixando o Judiciário a se tornar apenas “a boca da lei”, isto é uma aplicação literal daquilo contido na lei⁹. Resta claro a ideia de superioridade do Legislativo no livro deste pensador, *O Espírito da Lei*.

⁷ SALDANHA, N. **O Estado Moderno e a Separação de Poderes**. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 152.

⁸ ROCHA, E.B. **A Justiciabilidade do Direito Fundamental à Saúde no Brasil**. 1.ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. 140.

⁹ ROCHA, E.B. **A Justiciabilidade do Direito Fundamental à Saúde no Brasil**. 1.ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. 140.

Montesquieu defendia ainda que os três Poderes, obrigatoriamente, precisariam ser repartidos entre órgãos e pessoas distintas, para possibilitar uma maior fiscalização e equilíbrio entre os poderes. Para este, o poder é algo que só pode ser contido com o próprio poder, logo a prevalência do Estado de Direito (constitucional) consagra esse princípio da separação de poderes, onde o poder (previsto na norma) limita o poder (estatal).

Com base nessa clássica teoria de Montesquieu é que Geraldo Ataliba retrata os ensinamentos de Pallieri.

Balladore Pallieri foi quem, a nosso ver, melhor expôs a clássica formulação de Montesquieu. Por isso calcamos no mestre de Milão a nossa síntese. Ele parte da observação de que a multiforme atividade exercida pelo Estado pode dividir-se, de acordo com um critério radical, em atividade legislativa, executiva e jurisdicional. Cada qual destas três atividades seria diversa das outras, por seus caracteres próprios e intrínsecos e por sua natureza. (...) A teoria da divisão do poder diz que qualquer atividade exercida pelo Estado deve antes de tudo predispor-lo a regulá-la preventivamente, por meio de atos mediante normas gerais e abstratas. Não pode o Estado iniciar concretamente a sua ação num ou noutro campo e dar ordens a um ou a outro indivíduo. Primeiramente há de haver disciplinado a matéria de modo geral, ditando em abstrato as regras para a própria atividade, os seus limites e modalidades. Só depois disso poderá passar para a ação concreta. (...) A teoria da divisão do poder conclui por afirmar que a atividade administrativa há de ser precedida pela legislativa e nesta encontra o próprio guia, o próprio fundamento e o próprio limite¹⁰.

Ratifica-se por tanto ideário por trás da teoria clássica de separação de poderes, pessoas em poderes diferentes limitando o próprio poder do Estado.

No final do século XVIII, especificamente 1789, ainda no auge do liberalismo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi proclamada na França contendo uma previsão expressa de separação de poderes. Esse marco histórico realça a importância dessa teoria de composição do Estado a fim de assegurar direitos aos seus tutelados¹¹.

O artigo XVI desse dispositivo legal prevê *in verbis*,

¹⁰ ATALIBA, G. **República e Constituição**. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 49-50.

¹¹ ROCHA, E.B. **A Justiciabilidade do Direito Fundamental à Saúde no Brasil**. 1.ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. 141.

Qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não está em segurança, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição¹².

Desse modo, a teoria de separação dos poderes ganha uma nova “roupagem”, pois passa ser um instrumento na constituição de um Estado incumbido de garantir e assegurar os direitos fundamentais, direitos estes a princípio de cunho liberal, mas posteriormente até os direitos sociais, algo que esta dissertação sustenta firmemente.

Feita essas afirmações, faz-se necessário trilhar, brevemente, a evolução do Estado moderno para acompanhar a evolução da teoria de separação de poderes e identificar o contexto que o artigo XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão veio à tona.

Vejamos.

Sabe-se que historicamente, desde o advento do Estado, este passou por várias transformações tanto no que tange sua organização (teorias constitutivas como a de separação de poderes) como o regime de ordenamento adotado. Ao recortar um momento específico da história, cita-se do século XVIII ao XX, se percebe várias fases de transições que o Estado incorreu visando à satisfação dos anseios sociais.

Primeiro, o Estado Liberal, não interventor, onde a economia era guiada pelos setores privados – um Estado absolutamente garantidor de livre iniciativa, autonomia da vontade e liberdade com fito de alcançar uma democracia plena debruçada na ideia do indivíduo como autor e destinatário de seus direitos. Nesse sentido, surge e se fortalece o liberalismo político – social – econômico e filosófico.

Nesse período específico é que se visualiza as ponderações clássicas de Montesquieu, a proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e um Estado que dava grande ênfase no Poder Legislativo, pois conforme dito em outras palavras, anteriormente, a lei representava o modo de conter o poder estatal, restando ao Poder Judiciário ser a “boca da lei”¹³ e garantidor dos direitos e garantias de liberdades nos limites da lei.

¹² FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decl1789.htm>. Acesso em: 26 out. 2012.

¹³ ROCHA, E.B. **A Justiciabilidade do Direito Fundamental à Saúde no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. 141.

Entretanto, o marco histórico da queda da bolsa de Nova Iorque em 1929 serviu de ponto de partida para uma crise econômica vivenciada mundialmente.

Nesse contexto, discursos intervencionistas/socialistas sobem ao pódio para demandar mudanças, para propor novos ideais de igualdade, onde o Estado passa ter uma presença ativa na economia regendo e regulando-a para que todos os seus tutelados possam ter os seus direitos sociais (moradia, educação, saúde, educação) garantidos. Esta passa a ser a realidade de muitos países europeus e asiáticos até se deparar que o Estado não pode arcar com tantas demandas e que o déficit deste superou suas receitas espalhando uma crise social onde a burocracia se tornou inimiga da democracia.

Inserido no Estado social do início do século XX, a teoria de separação de poderes calcada no fenômeno de constitucionalização dos direitos fundamentais, passa a ter como Poder central o Executivo. Com a previsão de direitos sociais como a saúde no texto constitucional, o Poder Executivo toma a frente dos demais para satisfazer as necessidades básicas da sociedade por meio de implementação das políticas públicas. Nesse contexto, supera-se a prevalência do Legislativo e o Executivo junto com o Judiciário que teve uma ampliação de suas funções (decisões coletivas e controle judicial de constitucionalidade de leis) passam a ter uma postura política mais ativa.

No Brasil, entretanto, lembra-se que o Judiciário continuava a se limitar sem garantir os direitos fundamentais diante das omissões dos demais poderes, tanto pela ausência de leis ou de políticas públicas.

Assim, é que, Friedrich Hayek invoca a necessária transição para o neoliberalismo em um momento em que o mundo se encontra globalizado, o mercado se revela cada vez mais uno e ânsia de competição para se tornar um Estado desenvolvido, maior.

Portanto, passa a se estudar os ensinamentos de Lenio Luiz Streck que contribuiu para ampliar o horizonte do debate no que concerne o papel do Estado nos dias atuais e, é compreendendo este papel que se compreenderá também uma nova seara no conceito de separação de poderes, conforme será visto nos seguintes itens.

Este jurista, em sua obra, discorre acerca do pós-intervencionismo cuja característica reflete a diminuição da atuação estatal com vista a retornar ao modelo clássico liberal, pois as imensas responsabilidades assumidas pelos Estados sociais geram lentidão, custo, burocracia e ineficiência¹⁴. É válido lembrar que o Brasil nunca viveu um regime socialista, mas as experiências afora explicitaram a falibilidade deste regime.

Assim, dentro desta concepção neoliberal, um novo liberalismo adaptado às condições e realidades sociais, Streck lembra que nunca se poderá voltar ao *status quo*, ou seja, ao liberalismo dos séculos XVIII e XIX, uma vez que as experiências sociais vividas impedem o retorno às bases do Estado mínimo. As marcas deixadas pelo Estado interventor se enraizaram de tal forma que não podem ser apagadas por completo; não se pode desconstruir uma evolução histórica, ademais em um país como o Brasil que sequer passou pela experiência social¹⁵.

Desse modo, o Estado atual se deparou em crise e é notório saber que este está inserido num universo de globalização, ou melhor, de globalizações.

Para Boaventura de Sousa Santos,

(...) aquilo que habitualmente designamos por globalização são, de facto, conjuntos diferenciados de relações sociais; diferentes conjuntos de relações sociais dão origem a diferentes fenômenos de globalização. Nestes termos, não existe exatamente uma entidade única chamada globalização; existem, em vez disso, globalizações. Em rigor, este termo só deveria ser usado no plural. Enquanto feixes de relações sociais, as globalizações envolvem conflitos e, por isso, vencedores e vencidos. Daí, a definição de globalização por mim proposta: a globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival.¹⁶

Neste universo advêm resultados positivos como a troca de bens, informações e cultura, porém acarretam inúmeros aspectos negativos como a constante ânsia de competição para produzir e com isso enriquecer a economia interna sem medir barreiras.

Curial a isto é que se introduz a crise atual do Estado, onde este se identifica como “mera agência política” possuindo uma centralidade em face de sua relação com o território e a

¹⁴ STRECK, L. L. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. P. 34.

¹⁵ Idem. p. 37.

¹⁶ SANTOS, B. S. **A Gramática do Tempo: Para uma Nova Cultura Política**, São Paulo: Cortez, 2006, vol. 4, p. 433-470.

população. Nesse sentido, pode se afirmar, segundo Streck, que a soberania do Estado está posta em cheque uma vez que com as globalizações a lei maior não é mais a Constituição Federal, mas a Lei do Mercado, a denominada *lex mercatoria*, posto que a política se detecta submetida ao mercado. Movido pela ânsia descrita acima, o Estado soberano deixa de lado sua soberania, permitindo que os países que representam as grandes potências mundiais possam ditar e regular sua organização para prevalecer os interesses mercantil¹⁷.

Nessa crise atual do Estado é visualizamos um Poder Judiciário mais ativo para garantir os direitos inseridos na Constituição Federal, precedidos dos demais Poderes ausentes.

A ideia de Estado como nação se enfraquece devido a desinstitucionalização do Direito que, conseqüentemente, leva a uma desregulamentação; uma deslegalização; uma desnacionalização e pior uma desconstitucionalização que causa a perda da força normativa daquele Estado.

A Lei Maior perde espaço de atuação frente aos ditames econômicos mundiais do mercado o que acarreta o esvaziamento da substancialidade do texto constitucional, servindo apenas de uma previsão vazia para um ordenamento “formalmente” regido por esta. Nesse diapasão, vislumbra-se um Estado fraco impossibilitado de efetivamente fazer valer suas normas e com isso uma nítida crise da soberania estatal.

A proposta do neoliberalismo não poderá resolver a crise estatal supracitada, principalmente por que o Estado e as Instituições privadas não medem forças iguais. A relativização da soberania do Estado precisa ser combatida pelo constitucionalismo vigente, ainda em crise, está vigente.

Nesses termos, é cediço dizer que os países no século XXI, ainda mais os como o Brasil, precisam trazer à tona o Estado Social Democrático de Direito, isto é, um Estado que crê nos princípios liberais, possibilita a livre iniciativa e intervém de forma reduzida na economia. Este é o passo inicial para a construção de um Estado forte que possua as condições de garantir o mínimo de estabilidade econômica, eventualmente controlando os juros para conter a inflação,

¹⁷ STRECK, L. L. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 42.

por exemplo. Lembre-se que os direitos consagrados na Constituição Cidadã de 1988, não podem se transformar em meras promessas estatais, precisam ser efetivados.

E nessa contextualização os Poderes precisam trabalhar em conjunto para um bem maior, a necessidade social, prevista na Constituição Cidadã de 1988.

Por fim, conclui-se que a crise de soberania do Estado, face ao “império mercadológico” deve ser vencida com a presença do Estado na economia e em outros setores para que os cidadãos possam desfrutar dos direitos inerentes à democracia como a liberdade, concomitante ao esforço do Estado para garantir os direitos sociais insculpidos na Carta Magna com fito de se viver em um verdadeiro Estado Social Democrático de Direito.

Para o autor Lenio Luiz Streck, no Estado Democrático de Direito, a Constituição é a explicitação de um contrato social, uma norma diretiva fundamental que se dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais¹⁸.

A Constituição de 1988 veio estabelecer a construção de um Estado social, garantindo direitos sociais, intervenção moderada do Estado na economia, função social da propriedade, e etc. Este quadro apontou para a realização de políticas públicas aptas a construção de um Estado Social Democrático de Direito, que visa conduzir a sociedade a uma realidade preestabelecida pelo núcleo básico da Constituição¹⁹.

Traçada essa evolução do Estado resta contextualizar a teoria de separação de poderes à luz de um Estado Social Democrático de Direito em que se vive hoje e que se defende na presente dissertação em prol dos direitos fundamentais; antes de adentrar nesse tema, entretanto, objeto do próximo item, 2.2, julga-se ser de uma importância didática consolidar o conceito de

¹⁸ STRECK, L. L. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 49.

¹⁹ **PREÂMBULO:** Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (Constituição Federal do Brasil) Grifo meu.

separação de poderes até então abordado por este trabalho, para que se possa prosseguir com todos os elementos-bases delineados e se estudar a separação de poderes contemporânea e o conceito a esta inerente.

Vejamos.

A teoria da separação dos poderes representa, tradicionalmente, uma ideia na qual o Estado atua por meio de poderes distintos, mas harmônicos e limitados entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Existiu, porém, que defendesse (Locke) que o terceiro Poder fosse o Poder Federativo (responsável pela defesa da soberania nacional) e o Judiciário se enquadrasse no Executivo.

Por uma teoria ou por outra, o que se deve ter claro ao conceituar a separação de poderes é que esta prevê poderes estatais interdependentes ou limitados entre si de tal forma que o exercício do poder por um desses três se limita pelos poderes aos demais, trazendo à tona um fenômeno que a doutrina denomina de controle mútuo.

Conforme citado anteriormente, a separação de poderes iniciou-se como um instrumento cuja finalidade era controlar o poder absolutista, unitário, monárquico ou oligárquico, essencialmente do Executivo por conta do contexto histórico apresentado. Mas em acompanhamento à evolução social esta teoria também se evoluiu passando a ser conceituada como a divisão de poderes do Estado, harmônica e limitada dirimindo funções próprias previstas em lei a cada ramo do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário). Este conceito à época de Montesquieu demonstra uma prevalência do Legislativo.

Com o passar do tempo, o postulado de que a divisão dos poderes era visto não só como um elemento essencial ao Estado de direito, mas também, à própria subsistência das liberdades públicas, conforme deprecada com a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virginia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Ponto de vista este compartilhado por Hamilton, Jay e Madison, no livro *O Federalista*, ao comentar a Constituição norte-americana,

A acumulação de todos os poderes, legislativos, executivos e judiciais, nas mesmas mãos, sejam estas de um, de poucos ou de muitos, hereditárias, automeadas ou eletivas, pode-se dizer com exatidão que constitui a própria tirania²⁰.

Já no século XX, Kelsen, ao analisar a teoria da separação dos poderes desenvolveu uma teoria segundo a qual o poder do Estado se manifesta pela capacidade de fazer eficaz a sua ordem jurídica. Para este autor, o poder representava uma função do Estado, distribuída, em regra, entre três órgãos (Executivo, Legislativo e Judiciário). Esses Órgão ao trabalhar parcial e conjuntamente contribuem para a criação una do Estado, que cria e aplica o Direito.

Nesse sentido é que se consegue visualizar o Estado com três órgãos distintos com funções próprias atuando em conjunto para o bem da coletividade, tais funções próprias se evidenciam claramente ao passo que cada órgão tem e se limita às mesmas.

2.2 A TEORIA DE SEPARAÇÃO DE PODERES CONTEMPORÂNEA: CONCEITO E APLICAÇÃO NO BRASIL

Após as breves considerações históricas da evolução do Estado e dos conceitos de separação de poderes, de acordo com o período analisado, que foram destacados, se adentra na teoria de separação de poderes contemporânea e sua utilização no ordenamento jurídico pátrio.

Coloca-se em evidência que a ideia de separação de poderes encontra-se insculpida no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Com esse primado constitucional deve-se interpretar que os três poderes neste previstos devem trabalhar conjuntamente para realizar as necessidades da sociedade, lembrando que todo poder emana do povo (Artigo 1º § único da Constituição Federal)²¹, logo existe em nosso

²⁰ HAMILTON, A. JAY. J e MADISON, J. **O Federalista**. 2ª ed. São Paulo: Russel, 2005. p. 224.

²¹ Art. 1º Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

ordenamento jurídico o princípio da soberania popular o que se leva a crer que o povo é, ao mesmo tempo, o titular e destinatário dos direitos previstos na Constituição; logo a não garantia desses direitos por determinado Poder implica numa ofensa à Constituição sanada pelo protetor da mesma, o Poder Judiciário.

Para se compreender a separação de poderes, hoje, deve-se ter em mente que o poder é uno e indivisível, apesar da teoria adotar o nome *separação de poderes*, o que há, verdadeiramente é um poder unitário com separação de funções.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Júnior, sobre o assunto apontam,

Essa medida é fundamental para que assentemos a ideia de que, sendo uno e indivisível, o poder, no âmbito do Estado, exterioriza-se através de funções. Assim a vontade estatal é única, manifestando-se, porém através de suas funções, a executiva, a legislativa e a judiciária²².

Nesse mesmo sentido, Dirley da Cunha Júnior adverte que o princípio da separação de poderes diz respeito, em verdade, à divisão de funções do Estado, as quais são legislativa, executiva e judicial²³; por uma solidificação terminológica, esse trabalho continuará usando a primeira.

O artigo 2º da Constituição Federal expressamente garante uma independência e harmonia entre os Poderes e, por meio das atribuições de funções pela própria Constituição à cada Poder específico, garante-se a independência dos mesmos. Logo se entende, portanto, que em regra um poder pode agir naquilo em que a Constituição o conferiu sem ter que consultar ou receber aprovação do outro e, conseqüentemente, um poder não pode invadir a esfera de funções que a Constituição dirimiui a outro Poder²⁴.

Vidal Serrano Nunes Júnior, ao tratar da separação de poderes ensina,

A tripartição de funções enquanto princípio constitucional, enclausurado no art. 2º de nossa Lei Maior, admite, por assim dizer, mais de um significado, dentre os quais identificamos, ao menos os seguintes:

- Designação das funções de Estado;

²² ARAUJO, L. A. D. e JÚNIOR, V. S. **A Separação de Poderes do Estado**. 2ª ed. São Paulo: CPC, 2002. p. 3.

²³ CUNHA JÚNIOR, D. da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 315.

²⁴ ARAUJO, L. A. D. e JÚNIOR, V. S. **A Separação de Poderes do Estado**. 2ª ed. São Paulo: CPC, 2002. p. 5.

- Designação dos Poderes, ou seja, dos órgãos públicos de desempenham tipicamente as funções referidas;
- Designação do princípio, segundo o qual cada um destes órgãos exerce funções próprias e distintas entre si, porém sob a égide de três cláusulas: a independência e harmonia entre os poderes (I); a indelegabilidade de funções (II); e a inacumulabilidade de funções (III);
- Designação do princípio oriundo do chamado sistema de “freios e contrapesos”, segundo o qual o poder atribuído a um órgão deve servir para controlar o outro, quer impedindo a perfeição de atos do outro, quer cobrando eventuais omissões, quer promovendo a responsabilidade recíproca²⁵.

Quanto ao último ponto elencado por Vidal Serrano, infere-se que desde a Constituição norte americana há um fracionamento de funções com uma colaboração forçada de vários órgãos no exercício de cada fracionamento incorporado no Brasil, ou seja, no momento que um órgão não cumpre sua função, função esta que se lembra é um ditame expresso na Constituição Federal deve o outro supri-lo. Esse é um argumento muito forte para possibilitar a atuação do Poder Judiciário no cumprimento de direitos sociais²⁶.

Desde logo frisa-se que essa dissertação não propõe desrespeitar a regra do artigo 2º da Carta Magna, mas com fundamento neste e em outros artigos da Lei Maior que serão oportunamente citados, se defende a possibilidade do Judiciário fazer cumprir a previsão constitucional quando os demais Poderes não a fizerem.

Felizmente, a separação de poderes no Brasil remonta ao modelo norte americano e não ao francês o que nos traz mais próximo da realidade de freios e contrapesos da separação de funções do Estado, de fiscalização e cumprimento daquilo previsto pela Norma Maior.

Meireles, sobre esse ponto afirma,

A historia francesa resultou das constantes obstruções ao Poder Executivo pelos Tribunais de direito costumeiro do antigo regime – *parlements* – o que explica a grande desconfiança dos constituintes franceses quanto à atividade judicial; o modelo americano por sua vez, foi marcado por tentativas da legislatura e dos tribunais de restringir os excessos do Executivo²⁷.

²⁵ NUNES JÚNIOR, V. S. **A Cidadania Social na Constituição de 1988: Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 197.

²⁶ Idem p. 198.

²⁷ MEIRELES, A. C. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 440.

Assim a herança brasileira possibilita que o Poder Judiciário, se for necessário, efetive direitos constitucionalmente previstos quando os demais Poderes deixarem de fazer ou fazer de forma deficiente. Tal herança é fruto de um caso emblemático da Suprema Corte norte americana de 1803, *Marbury x Madison*, no qual foi formulado a teoria da revisão judicial (judicial review) que possibilitou reconhecer a competência ao Poder Judiciário para invalidar os atos legislativos que contrariem a Constituição. Consequentemente, por conta dessa criação teórica, o Brasil encampou tal pensamento jurídico no controle de constitucionalidade (art. 102 e 103 da Constituição Federal de 1988²⁸).

²⁸ **Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição,

cabendo-lhe: **I** - processar e julgar, originariamente: **a)** a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; **b)** nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente- Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; **c)** nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; **d)** o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; **e)** o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; **f)** as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; **g)** a extradição solicitada por Estado estrangeiro; **i)** o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; **j)** a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; **l)** a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; **m)** a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; **n)** a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; **o)** os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; **p)** o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; **q)** o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; **r)** as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; **II** - julgar, em recurso ordinário: **a)** o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; **b)** o crime político; **III** - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: **a)** contrariar dispositivo desta Constituição; **b)** declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; **c)** julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. **d)** julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93). § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e

Esse modo de pensar será de imensa importância e deve ser utilizado para compreender os próximos capítulos, pois o princípio da separação de poderes (no próximo item se verá que é princípio) é um dos pontos centrais a ser invocado diante do embate das prestações positivas decorrentes de normas de eficácia limitada, principalmente quando o assunto trata de direitos sociais, objeto da presente dissertação.

Dessa forma, resta claro que o conceito contemporâneo de separação de poderes não estabelece um conceito rígido e estanque da atuação das funções do Executivo, Legislativo e Judiciário, vindo a permitir na sua excepcionalidade uma intromissão com limites de um poder em outro como forma de garantir os ditames constitucionais e com isso o próprio Estado Social Democrático de Direito.

Outro desdobramento deste conceito contemporâneo repousa no fato de que a atividade executiva se desenvolve em nível infralegal e, portanto, encontra-se adstrita à legalidade de leis bem como a da Constituição²⁹.

É certo que o Estado Democrático de Direito exigiu uma evolução do conceito de separação poderes apontado no item anterior, colocando no holofote central o Poder Judiciário que passa a ter um aumento de suas funções e responsabilidades na medida em que dever

municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: **I** - o Presidente da República; **II** - a Mesa do Senado Federal; **III** - a Mesa da Câmara dos Deputados; **IV** - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; **V** - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; **VI** - o Procurador-Geral da República; **VII** - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; **VIII** - partido político com representação no Congresso Nacional; **IX** - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. § 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. § 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

²⁹ NUNES JÚNIOR, V. S. **A Cidadania Social na Constituição de 1988: Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 199.

controlar as ações e omissões dos demais Poderes com o fito de assegurar os direitos fundamentais, uma maior efetividade do texto constitucional e a própria democracia³⁰.

Adiante se estudará em detalhe que a separação de poderes, hoje, não pode ser um limite, à proteção de um direito social como a saúde, razão pela qual desde já se afirma que essa dissertação sustenta a intervenção do Poder Judiciário caso haja uma omissão injustificada do poder público, ainda que para isso tenha que viabilizar políticas públicas de saúde.

Conforme já explanado, a separação de poderes, na atualidade, representa uma verdadeira separação de funções partindo da ideia de unicidade de poder. Com essa ideia é que se afirma que há funções típicas de cada um desses Poderes e atípicas, porém o objeto deste estudo não é trabalhar minuciosamente cada uma dela, mas tão somente ter claro que independentemente qual seja o tipo de função caberá ao Poder Judiciário com fundamento na Constituição efetivar os direitos fundamentais sociais.

Conclui-se, portanto, que para se entender efetivamente o princípio da separação de poderes (terminologia esta que será analisada no item a seguir, 2.3) na contemporaneidade, diante de um Estado Social e de uma Constituição repleta de normas programáticas, precisa-se possibilitar o cumprimento íntegro do conteúdo constitucional (artigos: 1º; 3º; 5º e ss. da Constituição Federal) pelo Poder Judiciário na inércia dos demais poderes, desprendendo-se dos dogmas clássicos que rodeavam essa teoria.

2.3 A SEPARAÇÃO DE PODERES COMO PRINCÍPIO: LIMITAÇÃO E RELATIVIZAÇÃO

A importância maior para se compreender a “separação de poderes” como um princípio, jurídico, princípio constitucional, será a dedução lógica de limites e relativização entre princípios. Em outras palavras, afirma-se desde então, que não há princípios absolutos, logo, o

³⁰ ROCHA, E.B. **A Justiciabilidade do Direito Fundamental à Saúde no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. 142.

princípio da separação de poderes não pode e nem deve ser visto como um dogma capaz, por si só, impedir a garantia de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário.

Uma ressalva a ser destacada é que se precisará observar no caso concreto a atuação dos Poderes dentro de suas competências atribuídas pela Constituição Federal, lembrando, assim, que tais competências podem ser exercidas por funções típicas ou atípicas destes Poderes.

Dito isto, julga-se necessário entender a composição normativa do ordenamento jurídico pátrio para que se possa restar clara a concepção de que a separação de poderes é um princípio jurídico, ressaltando, todavia, que será abordado de forma objetiva, suficiente para se chegar à pretensão esperada deste item. Logo, se adverte que a exposição densa e completa dos princípios e regras do ordenamento não é objeto do presente trabalho.

Feitas essas considerações, se afirma que o ordenamento jurídico brasileiro é composto por normas que definirão a forma de atuação, o comportamento e a organização em sociedade. Tais normas se subdividem em regras e princípios que existem para dar completude ao sistema jurídico, pois, como se verá essas espécies normativas integralizam a dinâmica do ordenamento jurídico social. A primeira distinção princípios e regras, segundo Eros Grau foi proposta por Boulanger que se atentou para o critério de “generalidades”. Este demonstrou que tal critério deve ser visto de forma diferente para princípios e para regras; a regra é geral, pois é estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos, mas não obstante, é especial, na medida em que regula senão tais atos ou fatos: é editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada. De outro modo, os princípios são gerais, já que comportam uma série indefinida de aplicações³¹.

Posteriormente, outro jurista, Ronald Dworkin introduziu mais dois critérios diferenciadores das espécies normativas em estudo, quais sejam: o critério do “tudo ou nada” e o segundo do “peso ou da importância”.

No que se refere ao primeiro critério, este garante que as regras jurídicas são aplicáveis em sua completude, de forma absoluta, ou são ou não aplicáveis como um todo, é a ideia do

³¹ GRAU, E. R. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 240.

“tudo ou nada” (*all-or-nothing*),³². Logo, existindo os pressupostos de atos ou fatos previstos, então ou a regra é válida, e a resposta fornecida por esta deve ser aceita, ou não é válida, e deste modo em nada contribui para a decisão. Por sua vez, os princípios, seguem o segundo critério que é decorrente do primeiro. Estes (princípios), possuem uma dimensão “do peso ou importância”; não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente, com um modelo pronto, quando as condições fáticas são dadas. Existindo uma colisão ou um entrecruzamento de mais de um princípio, a solução será dada levando em consideração a o “peso ou importância” (ponderação) relativo a cada um deles³³.

Nesse sentido, na hipótese de uma colisão entre regras, devem ser aplicadas as regras de antinomia, para invalidar (excluir do sistema) uma sobre a outra; os princípios não, seguem critérios de importância para se verificar qual num caso concreto prevalecerá sobre o outro, o que não significa dizer que o “princípio vencido” será retirado do ordenamento, mas que teve um peso menor que o “princípio vencedor” naquele caso concreto. Os princípios servem de uma aproximação entre o direito e a moral, têm lugar na resolução dos casos difíceis (*hard cases*)³⁴.

Posteriormente, o alemão Robert Alexy se debruçou em oferecer uma diferenciação de regras e princípios por meio de sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”³⁵.

Segundo Paulo Klautau Filho,

O ponto chave de toda a teoria de Alexy reside no argumento de que os direitos constitucionais são princípios, e que os princípios são qualitativamente diferentes das regras, constituindo mandamentos de otimização (*Optimierungsgebote*), referentes ao que é factual e legalmente possível. Essa característica dos direitos constitucionais explica a necessidade lógica do princípio da proporcionalidade e expõe a argumentação constitucional como o processo de identificação das condições sob as quais um entre mais princípios colidentes toma precedência sobre os fatos de casos específicos.

(...) Para tanto, retoma-se a distinção considerada por Alexy como “a mais importante para a teoria dos direitos constitucionais”: a que ocorre entre

³² ESPÍNDOLA, R. S. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 64.

³³ DWORKIN, R. **Levando os Direitos a Sério (Taking Rights Seriously)**. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 39.

³⁴ DWORKIN, R. **Levando os Direitos a Sério (Taking Rights Seriously)**. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 40.

³⁵ ALEXY, R. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

princípios (*Rechtsprinzipien*) e regras (*Rechtsregeln*). Para Alexy (2002, p. 44), ela é a base para uma teoria de justificação constitucional e a chave para a solução de problemas centrais da doutrina dos direitos constitucionais: “sem ela não pode haver nenhuma teoria da limitação dos direitos adequada, nem uma doutrina de conflito de direitos aceitável, nem teoria do papel dos direitos constitucionais no sistema legal suficiente”. O autor sustenta francamente que ‘a distinção entre regras e princípios é o pilar básico do edifício da teoria de direitos constitucionais’³⁶.

Portanto, se destaca que os princípios e regras são espécies do gênero norma; ambos são normas, porque ambos dizem o que deve ser (comandos, proibições e permissões), mas os princípios são normas que requerem uma aplicação na maior extensão possível ante as possibilidades legais e fáticas; verdadeiros “mandamentos de otimização”³⁷.

Nesses termos Eliana Calmon ensina,

Os princípios, além de condensarem valores, dão unidade ao sistema jurídico e condicionam o trabalho interpretativo. A tradição jurídico-cristã sempre aceitou a identificação de princípios no ordenamento jurídico, mas somente no pós-positivismo foram eles abrigados pela Lei Maior, como síntese dos valores ideológicos, trazendo harmonia ao sistema.

Conceituados os princípios como valores sociais identificados em um momento histórico, temos que as regras jurídicas, proposições normativas sedimentadas à vista dos fatos da vida, seguem tais valores.

Sob o ponto de vista da dogmática, pode-se afirmar que:

- a) os princípios não têm abrangência puramente axiológica e ética; têm eficácia jurídica e aplicação direta e imediata;
- b) inexistem princípios meramente programáticos na Constituição;
- c) os princípios têm maior teor de abstração que as normas; e
- d) a distinção entre princípio e regra é meramente qualitativa.

O sistema é dinâmico e, conseqüentemente, mutável, porque também mutável é a sua base de sustentação, as relações sociais. Esse pluralismo pode levar à colisão de princípios, dentro da mais absoluta normalidade do sistema, porque os princípios são imutáveis³⁸.

Como já apontado por Dworkin, Alexy salienta que as regras são espécies de normas sempre cumpridas ou não de forma absoluta, ou seja, de forma plena. Assim, se uma regra válida

³⁶ KLAUTAU FILHO. P. **O Direito dos Cidadãos à verdade perante o Poder Público**. São Paulo: Editora Método. 2008. p. 96-97.

³⁷ KLAUTAU FILHO. P. **O Direito dos Cidadãos à verdade perante o Poder Público**. São Paulo: Editora Método. 2008. p. 98.

³⁸ Calmon. E. **Princípios e Garantias Constitucionais do Processo**. 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/Discursos/0001114/Principiosegarantiasconstitucionaisdoprocesso>>. Acesso em: 06 nov. 2012.

se aplica a determinado caso, então a exigência é de que se faça exatamente o que ela prescreve, nem mais nem menos; é dizer que estas possuem pontos fixos no campo do que é factualmente e legalmente possível.

Klautau Filho resume bem a diferenciação de regras e princípios expostas por Alexy,

A distinção entre regras e princípios torna-se mais aparente no caso de colisão de princípios (*Prinzipienkollision*) e de conflito entre regras (*Regelkonflikt*). Alexy (2002, p. 48-49) usa terminologia distinta para expressar que apesar de similaridades importantes, a colisão entre princípios e o conflito de regras são fundamentalmente diferentes entre si. O que eles têm em comum é que duas normas, considerando cada uma por si só, levam a resultados inconsistentes quando aplicadas, isto é, levam a dois julgamentos de dever legal concretos mutuamente incompatíveis. O que distingue as duas situações é como a incompatibilidade é resolvida.

Enquanto o conflito de regras só pode ser resolvido, ou quando se verifica uma exceção apropriada a uma das regras, ou quando pelo menos uma das duas é declarada inválida (coincidindo nesse ponto inteiramente com a visão de Dworkin); a colisão de princípios deve se resolver de maneira diferente. Se dois princípios colidem, por exemplo, se um princípio proíbe algo e outro permite a mesma coisa, então um dos princípios deverá prevalecer sobre o outro. Isso não significa, contudo, que o princípio afastado é inválido, nem que deva existir uma exceção a ele. Pelo contrário, o princípio afastado poderá prevalecer sobre o outro princípio, em outras circunstâncias, nas quais a prevalência talvez precise ser revertida. Para Alexy, isso é o que significa afirmar que os princípios têm diferentes pesos em diferentes casos e que o princípio mais importante para os fatos do caso tem precedência³⁹.

Para Alexy, a solução da colisão entre princípios, requer o estabelecimento de uma “relação de precedência contingente” entre os princípios, à luz das circunstâncias do caso, ou seja, a verificação das circunstâncias sob as quais um dos princípios tem a precedência. Em circunstâncias diferentes, a precedência pode ser revertida.

Desenhando este contexto, pode-se afirmar que existem dois conceitos de “constituição” o primeiro remete à constituição como ordem quadro, na qual esta é vista como um modelo rígido no qual o quadro corresponde ao que está ordenado e ao que está proibido, de forma extensiva prevendo uma forma de agir para cada decisão imaginável do legislador. A Constituição como ordem fundamental tende a ser um modelo no qual o texto máximo não

³⁹ KLAUTAU FILHO, P. **O Direito dos Cidadãos à verdade perante o Poder Público**. São Paulo: Editora Método. 2008. p. 99.

contém em absoluto mandatos ou proibições que restringiriam a competência do legislador, podendo este atuar encontrando-se habilitado com plena autonomia.

Ressalta-se que as duas ideias de constituição não trazem consigo uma incompatibilidade, na verdade deve haver uma mesclagem de ambos os conceitos, existindo concomitantemente uma ordem rígida, porém não absoluta, para que o legislador possa atuar dentro de um quadro/limite para este, estabelecido pela teoria dos princípios de Alexy exposta anteriormente.

Tem-se, assim, a Constituição como um conjunto de princípios e regras direcionadas à construção do Direito que, como sistema aberto, apreende o infinito de possibilidades do mundo real, funcionando como verdadeiro filtro.

Assim, afirma-se desde então que é por meio dos princípios de rol não taxativo, tais quais: o democrático, igualitário, federativo, da proporcionalidade e razoabilidade, da separação de poderes e da dignidade humana que abrirá ao Judiciário um leque de opções construtivas de atuação em prol da efetivação dos direitos fundamentais.

O ponto central deste item é demonstrar uma diferença existente entre regras e princípios e possibilitar o enquadramento da separação de poderes como um princípio. Assim sendo, o princípio da separação de poderes serve para organizar e direcionar a atuação harmônica e independentemente de cada Poder.

Porém este princípio não pode servir de obstáculo formal para a concretização material de direitos, logo, se permite diante da inércia ou trabalho deficitário dos demais poderes, a atuação do Judiciário para garantir o cumprimento dos direitos fundamentais postos da Carta Magna, ou seja, o princípio da separação de poderes (de independência total) se restará relativizado diante de um direito substancial e concreto a ser garantido.

O que se verá é que não pode prosperar as teorias procedimentalistas da Constituição, mas as substancialistas.

Vejamos.

De um lado encontram-se os denominados seguidores da teoria procedimentalista, a qual leva estes a crerem que a norma máxima (constituição) não passa de uma norma jurídica hierarquicamente superior que define competências de órgãos do Estado, regulamenta procedimentos sem levar em conta questões atinentes à legitimidade. É certo que para estes

pensadores a Constituição não possui um cunho social com o viés de garantir este conteúdo, mas de mera regulamentadora do Estado moderno. Desse modo, se verifica um enquadramento dessa teoria constitucional ao Estado Liberal, onde o Estado e a sociedade não se confundem⁴⁰.

Os procedimentalistas, nessa forma, veem a Constituição como um conjunto de normas que possibilita a abertura para uma participação democrática, deixando a critério majoritário a definição de valores e opções políticas a serem adotadas em um determinado contexto histórico; impossibilita, assim, que gerações passadas imponham regras à gerações presentes e futuras.

Pode-se citar John Rawls como um dos grandes procedimentalistas se pensar que, separada da equidade, a justiça não tem sentido e que, em política, tudo que provenha da equidade é justo. Essa é a ideia de justiça como equidade, logo essa participação democrática em sua forma precisa ser garantida para proteger um ideário justo⁴¹.

Outro jus-filósofo defensor dos procedimentalistas é Jürgen Habermas que demonstra que sem esvaziar a prioridade dada ao Poder Legislativo, resta necessário a participação igualitária de todos os cidadãos da geração presente no processo legislativo por meio de fluxos comunicacionais⁴².

Para esse autor, o paradigma da teoria procedimental visa a priori proteger as condições da forma democrática, enaltecendo a soberania popular levando em conta que as decisões públicas e políticas consideraram a opinião pública por meio do discurso comunicativo, calcado na ética deste discurso, tanto por parte de um parlamento (Legislativo) como por parte da Administração Pública.

Esse pensamento vem corroborar a ideia dos procedimentalistas que não são a favor de um Estado sobrecarregado para a garantia de deveres constitucionais, levando até um estado de ingovernabilidade, pois o povo é o real detentor do poder estatal, devendo este, na qualidade de

⁴⁰ COMPARATO, F. K. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁴¹ RAWLS, J. **Justice as Fairness**. Massachusetts: Harvard University Press, 2003.

⁴² HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v.1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 179 e ss.

titular ditar as regras de como assegurar estes direitos deixando ao Estado a mera regulamentação de governo⁴³.

Habermas ainda assevera que a Constituição não basta por si só como portadora de legitimidade do ordenamento, não aceitando, portanto, que um dos Poderes se auto atribua competente para uma interpretação final da legitimidade constitucional, pois para o autor esta se traduz em soberania popular absoluta por meio do discurso, conforme apontado alhures.

Ademais, esse jus-filósofo procedimentalista busca não apenas a institucionalização legítima do Direito em seu âmbito interno, mas uma legitimação moral fincada num agir comunicativo, pois somente o povo pode saber quais valores normativos lhes são mais caros o que traz à baila o autocontrole da validade constitucional das normas pelo Poder Legislativo⁴⁴, esvaziando a competência do Judiciário fazer este papel, uma vez que, segundo o autor, uma orientação axiológica por um tribunal daria ensejo a uma legislação concorrente.

Para os defensores dessa teoria, poderia se até pensar que a invocação do princípio da separação de poderes seria suficientemente para impedir a garantia de direitos fundamentais pelo Judiciário, o que claramente não é apoiado por essa dissertação.

Percebe-se, assim que a questão gira em torno de uma jurisdição constitucional que deve assegurar uma acessibilidade ao cidadão oriunda da construção dos direitos fundamentais (individuais e sociais) e dignidade da pessoa humana.

Nesses termos, Kelsen ao expor sua ideia de jurisdição constitucional defende a legitimidade de discussão pelos juízes sem se afastar daquela ideia de sociedade aberta de Häberle, onde os intérpretes da Constituição não são somente os magistrados, mas sociedade como todo, levando à plena confiança numa cidadania ativa e participativa. Por isso que pode-se afirmar que a jurisdição constitucional procedimentalista possui fonte kelseniana e ganhando maior força com o pensamento habermesiano visto anteriormente.

⁴³ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo: a questão fundamental da democracia**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 47.

⁴⁴ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Curial a isto, enquanto Kelsen defendia uma jurisdição constitucional aberta em termos hermenêuticos com base na estrutura da pluralidade democrática, mas tutelados e protegidos por um processo constitucional completo, Carl Schmitt, um grande constitucionalista debatedor de Kelsen, pregava uma jurisdição substancial, portadora de valores a ser defendidos e concretizados pelo processo político, conforme vejamos a seguir.

A teoria constitucional substancialista, a sustentada nesse estudo, por sua vez, busca a transformação do Estado e da sociedade, estipulando fins para ambos, de modo que a Constituição incorpora um conteúdo materialmente legitimador desembrulhando o envolto para à política, vinculando juridicamente os atos políticos. Essa corrente visa a mudança social com base na força normativa, diretiva e rigidez constitucional trazendo à tona uma mudança do governo das leis para um governo baseado em políticas públicas e o segurança dos direitos e garantias constitucionais.

O pensamento para essa teoria é o de que as constituições modernas não mais se limitam a definir o Direito e consolidar uma ordem social vigente, mas estabelecem o enaltecimento à diretrizes e programas de ações futuras, indicando valores supremos do Estado e sociedade que devem, obrigatoriamente serem observados. Para tanto a constituição não mais é considerada um mero texto jurídico regulamentador do Estado, mas passa a ter uma íntima relação com os âmbitos da história, sociologia, economia e principalmente com a política.

Conforme citado anteriormente Lenio Streck, um representante nacional, defensor da teoria substancialista segue os pensamentos de Ronald Dworkin, um dos maiores representantes dessa corrente doutrinária. Este jus-filósofo entende uma teoria do Direito pela integridade, isto é, um juiz ao decidir um caso considerado difícil ou não terá ao seu dispor todos os elementos substanciais do conjunto normativo constitucional para aplicar determinado preceito constitucional.

Assim sendo, o controle judicial de constitucionalidade apresenta-se como um mecanismo pelo qual a própria Constituição Federal limita o poder da maioria em defesa da democracia.

Aceitar a substituição do juízo do legislador pelas decisões do Tribunal Constitucional significaria aceitar a substituição pelo juízo político deste, o que é impensável quando o Tribunal impede a implementação de proposta que goza de amplo apoio popular. Nestes termos, embora necessário o reconhecimento da necessidade da justiça constitucional substancial esta deve obedecer aos limites que o regime democrático lhe impõe.

Assim, para Streck, a partir da concepção das liberdades positivas (voltada para o bem comum da coletividade) somado ao princípio democrático, Streck apresenta o Estado Democrático de Direito como um novo paradigma, isto é um Estado prestacional, Social de Direito, capaz de transformar a sociedade, por meio das obrigações positivas estatais.

A nova legitimidade do Direito para Streck, seguindo os pensamentos dworkianos, é oriunda da própria Constituição, já que esta representa, como visto, um contrato social, já acrescentado que os valores constitucionais traduzidos em preceitos constitucionais não podem ser privados de sua função normativa, isto é, os direitos e garantias previstos na Carta Política não podem se tornar promessas estatais, precisam ser efetivados.

Nesse sentido, Carl Schmitt e Konrad Hesse também podem ser considerados como compartilhadores da visão substancialista seguindo suas ideias de juízes hermeneutas, de uma norma constitucional recheada de valores e de uma ordem de valores a serem desenvolvidas e cumpridas materialmente, essencialmente ou substancialmente⁴⁵.

Assim, o presente estudo corrobora para a teoria da força normativa da constituição, pois quem concretiza, concretiza algo e os magistrados concretizam os valores e preceitos insculpidos no texto constitucional de forma sistemática. Essa concretização demonstra um processo de mão única hierarquicamente posto de um Judiciário axiológico para a desprotegida sociedade.

E é exatamente isso que esse trabalho defenderá. O Judiciário tanto na sua função judicante como na sua função administrativa por meio do CNJ pode e deve ter amplas possibilidades de defender o texto constitucional, no que concerne à garantia de direitos fundamentais.

⁴⁵ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição** (Die normative Kraft der Verfassung, trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor.

Assim caberá ao Judiciário garantir a essência dessa dignidade humana aos cidadãos. É exatamente a ampla possibilidade de controle de constitucionalidade um dos fatores que atesta a importância que a Constituição assume no Brasil. E exalta, ainda mais, o papel do guardião da Constituição exercido pelos magistrados e o Judiciário como um todo.

Dessa modo que afirma Rodrigo Boldrini,

Em nossa Constituição atual, a “separação dos Poderes”, presente no artigo 2º., integra-se com a “inafastabilidade da jurisdição”, presente no artigo 5º., XXXV; de modo que qualquer violação ou ameaça a direitos possam ser prevenidas ou remediadas pelo Poder Judiciário, ainda mais em relação aos atos e às omissões dos outros Poderes.

(...) Esse sentido de separação dos Poderes também fica claro pela identificação do papel constitucional atribuído a cada um dos Poderes. Ao Legislativo caberá editar leis conforme a Constituição. Ao Executivo, nos limites da legislação e sobretudo da Constituição, caberá administrar o bem público a fim de que a finalidade do Estado seja alcançada. E ao Judiciário caberá garantir que a Constituição seja respeitada por todos, inclusive por ele mesmo:

‘O controle do Poder Judiciário pela sociedade e pelos próprios juízes é um requisito da democracia e, além disso, será a garantia de eliminação das ações e omissões que, ocultadas ou protegidas pelo pretexto da preservação da independência, impedem o Judiciário de ser um verdadeiro Poder democrático’ (DALLARI, D. O Poder dos Juízes. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 77)⁴⁶.

É com essa mentalidade que se deve entender que conforme ocorre com a Constituição, também o princípio da separação de poderes engloba aspectos sociológicos, políticos e jurídicos. Para se alcançar a independência e harmonia deste princípio, restará ao Judiciário controlar os demais poderes pelos mecanismos previstos no Texto Máximo a fim de se ver garantidos direitos frente a quaisquer violações⁴⁷.

Logo, quando se pensa em Estado, deve-se imaginar um ente que é constituído não apenas para materializar a organização política definida por um povo, em determinado território, como também, um ente que não é um fim em si mesmo, que não atua como algo que só existe para seus interesses e de seus governantes. Pensa-se, sim, em um ente que existe, pela vontade da

⁴⁶ BOLDRINI, R. P. DA C. **A Garantia de Direitos e Separação dos Poderes: No Brasil atual, o princípio da separação dos Poderes opõe limites à garantia de direitos sociais pelo Judiciário contra omissões do Executivo?** São Paulo: Dissertação de Mestrado Apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, out. 2012, p. 178-179.

⁴⁷ Idem. p. 153.

coletividade, para oferecer serviços (direitos) que foram definidos como essenciais, ou seja, para garantir e concretizar Direitos Fundamentais⁴⁸.

⁴⁸ BRITO FILHO, J. C. M. **Direitos Fundamentais Sociais: Realização e Atuação do Poder Judiciário**. Edição comemorativa dos 40 anos da Revista do TRT da 8ª Região, 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil, e 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, 2008. p. 6.

3 CAPÍTULO II – OS DIREITOS SOCIAIS

3.1 A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO

Com o fito de compreender os direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro faz-se necessário tratar dos direitos fundamentais correlacionando os direitos individuais e sociais para que dessa forma reste patente a identificação dos direitos sociais como uma das espécies do gênero: “Direitos Fundamentais”.

A partir dessa consideração inicial, deve-se ter em mente que a terminologia “direito fundamental” possui uma subjetividade semântica que precisa ser aprofundada para uma efetiva compreensão do mesmo. Nesse sentido, se destaca que a palavra “direito” em si, traz à tona uma grande vagueza semântica, uma vez que esta palavra ostenta uma característica polissêmica, isto é, é dotada de inúmeros sentidos. Desse modo, pode-se analisar a palavra em destaque como uma ciência, como norma, direito como justo, etc.⁴⁹.

Por sua vez, a adjetivação “fundamental” deve ser entendida como algo de grande importância para existência humana, algo tão inerente ao homem que o garante a condição de pessoa. Em associação, os direitos fundamentais devem ser entendidos como direitos que possuem uma prevalência dos valores e interesses por eles defendidos em relação a outros valores e interesses que não se fundam em direitos de elementar importância⁵⁰.

Ao definir os direitos fundamentais, Vieira ensina,

Esses direitos buscam proteger valores e interesses indispensáveis à realização da condição de humanidade de todas as pessoas. Agrega-se, aqui, valoração moral à ideia de “direitos”, passando estes direitos a servir de veículos aos princípios de justiça de uma determinada sociedade⁵¹.

Na mesma linha de pensar, Comparato profere,

⁴⁹NUNES JÚNIOR, V. S. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**: Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 11.

⁵⁰VIEIRA, O. V. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Editora Malheiros. 2006. p. 21.

⁵¹VIEIRA, op. cit., p. 26.

São os direitos que, consagrados na Constituição, representam as bases éticas do sistema jurídico nacional, ainda que não possam ser reconhecidos, pela consciência jurídica universal, como exigências indispensáveis de preservação da dignidade humana⁵².

Corroborando este posicionamento, Dias declara:

Posto desse modo, independentemente do substrato que o informa, o conjunto de direitos fundamentais não somente é operativo, mas também se apresenta como prescrições positivas simultaneamente oponíveis aos indivíduos, à sociedade e ao Estado, sendo dotados dos mesmos fatores de eficácia e efetividade dos demais direitos reconhecidos pela ordem jurídica⁵³.

Nunes Júnior discorre,

Podemos conceituar direitos fundamentais como o sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade)⁵⁴.

Percebe-se, pois, que os direitos ditos fundamentais, possuem uma importância de imensa envergadura, vez que se tratam das garantias indissociáveis ao homem. Isto posto, deve-se analisar dois pontos centrais dos direitos fundamentais.

O primeiro ponto de destaque se refere à ideia de que os direitos fundamentais são sinônimos dos direitos humanos, porém estes são aplicados em um patamar internacional, ao passo que aqueles condizem aos direitos positivados em uma ordem constitucional interna. Não se pode, contudo, partir de uma falsa impressão de que os direitos fundamentais positivados na Constituição Federal são tão somente os expressos na mesma. Quando se fala em positivação dos direitos fundamentais, deve-se compreender o conjunto de direitos da pessoa expressa ou implicitamente reconhecidos por uma ordem constitucional interna, conforme as disposições dos §2º e 3º da Carta Magna de 1988⁵⁵.

⁵²COMPARATO, F. K. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 176.

⁵³DIAS, J. C. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 112.

⁵⁴NUNES JÚNIOR, V. S. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**: Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 15.

⁵⁵VIEIRA, O. V. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 36.

O segundo ponto a ser tocado diz respeito à expressão “direitos de 1ª ou 2ª geração” não pode ser interpretada com a falsa ideia da substituição gradativa de uma geração por outra, motivo pelo qual a doutrina moderna se vale do termo “dimensões dos direitos fundamentais”⁵⁶. Isso significa dizer que os direitos de 2ª geração não são mais importantes dos da 1ª geração, mas apenas que complementam estes e formam com eles um núcleo indissociável de direitos basilares a condição humana.

Dessa forma, parte-se do pressuposto de que os direitos fundamentais elencados na Constituição Cidadã abrangem os direitos individuais, conhecidos como direitos civis e políticos de primeira geração (dimensão) e os direitos sociais (*latu sensu*), denominados de direitos econômicos, sociais e culturais de segunda geração (dimensão). Não obstante, reconhecem-se defesas ao contrário que atribuem o título de direitos fundamentais tão somente aos direitos individuais; porém, estas correntes restam rechaçadas pelos motivos definidores dos direitos sociais, adiante delineados.

Entretanto, compartilhando a doutrina, os direitos individuais são direitos fundamentais e constituem a base da sociedade. Estes direitos encontram apoio, precisamente, no artigo 5º da Lei Máxima brasileira que definem liberdades básicas aos indivíduos, assim como, direitos pertinentes aos atos da vida civil e política.

Os direitos individuais surgiram como forma de assegurar a abstenção estatal sobre a vida civil, impedindo-o de cometer arbitrariedades contra a integridade do indivíduo, daí chamá-los de direitos cuja prestação é negativa, pois o Estado se omite de prestar quaisquer garantias a partir de condutas positivas de seus agentes – os direitos já existem, basta o Estado não intervir.

Contudo, a presente dissertação visa a demonstrar que os direitos individuais ou de primeira dimensão não esgotam a abrangência dos direitos fundamentais, sob pena de mitigar, ou até excluir a essência da pessoa humana.

Dias leciona,

Esses direitos reconhecidos como de primeira geração, são, de certa forma, tomados como a base do ideário liberal clássico. Este inicialmente estruturou o

⁵⁶SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 41.

conjunto de direitos humanos, os quais, no entanto, não se confundem, nem resumem todo o conjunto. É preciso deixar claro que os direitos humanos, em nossos dias, ganharam uma evolutiva importância conceitual que sublima a simples concepção de direito de oposição ao Estado⁵⁷.

Desse modo, passa-se a tratar e definir os direitos sociais, cujo caráter, conforme citado anteriormente, é de direitos fundamentais, o que implica em sua justiciabilidade. Curial a isto três são os argumentos de maior relevância jurídica que garantem a denominação de direitos fundamentais aos direitos sociais, logo, tornando-os justiciáveis.

No primeiro argumento verifica-se que ao Poder Legislativo cabe a função de legislar, ao Executivo a função de administrar e ao Judiciário a função judicante, a função julgadora. Nessas linhas, é correto afirmar que a teoria de separação de poderes adotada no Brasil não é de atribuição estanque dessas funções, logo não deve persistir a argumentação em contrário que nega a possibilidade do Judiciário decidir sobre questões políticas⁵⁸. Ademais, cabe aduzir que o valor material a fim de garantir direitos sociais é maior que um mero posicionamento formal de separação de poderes.

Nesses passos, percebe-se uma evolução doutrinária do posicionamento conservadorista de Böckenforde, exposto por Leivas,

Em um ordenamento constitucional democrático baseado no princípio da separação de poderes competem, em primeiro lugar, ao legislador legitimado democraticamente, e, em segundo lugar à Administração, e não podem se resolver por via de uma interpretação do enunciado constitucional que formula o direito fundamental social⁵⁹.

O segundo argumento trata da afirmação de que os direitos sociais são condições de liberdade, definindo a existência de uma complementação entre a primeira e segunda geração, derruba a argumentação que sustenta que os direitos sociais não podem ser considerados fundamentais sob pena de inflacionar o rol dos direitos fundamentais e de desvalorizar o conceito de “direitos fundamentais”, que possui um maior grau constitucional.

⁵⁷SARLET, op. cit., p. 110.

⁵⁸SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 520.

⁵⁹LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 92-93.

Por fim, o terceiro argumento confronta a crítica democrática que pretende defender o caráter antidemocrático das garantias de direitos sociais pelo Judiciário, por seus membros não terem passado pelo crivo do voto. Contudo, os direitos sociais, por si só, integram a organização do regime democrático, logo quando o Judiciário os garantem, não viola o princípio democrático, mas afiança a conformação de um contexto adequado à manifestação efetiva da vontade popular⁶⁰.

Ademais, cabe ressaltar, de acordo com Sarmento,

Atualmente o Poder Judiciário brasileiro “leva a sério” os direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais, e a via judicial parece ter sido definitivamente incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição dos cidadãos para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna⁶¹.

Desconstituída a tese do caráter não fundamental atribuído aos direitos sociais, passa-se a analisar em que consistem estes direitos.

Nas palavras de Dias,

Enquanto a primeira geração é calcada basicamente nas liberdades individuais, como uma zona de proteção à individualidade do cidadão oponível ao Estado, essa segunda categoria explicita uma proteção mais ampla, ligada fundamentalmente à proteção do indivíduo enquanto parte das relações de produção econômica⁶².

No dizer de Coelho,

Voltados para a igualdade material nas condições de vida como ensina Sarlet, “caracterizam-se ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”⁶³.

Destarte, pode-se afirmar que os direitos sociais não concernem apenas aos direitos positivos (demandam prestações ativas estatais), mas também às liberdades sociais, como a

⁶⁰LEIVAS, op. cit., p. 524.

⁶¹SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 554-555.

⁶²DIAS, J. C. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 110.

⁶³COELHO, E. M. Direitos Humanos, globalização de mercados e garantismo como referência jurídica necessária. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 73. apud DIAS, J. C. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 110.

liberdade de sindicalização, o direito de greve, a garantia do salário-mínimo etc.⁶⁴. Os direitos sociais são imprescindíveis para o gozo dos direitos individuais de liberdades, uma vez que promovem a igualdade real e aumentam as condições de realizações das liberdades individuais⁶⁵.

Compartilhando mesmo entendimento, Meireles,

Os direitos de liberdade como já visto, foram assim chamados quando a necessidade de libertação do indivíduo do jugo do Estado se fez imperiosa e necessária; os direitos sociais, por outro lado, surgiram quando a necessidade de “igualdade” entre os próprios indivíduos se fez presente. Era a busca da justiça social, ou seja, a justiça no seio da sociedade⁶⁶.

3.2 A PROBLEMÁTICA DOS DIREITOS SOCIAIS NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E O CUSTO DOS DIREITOS

O presente tópico oferece uma visualização da problemática inerente aos direitos sociais no ordenamento brasileiro enfatizando a existência de uma previsão constitucional destes na relação com uma realidade prática que não acompanha os ditames da Lei Maior, tornando os direitos sociais não efetivos. No final, se apresenta uma análise sobre o custo dos direitos, diferente das demais que, em regra afirmam que os direitos sociais são mais onerosos ao Estado.

Na concepção de Abramovich e Courtis,

No es raro enfrentarse com opiniones que, negando todo valor jurídico a los derechos sociales, los caracterizan como meras declaraciones de buenas intenciones, de compromiso político y, en el peor de los casos, de engaño o fraude tranquilizador⁶⁷.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, assegura aos cidadãos os direitos individuais basilares que compõem a pavimentação do ordenamento jurídico pátrio. Dessa mesma forma, o artigo 6º, por sua vez garante aos tutelados direitos sociais, coletivos, inerentes à sociedade como um todo.

⁶⁴SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.41.

⁶⁵SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p. 285 e ss.

⁶⁶MEIRELES, A. C. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 78.

⁶⁷ABRAMOVICH, V; COURTIS, C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 19.

Na Alemanha, apesar do perfil político-social do Estado, a doutrina e a jurisprudência não associam os direitos fundamentais sociais a uma interpretação em conjunto com outras normas constitucionais, já que os mesmos por uma questão histórica pós-segunda guerra mundial não se encontram previstos nesta Constituição, mas oferecem o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais não positivados expressamente na Constituição Alemã⁶⁸.

O Brasil, como citado, anteriormente, não precisa adentrar neste embate, uma vez que a Carta Maior pátria carrega um elenco extenso de direitos fundamentais sociais, o que torna dispensável associar, de forma interpretativa os direitos fundamentais previstos ou não expressamente no texto constitucional ou até relacionados a outros direitos, restando patente a obrigação do Estado de respeitar o postulado máximo da nação⁶⁹.

Pode-se até ressaltar que os direitos sociais, fundamentais, possuem uma estreita ligação com a organização e o procedimento, ao passo que estes três se complementem. Desse modo, a organização e o procedimento podem definir os direitos sociais, como a Constituição o faz, mas como os três desmembramentos se completam, é correto proferir que os direitos fundamentais podem servir de diretrizes para a interpretação e aplicação das normas procedimentais e como deverá ser a atuação estatal⁷⁰.

Em verdade, afirma-se que essas garantias contribuem na organização do Estado Democrático de Direito.

Nas palavras de Vieira,

Os direitos da pessoa humana constituem uma ideia reguladora, ou seja, algo que estabelecemos como um parâmetro ou ideal a ser buscado por nossas sociedades. Uma sociedade que respeite os direitos da pessoa humana poderia ser considerada, se não uma sociedade justa, ao menos muito próxima do ideal de justiça⁷¹.

Desse modo, o Poder Constituinte Originário criou os três poderes, cujas competências e funções se encontram insculpidas no Texto Máximo O Legislativo, Executivo e Judiciário, que em tese, trabalham separadamente com um objetivo comum, ou seja, aplicar efetivamente os

⁶⁸LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 90.

⁶⁹Ibidem. p. 90.

⁷⁰SARLET, I. W. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. IN: WAMBIER, T. A. A. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 34, n. 175, p. 21, set. 2009.

⁷¹VIEIRA, O. V. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 37.

direitos previstos na Carta Política de 1988 com o viés de estruturar a República Federativa do Brasil.

Infelizmente existe um grande hiato entre a previsão teórica e a aplicação prática desses direitos, pois o Estado obrigatoriamente necessita de vários aparatos externos que o texto normativo não consegue suportar.

Conforme o contexto delineado, evidencia-se a problemática jurídica brasileira no que tange aos direitos sociais, isto é, comprova-se a necessidade de fazer valer os regramentos constitucionais ao aplicar o Direito.

Isto posto, ao fazer uma análise histórica no Brasil dos direitos civis e políticos, direitos ditos de 1ª geração, verifica-se a dificultosa missão destes terem tido a eficácia e efetividade que possuem no direito constitucional contemporâneo, ressaltando que a inserção no ordenamento jurídico das normas clássicas de liberdade na era pós-absolutista, como resultado das declarações de direitos, ensejou a estes direitos um tratamento similar ao conferido às normas programáticas inerentes aos direitos sociais na atualidade⁷².

Reconhece-se, contudo, que os tempos mudaram, mas, do mesmo modo que as Constituições liberais, com a luta da burguesia para estabelecer o poder, firmaram os direitos civis e políticos como um dever imediato do Estado, pode o mesmo ser feito hoje com os direitos sociais, já que estes são direitos fundamentais que devem respeitar a determinação constitucional contida no §1º do artigo 5º como regra⁷³.

Na posição de Vieira,

Talvez como medida de proteção contra o alto grau de insinceridade do legislador, o constituinte brasileiro, ao lado da prevalência dos direitos fundamentais, tenha buscado assegurar a sua independência (conceito correlato) em relação ao Legislativo, ao próprio Judiciário e ao Executivo. Se lermos com atenção o §1º do artigo 5º da Constituição Federal, veremos que exige o constituinte a “aplicação imediata” das normas garantidoras de direitos e garantias fundamentais. Ou seja, estas não podem ter a sua aplicação retardada por inexistência de lei ou qualquer outro ato normativo⁷⁴.

Com isso, o Estado não pode justificar o não cumprimento dos direitos fundamentais sob uma alegação que os mesmos não têm o condão de caracterizar uma obrigação jurídica,

⁷²BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 207-208.

⁷³BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Artigo 5º parágrafo 1º- As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁷⁴VIEIRA, O. V. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 50.

transpondo a ideia de que estes servem para realizar uma declaração de boa intenção política⁷⁵. Não é afirmar, contudo, que o Estado sempre terá que cumprir em sua integralidade os direitos sociais.

Nesses termos, surgem mais problemas teóricos e práticos no contexto do ordenamento jurídico brasileiro. Não só problemas envolvendo o órgão judicante, como também os evidenciados num discurso normativo que se assenta na ideia da autossuficiência das normas constitucionais relativo a dar respostas aos problemas de garantia – proteção – realização dos direitos sociais⁷⁶.

Dessa forma, registra-se que a participação do Judiciário na garantia da efetividade dos direitos sociais delimita o foco deste trabalho. Entretanto, cabe afirmar que os problemas de efetivação das normas constitucionais envolvem o Legislativo, o Executivo, a política, a economia, a sociedade e o próprio Judiciário, mas como citado anteriormente esta dissertação fará um recorte do Poder Julgador.

Como já clarificado, a Constituição Federal propõe uma aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais, mas, como também se sabe, muitas são as normas de direitos fundamentais que precisam de uma regulamentação legal expressa ou, ainda, uma combinação de políticas públicas dirigidas a sua implementação⁷⁷.

A partir disso, pode-se considerar o Poder Judiciário o responsável pela superação dessas dificuldades? Será que este poder possui legitimidade para tal? Será que o Judiciário tem a capacidade técnica de decidir? E a separação de poderes, é um contra-argumento relevante? Esses são questionamentos levantados por aqueles que eximem do Judiciário a responsabilidade de aplicar os direitos sociais, visão esta que, conforme se defende, não possui força argumentativa para retirar do órgão judicante a possibilidade, dentro de seus limites, de garantir e fazer valer os direitos insculpidos na Carta Magna de 1988.

Conforme uma das discussões do tópico anterior, para garantir o caráter fundamental aos direitos sociais, assegura-se que o Poder Judiciário, ao apreciar casos de direitos sociais não estará confrontando o princípio básico da separação dos poderes. Isso porque o direito material

⁷⁵ABRAMOVICH, V; COURTIS, C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 21.

⁷⁶CANOTILHO, J. J. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 117.

⁷⁷VIEIRA, op. cit., p. 50.

fundamentador das garantias fundamentais derruba uma mera determinação formal de separação de poderes e, correto é proferir que os três poderes se complementam, ou seja, não existe no Brasil uma separação estanque dos mesmos, o que possibilita o Judiciário decidir questões além de conflitos jurídicos, como os direitos sociais, conflitos políticos.

Os magistrados, não podem substituir os membros do Executivo ou Legislativo, mas podem, certamente, fazer valer a Lei Maior. Apesar de não terem passados por uma eleição democrática para chegar ao poder, isso não impede que os mesmos profiram decisões políticas, uma vez que, assim como o voto os direitos sociais estão previstos na Carta Política nacional, e mais, integram o regime democrático pátrio o que certamente precisa ser respeitado.

Outros problemas a serem trabalhados referem-se ao discurso normativo da autossuficiência da Constituição Federal. O sistema dos direitos fundamentais se idealiza como um complexo de normas superiores do conjunto do sistema jurídico em geral e especificamente do sistema jurídico constitucional, caracterizando o status elementar das normas consagradoras desses direitos. Este status era considerado como de máxima importância por se pensar que estas normas possuíam uma operacionalidade suficiente para regular, dirigir e decidir os problemas jurídicos e políticos de aplicabilidade dos direitos sociais. Por essa acepção, bastaria interpretar sabiamente o texto constitucional, pois se acreditava numa Constituição programaticamente dirigente.⁷⁸ Esta forma de pensar e tratar o texto constitucional é que se critica, de modo que não se pode conceber uma ideia de que as previsões constitucionais, por simplesmente estarem na Constituição Federal, automaticamente se aplicam na sociedade sem necessitar de prévias regulamentações dos próprios organismos estatais, responsáveis por controlar e condicionar no exercício de suas funções a observância dos ditames da Lei Maior⁷⁹.

Nas palavras de Canotilho,

(...) As garantias de direitos fundamentais são, conceitualmente, orientações programáticas e limitações normativas impostas à discricionariedade do poder público, em todas suas instâncias e escalões, é igualmente correto que elas somente têm condições de se tornarem efetivas por intermédio desse poder⁸⁰.

Desse modo, verifica-se que no Brasil existe a previsão constitucional dos direitos sociais, porém não há observância dessas garantias pelos órgãos estatais, cometendo estes

⁷⁸CANOTILHO, J. J. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 118.

⁷⁹Ibidem. p. 119.

⁸⁰CANOTILHO, op. cit., p. 118.

verdadeiras inconstitucionalidades por inércia, por uma falta de agir para garantir aos tutelados direitos basilares do ordenamento jurídico.

Os cidadãos precisam reconhecer que existe algo de errado quando o constituinte originário garante algo que não é cumprido diariamente. Entretanto, quando existe uma prisão pautada em ilegalidade ou abuso de poder, quando um magistrado se atreve a apenar uma sanção exagerada ao acusado, ou quando há a retenção em órgãos públicos de informações pessoais de um determinado cidadão, a sociedade como um todo se levanta para garantir defesas contra estas inconstitucionalidades. A discussão dos direitos sociais precisa ser vista por todos da mesma forma de uma prisão arbitrária, por exemplo, para que se possa efetivamente aplicar as garantias fundamentais.

Nessas linhas Meireles adverte,

Tomando como parâmetro a estrutura lógica da norma jurídica, observa-se que, se há um dever qualquer em face da Constituição (genericamente denominando prestação, englobando ação ou omissão), a inconstitucionalidade advirá como não cumprimento desse dever, ou seja, como não prestação em sentido amplo⁸¹.

Continua ensinando Meireles com base nas fundamentações de Piovesan,

Por outro lado, entende que a omissão inconstitucional poderá caracterizar-se pela falta ou insuficiência de medidas legislativas, pela falta de adoção de medidas políticas ou de governo, pela falta de implementação de medidas administrativas, incluídas as medidas de natureza regulamentar, ou de outros atos da Administração Pública⁸².

Elucidando os argumentos que se defende, Piovesan ensina, “A inconstitucionalidade por omissão é inconstitucionalidade negativa, que resulta de abstenção, inércia ou silêncio do poder político que deixa de praticar determinado ato exigido pela Constituição”⁸³.

Outra preocupação de imensa importância reside na problemática sistêmico-funcional da Carta Magna. Este discurso, especificamente no âmbito dos direitos sociais, ganha força por se entender que a própria Constituição é perversa, pois as disposições previstas em suas normas não são observadas e sequer representam mais um valor simbólico de existência, é como se a Lei Maior do Estado existisse para cumprir uma formalidade de estruturação governamental.

⁸¹MEIRELES, A. C. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 407.

⁸²MEIRELES, op. cit., p. 409.

⁸³PIOVESAN, F. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade e mandado de injunção. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 93.

Estes problemas teóricos afetam a sociedade diretamente criando um efeito em cadeias e problemas práticos como: problemas de inclusão, problemas de referência, problemas de bem-estar, etc.

As constituições do pós-guerra pretenderam dar uma resposta satisfatória ao problema da sociedade, ou, se se preferir, ao problema dos direitos econômicos, sociais e culturais. (...) Mas, é aqui que com mais veemência, se denuncia a “trágica do estado”. O Estado social é vítima, nuns países, do seu próprio sucesso. As constituições “socialmente amigas” sofrem críticas amargas da “crise de governabilidade”, do “flagelo do bem”, do “fim da igualdade”, da “bancarota do Estado”⁸⁴.

Destaca-se, portanto, com todo o exposto, que os direitos fundamentais sociais têm por base o §1º do artigo 5º da Carta Política de 1988, o que se implica aos organismos estatais como um tratamento de orientação-imposição programática constitucional.

Reitera-se que o enunciado legal em comento abrange tanto os direitos de 1ª como de 2ª geração, pois, conforme o exposto, ambos compõem o quadro de direitos fundamentais. Curial a isto, é claro que é dever do Estado garantir a todos, indistintamente, tais direitos e garantias de forma imediata. Contudo, esta árdua tarefa esbarra no plano orçamentário da nação e na capacidade fática de realizar o previsto em lei.

Assim, para compreender melhor este dispositivo e o que significa aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, é imprescindível adentrar nessa discussão em razão dos direitos fundamentais representarem direitos básicos do homem que precisam serem libertados do campo teórico e serem evidenciados patentemente na prática.

Primeiramente, sabe-se que a teoria de aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais desenvolvida por José Afonso da Silva é a que mais vem sendo aceita desde sua criação, apesar de se reconhecer a existência de teorias alternativas⁸⁵. Porém antes de expor essa teoria é importante realizar a distinção entre aplicabilidade e eficácia da norma.

A princípio, pode-se pensar que estes termos são conexos, e de fato são, mas isso não significa dizer que há uma pressuposição entre ambos os conceitos, pois ainda que uma norma não possua eficácia jurídica e, certamente, não possa ser aplicada, pode existir uma norma eficaz

⁸⁴CANOTILHO, J. J. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 122.

⁸⁵SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p.209.

que não produza aplicabilidade para um caso concreto⁸⁶. Assim, deve-se ter claro que aplicabilidade da norma é um conceito que envolve uma dimensão fática diversa do conceito de eficácia.

Desse modo, se pode afirmar que a eficácia da norma jurídica implica na apresentação das condições técnicas de sua atuação, ou de aplicabilidade, por estarem presentes os elementos normativos idôneos, nela contidos ou em outra norma, para adequá-la à produção de efeitos jurídicos concretos, sem qualquer relação de dependência de sua observância, ou não, pelos seus destinatários⁸⁷.

A aplicabilidade, portanto, significa a qualidade daquilo que é aplicável a uma situação determinada.

No conceito tradicional de aplicabilidade José Afonso da Silva ensina, “No sentido jurídico diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos aos seus destinatários”⁸⁸.

A teoria de eficácia de José Afonso da Silva divide as normas em um tripé: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.

As normas de eficácia plena se remetem às normas que desde a entrada em vigor da Carta Política de 1988, produzem ou têm a possibilidade de produzir todos os efeitos inerentes a vontade do constituinte originário. Aqui se traduz a ideia de normas perfeitas e vinculantes por si mesmas.

Diferentemente das normas de eficácia plena, as normas de eficácia contida podem ser restringidas. Este ponto é relevante, pois não só diferencia esses dois conceitos, mas nos acrescenta uma informação importante sobre a restrição que esses dois tipos de normas podem ou não sofrer. Em outras palavras, cabe alertar que as normas de eficácia contida possuem eficácia plena desde a promulgação do texto constitucional, mas podem ter sua eficácia restringida, o que pode ser evidenciado com uma referência a lei posterior em certos dispositivos

⁸⁶SILVA, V. A., op. cit., p. 210.

⁸⁷DINIZ, M. H. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 44.

⁸⁸SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008p. 13.

constitucionais o que não significa dizer, contudo que as normas de eficácia contida dependam desses atos supervenientes do Legislativo, para produzirem efeitos⁸⁹.

Por fim, as normas de eficácia limitada não podem ser confundidas com as normas de eficácia contida, pois, enquanto estas possuem eficácia plena e podem vir a sofrer restrições, aquelas carecem de eficácia. As normas de eficácia limitada precisam da atuação do legislador e dos organismos estatais para produzir seus efeitos, logo sua eficácia⁹⁰.

Nesse sentido, é válido afirmar que as normas de eficácia plena e eficácia contida possuem aplicabilidade imediata, isto é, cabe ao Estado o ônus de garantir as previsões constitucionais, estas devem ser tratadas como imposições programáticas devendo fazer parte do plano de planejamento estatal. Já as normas de eficácia limitada possuem uma aplicabilidade mediata, ou seja, dependem intimamente da atividade estatal e uma submissão à lei, neste caso ao plano orçamentário.

Há, porém, um problema central nessa classificação de normas constitucionais, problema este que a doutrina denomina de problema existencial da classificação das normas constitucionais.⁹¹ Este problema condiz às normas restringíveis, ou seja, as normas de eficácia contida, porém não faz sentido existir uma discussão de restrição (entre as normas de eficácia plena e eficácia contida) das normas constitucionais já que não existem direitos absolutos não devendo transpor uma ideia de que as normas de eficácia plena não podem ser restringidas.

Curial a isto, cabe direcionar a atenção aos direitos fundamentais, especificamente os direitos sociais. Assim, se pode aferir que não existe um direito fundamental que esteja integralmente imune às limitações e restrições impostas pelo ordenamento jurídico, o que não significa dizer que seja uma argumentação aceita para o não cumprimento dos direitos sociais, pois a garantia destes é que definem os indivíduos como indivíduos os seres humanos como seres humanos.

⁸⁹SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p.213.

⁹⁰SILVA, V. A., op. cit., p. 214.

⁹¹Ibidem. p. 223.

Com o exposto cabe propor uma indagação do que seria a diferenciação entre as normas de eficácia plena e normas de eficácia contida, já que ambas podem ser restringidas. Para responder esse questionamento recorre-se para os limites imanentes do texto constitucional.

Recorda-se que não existem direitos absolutos, mas é preciso diferenciar estas normas, logo, utiliza-se uma diferenciação tênue, isto é, as normas de eficácia plena (irrestringíveis) se submetem apenas aos limites expressa ou implicitamente contidos na Constituição Federal ao passo que as normas de eficácia contida (restringíveis) se sujeitam aos limites constitucionais amplo, ou seja, aqueles do constituinte e do legislador ordinário⁹².

Conforme posição sustentada nesse estudo, apesar de existir uma problemática de aplicação na teoria de eficácia das normas, defende-se que os direitos fundamentais são considerados normas de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, se reprimindo apenas as limitações da Lei Maior. É correto que o §1º do artigo 5º da Constituição Federal se remete aos direitos de liberdades e as normas de garantias sociais e, por isso, para muitos doutrinadores seria um dispositivo que abarca normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.

Desse modo, sustenta-se que os direitos fundamentais são interdependentes, logo inseparáveis em sua essência, bem como devem ser em sua eficácia, razão maior que se defende uma eficácia plena tanto aos direitos civis e políticos quanto aos sociais, apesar de conhecer o posicionamento de José Afonso da Silva que considera os direitos sociais como normas de eficácia limitada⁹³. Contudo, é necessário fazer algumas considerações pontuais para se assim pensar.

Sabe-se que qualquer direito que exija uma postura ativa, prestacional pelo Estado precisa de uma regulamentação eficiente para se adequar à garantia daquele direito. Entretanto, não são todos os direitos fundamentais que necessitam dessa postura ativa estatal. Desse modo, fica a cargo da hermenêutica jurídica e do sopesamento dos direitos fundamentais de acordo com uma ponderação interpretativa, decidir quais são os direitos fundamentais dotados de eficácia plena. Isso não é eficaz, pois o que vale oferecer uma eficácia plena de liberdade de expressão,

⁹²SILVA, V. A., op. cit., p. 225.

⁹³SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 60-63.

por exemplo, para um analfabeto. Veja como é muito forte a ligação das duas dimensões de direitos fundamentais.

Com isso, se percebe que a interpretação do §1º do artigo 5º da Constituição Federal precisa ser uniforme. Nesse sentido, deve esta ser de eficácia plena para todos os direitos fundamentais, para que somente dessa forma os mesmos possam ser efetivados na prática, sem deixar lacunas para uma garantia elementar. Não faz sentido defender que somente os direitos individuais, por exigirem uma inação estatal podem gozar de uma eficácia plena da norma constitucional, como certos juristas entendem.

Na concepção de Bastos e Britto,

Na área dos direitos e garantias individuais, cogitar-se-á de norma irregulamentável sempre que o bem jurídico nela consagrado apenas exigir, par o seu efetivo respeito a simples inação do Poder Legislativo⁹⁴.

Para José Afonso da Silva,

As liberdades públicas, sobretudo quando garantidas por normas de eficácia dita plena, não seriam apenas irrestringíveis: a eficácia das normas constitucionais que enunciam os direitos individuais também seria não regulamentável. A eficácia dessas normas não depende da intermediação do legislador, já que a ideia de regulamentação da liberdade 'há muito está superada'⁹⁵.

Por que não se pode aprimorar a regulamentação das garantias sociais? Ademais infere-se que as liberdades previstas no texto constitucional não são exatamente direitos que não exigem uma postura ativa do Estado e muitas vezes oneram o mesmo incalculavelmente.

Interessante dizer que esta bandeira, levantada pelo Estado, de altos custos aos direitos sociais que não são fundamentais (já vimos que são) não pode ser erguida e prosperar, pois os direitos individuais, ditos fundamentais acarretam, também altos custos.

É falaciosa a ideia de que os direitos de primeira geração, por demandar a abstenção do Estado, não acarretam custos para poderem ser garantidos a todos. Os recursos públicos são indispensáveis para a proteção de liberdade de imprensa, do direito de propriedade, do direito de

⁹⁴BASTOS, C. R.; BRITTO, C. A. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. apud SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p.226.

⁹⁵SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008p. 140.

associação etc., já que a criação e a manutenção de instituições políticas, judiciárias, e de segurança, implicam gastos estatais⁹⁶.

A proteção de direitos civis e políticos, como o acesso à justiça, o direito de reunião, o direito de matrimônio, o direito de votar e ser votado,

Pressupõe a criação das respectivas condições institucionais por parte do Estado (existência e manutenção de tribunais, estabelecimento de normas e registros que confirmam relevância jurídica à decisão matrimonial ou ao ato de associação, convocação de eleições, organização de um sistema de partidos políticos, etc.).⁹⁷.

Pode-se afirmar que são muitas as vezes que quando comparados os direitos de primeira geração com os direitos de segunda geração, aqueles representam um ônus pecuniário maior ao Estado para o seu efetivo cumprimento do que estes⁹⁸.

Uma coisa é certa: os direitos individuais e sociais são indissociáveis, pois se comunicam, ou melhor, se interrelacionam de maneira que se completam e se integram. É bem de ver que, se de um lado, se enxerga um liame de pressuposição recíproca entre os direitos individuais e sociais, basta pensar na inutilidade da proteção jurídica das liberdades civis a quem não possui condições materiais mínimas para usufruí-las, no amesquinamento da liberdade de expressão de um analfabeto, etc.;⁹⁹ é o que Sen defende como a remoção de fontes de privação de liberdades¹⁰⁰.

Dessa feita, resta superada a possibilidade de encarar os direitos de primeira e segunda geração como comunicáveis.

Assim ensina Dias,

Para ter essa visão universalista (humanista), é preciso tomar como premissa que os indivíduos de uma sociedade, qualquer que seja ela, têm direito a determinadas condições mínimas de existência que lhes conferem o status de pessoa humana. O status de pessoa humana somente pode ser atribuído na

⁹⁶HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. **The Cost of Rights**. New York: Norton & Company, 1999. p. 233 e ss.

⁹⁷ABRAMOVICH, V.; COURTIS C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta. 2002. p. 10.

⁹⁸HOLMES; SUNSTEIN, op. cit., p. 233 e ss.

⁹⁹SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 466.

¹⁰⁰SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 56-64.

medida em que determinados conteúdos mínimos da vida são assegurados aos indivíduos¹⁰¹.

Dessa afirmação se observa a importância de acoplar os direitos individuais e sociais criando o que se chama de direitos fundamentais.

As garantias sociais, portanto, devem ser interpretadas como direitos fundamentais que impõe ao Estado um dever, isto é, um automático cumprimento dessas garantias por estarem na Constituição Federal e por o Estado já ter (ou dever ter) incluído no seu planejamento de gestão, esta é a regulamentação ensejada pelo constituinte. Não pode ser vista como uma norma programática, que se difere de um dever, por somente se inserir nos planos estatais quando cumpridas as demais metas do Estado, uma ideia de resíduo, de cumprir quando puder.

Diante das argumentações oferecidas é que se critica o posicionamento de Silva, que profere,

Em geral, há uma contraposição entre as normas que consagram liberdades públicas e direitos políticos, como normas de eficácia plena, e aquelas que consagram direitos sociais, como normas de eficácia limitada. Essa contraposição costuma ser feita para se mostrar que as normas de eficácia – liberdades públicas e direitos políticos – não dependem de regulamentação e intervenção estatal, e a prova disso é sua real efetividade, obtida apenas a partir de uma abstenção do Estado e do legislador ordinário. Já o caso das normas de eficácia limitada seria muito diferente. Isso seria comprovado a partir da experiência dos direitos sociais, cuja realização depende de uma ação estatal, sem a qual a eficácia da norma não se produz por completo. A limitação dessa eficácia ficaria ainda mais clara em face dos custos que esses direitos implicam para o Estado, que, por isso, não tem condições de agir de forma esperada¹⁰².

Ademais, é correto afirmar que não existem normas completas em si, todas, necessitam de uma ação estatal, em determinado grau, para produzir efeitos. Com essa ideia critica-se novamente a posição de Silva por ele defender que no plano jurídico ou técnico existem diferenças entre as liberdades e garantias sociais. Proclama o autor que pelo fato de já existir todo um aparato estatal para garantir as liberdades, não precisa o Estado ter uma postura prestacional¹⁰³.

¹⁰¹DIAS, J. C. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 117.

¹⁰²SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p.231.

¹⁰³SILVA, op. cit., p. 233.

Esta afirmação, com a máxima vênia, não pode prosperar. A título de uma compreensão integral, afirma-se que não faz sentido dizer que uma norma tem eficácia plena se a mesma não estiver amparada por toda uma estrutura do Estado que garanta sua efetividade. Será que de fato o Brasil possui uma organização eficaz no Poder Legislativo, de modo que o direito ao sufrágio seja considerado como norma de eficácia plena, ou será que o poder de polícia do país é tão bem estruturado que não exista, ou melhor, que exista um número ínfimo de disputas por terra, de forma que o direito de propriedade possa ter uma eficácia plena?

Naturalmente a resposta a estas indagações será negativa, pois não se deve analisar o que já existe no Estado para garantir a efetividade da norma, mas o que deve existir, de modo que a Constituição sirva de texto impositivo.

Assim, defende-se, reiteradamente, que as liberdades e as garantias sociais se inserem numa gama de direitos mais amplos, ou seja, os direitos fundamentais cuja norma previsora dos mesmos não pode ter uma eficácia a não ser plena para vincular o cumprimento daquilo nela inserido.

Corroborando deste entendimento, Sarlet,

Os preceitos normativos de direitos fundamentais possuem um mínimo de eficácia, podendo se extrair que o poder público deve retirar das normas que consagram tais direitos, a eficácia maior possível, destacando-os em relação aos demais preceitos constitucionais, amparado pelo o conteúdo do próprio §1º do artigo 5º¹⁰⁴.

Ademais resta patente a interdependência desses direitos de modo que os mesmos só funcionam se estiverem concomitantemente garantidos. Tem que ser ter em mente que os direitos sociais precisam ter a plena eficácia da norma, sob pena de depender de uma regulação ordinária e, possivelmente, nunca gozar da eficácia que merecem.

Nesse contexto, é que os cidadãos se valem da Constituição Cidadã para levar ao Poder Judiciário conflitos que afetam direitos nela assegurados. Contudo, não são os direitos individuais o cerne deste conflito, mas os direitos sociais. É evidente que o Estado, através do Poder Judiciário, terá que observar a matéria de litígio a ele apresentada.

¹⁰⁴SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.260.

3.3 CONCEITOS DE JUSTIÇA SOCIAL – JUSTIÇA RETRIBUTIVA E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

A grande dificuldade presenciada, hoje, pelo Poder Judiciário brasileiro e de grande parte dos países, encontra-se em definir quais matérias estão sujeitas à justiciabilidade, ou seja, que podem ser efetivadas por esse Órgão Judicante. Ademais, é de valiosa importância assinalar o insuficiente aparelhamento deste órgão nacionalmente para reconhecer os litígios levados ao mesmo de cunho individual e de cunho coletivo.

Pois bem, como pressuposto básico para compreender o debate a ser travado, é fundamental considerar a diferença existente entre justiça comutativa ou retributiva e a justiça distributiva.

Primeiramente, os estudiosos anglo-saxões consideram que a ideia de justiça pode ser externa e interna, a primeira é considerada a ser o objeto das decisões de tribunais e jurisprudências e a segunda é uma espécie de vontade interna do cidadão, o objeto da moralidade¹⁰⁵.

A outra classificação, a que nos interessa para o presente estudo, se verifica entre a justiça comutativa ou retributiva e a justiça distributiva. A primeira deve ser entendida como aquela que dirime conflitos bilaterais, onde se tem uma situação de direitos conflitantes dentro das questões privadas do Direito, como questões legais de obrigações, contratos, punição penal, punição administrativa, etc.

Para a doutrina pragmática americana, justiça comutativa reflete uma virtude cujo objeto é de entregar ou devolver tudo aquilo que pertence a uma das partes. De modo geral é a forma de justiça que rege uma relação contratual e separa para as partes o que é devido a cada uma. Nesse sentido, vale informar que a palavra “comutativa” vem do latim “comutare”

¹⁰⁵MERALI, I.; OOSTERVELD, V. (Eds.) **Giving meaning to Economic Social and Cultural Rights**. Pennsylvania: Penn Press, 2001. p. 29.

o que significa trocar ou cambiar algo, transparecendo a ideia de ser algo realizável entre pessoas em uma relação bilateral¹⁰⁶.

Esta espécie de justiça traduz uma ideia de igualdade e, por sua vez a injustiça uma desigualdade, logo o magistrado tem a tarefa de igualar a relação entre as partes analisando apenas o caráter distintivo de um delito, por exemplo, de modo que esta igualdade buscada pelo magistrado se realiza quando o mesmo aplica uma pena¹⁰⁷.

Nesses termos, Aristóteles, ensina,

O juiz restabelece a igualdade como se houvesse uma linha dividida em partes desiguais e ele retirasse a diferença pela qual o segmento maior excede a metade para acrescentá-la ao menor. E quando o todo foi igualmente, os litigantes dizem que receberam “o que lhes pertence” – isto é, receberam o que é igual, o justo¹⁰⁸.

Por sua vez, o tratamento dado à justiça distributiva amplia os litígios hipotéticos enumerados acima, uma vez que versa sobre questões multilaterais, obrigatoriamente compostos pelos sujeitos do processo, nos polos ativo e passivo, bem como a sociedade, como um todo, no polo ativo, uma vez que o objeto da demanda concerne a um bem comum. O bem comum se refere à vontade geral da sociedade, um verdadeiro conceito deontológico-procedimental, tendo em vista que abrange um conjunto de condições que permitem aos membros de uma comunidade atingir, por si mesmos objetivos ou realizar razoavelmente os valores que os motivam a colaborar uns com os outros em uma comunidade, bem como o processo pelo qual se invalida regras e normas, questiona-se a justiça do *status quo*, e se alteram as categorias sociais criadas normativamente¹⁰⁹.

Pode-se afirmar que a justiça distributiva, nada mais é do que uma divisão ou repartição do fundo social comum, concedidas a uma pessoa ou pessoas determinadas que integrem aquele organismo social de onde este fundo de benefícios e de custos é retirado¹¹⁰.

¹⁰⁶MERALI; OOSTERVELD, op. cit., p. 45.

¹⁰⁷ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Porto Alegre: Editora Globo S.A. 1984. p. 126.

¹⁰⁸ARISTÓTELES, op. cit., p. 126-127.

¹⁰⁹LOPES, J. R. **Direitos Sociais Teoria e Prática**. São Paulo: Método, 2006. p. 126.

¹¹⁰LOPES, op. cit., p. 125.

Acrescenta-se a esta distinção mais um fator, isto é, a proporcionalidade, de modo que quando se retira bens e serviços de um fundo comum, deve-se satisfazer a sociedade na proporção de suas necessidades. Esta é uma tarefa dificultosa, pois a verdadeira virtude não se assimila à justiça individual, mas aquela que distribui posses comuns entre duas ou mais pessoas¹¹¹.

No mais dizer, a distribuição de bens e/ou serviços a fim de aplicar os preceitos básicos da justiça distributiva implica na concepção clássica de escolha social; é o paradigma de estender a escolha racional individual para a coletividade de modo que as suas necessidades e anseios possam ser cumpridos¹¹².

Dessa forma, questões levadas ao Judiciário para assegurar direitos sociais (políticos, econômicos e culturais) precisam ser vistas à luz do conceito de justiça distributiva a fim de distribuir igual (proporcional) coisas comuns (não produzidas por ninguém – asseguradas no texto normativo); coisas produzidas em comum; autoridade e poder – liberdade (que por definição são sociais), com as respectivas responsabilidades, recompensas, incentivos e talentos individuais socialmente relevantes e desejados.

A partir do conceito de bem-estar ou *welfare* o princípio da justiça distributiva ou *distributive justice* pode ser definido como:

Considered as one type of justice, distributive justice is a central concept in the Catholic tradition and is closely linked to the concepts of human dignity, the common good, and human rights. Considered as an ethical principle, distributive justice refers to what society or a larger group owes its individual members in proportion to: 1) the individual's needs, contribution and responsibility; 2) the resources available to the society or organization (market considerations would be included under this, as well as other financial considerations); and 3) the society's or organization's responsibility to the common good. In the context of health care, distributive justice requires that everyone receive equitable access to the basic health care necessary for living a fully human life insofar as there is a basic human right to health care.

The principle of distributive justice implies that society has a duty to the individual in serious need and that all individuals have duties to others in serious need. In decisions regarding the allocation of resources, such as rationing decisions, the duty of society is not diminished because of the person's status or

¹¹¹ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Porto Alegre: Editora Globo S.A. 1984. p. 107-112.

¹¹²ARROW, K. J. *Social Choice and Justice*. vol. 1. Massachusetts: Belknap Press of Harvard University, 1983. p. 162.

nature of illness. Everyone is entitled to equal access to basic care necessary for living in a human way. Triage must presume an essential equality of persons. In other words, allocation decisions should not be based upon judgments of the quality of persons. Benefits and burdens should also be distributed in a just manner (grifo meu)¹¹³.

Pode se extrair do excerto acima que a fundamentação jusfilosófica que sustenta a justiça distributiva remete à distribuição de condições de acesso, sejam elas de ordem educacional ou do setor da saúde, mas que possuem algo em comum, isto é, o oferecimento das condições básicas de sustento para se concretizar uma forma de igualdade em que os beneficiários desta distribuição podem ser identificados como seres humanos. Nesse sentir, a justiça distributiva visa a garantir a possibilidade de igualar todos em um patamar geral de seres humanos, de modo que o mínimo para suas existências deve ser garantido indistintamente¹¹⁴.

Desse modo, quando se refere às condições de acesso, pensa-se em igualdade e equidade na sociedade contemporânea. Infere-se, dessa forma, que a igualdade proporciona aos cidadãos um sentimento de inclusão social de fazer parte, efetivamente, do grupo como um todo que é a sociedade. Já a equidade garante aos tutelados do Estado uma motivação para produzir, pois haverá uma retribuição individual na proporção que cada um contribuir para a sociedade. Associando essas ideias em conjunto com a distribuição das necessidades básicas a todos, se pode evidenciar um Estado que atue no social como no econômico, de modo que não retém riquezas como forma de medição da produtividade do mesmo¹¹⁵.

Por sua vez, Rawls, em sua teoria de justiça, garante que o lugar de nascimento, o status social e as influências de família são questões de sorte e não devem influenciar na forma dos benefícios da justiça distributiva. Este autor defende que a justiça distributiva tem a

¹¹³**Healthcare Ethics: Principles of Distributive Justice**, 2007. Disponível em: <http://www.ascensionhealth.org/ethics/public/key_principles/distributive_justice.asp>. Acesso em: 15 jul. 2012.

¹¹⁴ARROW, K. J. **Social Choice and Justice**. vol. 1. Massachusetts: Belknap Press of Harvard University, 1983. p. 188.

¹¹⁵BUTRAM, R. T. et. al. Equity, Equality and Need: Three Faces of Social Justice. In: BUNKER, B. B. e DEUTSCH, M. (Eds.) **Conflict, Cooperation, and Justice**. San Francisco: Jossey-Bass Inc. Publishers, 1995. p. 261.

função de limitar a questões atinentes a sorte para distribuir as necessidades básicas de modo mais justo para a vantagem da coletividade¹¹⁶.

Com isso, pode-se afirmar que, apesar da função intrínseca da justiça distributiva, qual seja a distribuição de bens e serviços, esta não deve se encontrar presente somente em um Estado de bem-estar social, pois o Estado Democrático de Direito em que se vive deve zelar pelo bem estar de seus tutelados ao mesmo tempo em que proporciona uma liberdade econômica de desenvolvimento, o que faz surgir a importância do Judiciário em disciplinar estas questões políticas a fim de defender os direitos fundamentais¹¹⁷.

Certamente que esse tipo de justiça teria maior êxito num Estado social, mas o que se pretende buscar é um equilíbrio entre o crescimento do capitalismo voltado à economia com as garantias dos direitos sociais básicos a todos, necessitando, desse jeito, aplicar a justiça distributiva¹¹⁸.

Nesse contexto Lopes ilustra,

Como nunca, está em jogo perante o Poder Judiciário, a questão fundamental da justiça distributiva no Brasil. Se até agora sua formação intelectual, ideológica, profissional habilitou-o, com tantas e tantas insuficiências, claro está, a exercer suas funções em casos marcados por disputas de trocas justas ou injustas, hoje o problema principal é o distribuir justamente as vantagens e desvantagens comuns aos cidadãos todos¹¹⁹.

Conforme o presente estudo se pode deprecar que a justiça comutativa pertence, autenticamente, ao Poder Judiciário, enquanto a justiça distributiva passou a tomar o corpo de uma politização do Judiciário. Esta afirmação é o resultado de uma mudança de cultura, com a canalização crescente de demandas “políticas” para o Judiciário¹²⁰.

¹¹⁶RAWLS, J. **A Theory of Justice: Revised Edition**. Massachusetts: Harvard University Press, 1999. p. 107.

¹¹⁷ENCICLOPÉDIA DE FILOSOFIA DE STANFORD. **Distributive Justice**, 2007. Disponível em: <<http://www.plato.stanford.edu/entries/justice-distributive/>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

¹¹⁸ARROW, K. J. **Social Choice and Justice**. vol. 1. Massachusetts: Belknap Press of Harvard University, 1983. p. 192.

¹¹⁹LOPES, J. R de L. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, J. E. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 1. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 142.

¹²⁰BARAK-EREZ, D.; GROSS, A. M. (Eds.) **Exploring Social Rights: Between Theory and Practice**. Oregon: Hart, 2007. p. 28.

Assim, o que acaba acontecendo é uma tentativa insatisfatória de alocação de bens e serviços pelo órgão judicante, algo que não pode ser feito, muito menos merecer ser visto como uma forma de construção de justiça. A justiça distributiva, portanto, prevê uma distribuição, no caso deste trabalho, das necessidades básicas dos indivíduos da sociedade para que possam ver cumpridas as bases sociais garantidoras de respeito próprio e valorização moral de cada um¹²¹.

Desse jeito, o problema se desenvolve de modo que o Judiciário não consegue resolver questões coletivas com a justiça distributiva, este transforma os problemas de distribuição em problemas de comutação (justiça individual), o que desde já se afirma que essa realidade precisa mudar.

3.4 A POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Desamparados pelo não cumprimento das previsões constitucionais, mais especificamente, dos direitos sociais na sociedade brasileira os cidadãos começam a exigir do Estado seus direitos basilares. Nesse sentido, a discussão torna como alvo central o Poder Judiciário, o responsável por definir estes conflitos legais.

Não é estranho aferir que o debate proposto não foge do cenário mundial no que tange à efetivação de políticas públicas realizadas pelo Estado em prol da coletividade. Desde então, é importante enfatizar que a politização do Judiciário é um elemento imprescindível para acoplar a política às decisões judiciais¹²².

Na colocação de Campilongo,

As Constituições, se de um lado fornecem as ferramentas para o fechamento operativo do direito, de outro também são o mecanismo da abertura cognitiva do direito para a política. No Estado de Direito, o sistema jurídico fornece respostas legais aos problemas da Política¹²³.

Continua a ensinar este autor,

¹²¹ROEMER, J. E. **Theories of Distributive Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 1996. p. 165-206.

¹²²CAMPILONGO, C. F. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 101.

¹²³CAMPILONGO, op. cit., p. 24.

A relação entre decisão judicial e sistema político sempre foi mediada pelas características do Estado. A atribuição do monopólio da resolução dos conflitos jurídicos ao Judiciário é fruto dessa equação e pressupõe elementos centrais do conceito de Estado, como os princípios da territorialidade e da soberania¹²⁴.

Lopes, por sua vez, afirma, “No caso do direito constitucional, particularmente nos casos de disputa judicial sobre a constitucionalidade de lei ou atos da administração, política e direito voltam a juntar-se”¹²⁵.

A judicialização das políticas públicas é o fenômeno que possibilita o poder judiciário dirimir conflitos políticos. Dessa forma, os magistrados se veem apreciando inúmeras causas de indivíduos que suplicam tratamentos médicos, vagas em escolas e melhores condições educacionais, algo que aparenta ser de resolução dos demais poderes. Defende-se, desde logo, a possibilidade do órgão judicante apreciar tais litígios.

Corroborando a ideia de como deve atuar o Judiciário Krell profere,

O Poder Judiciário deve, cada vez mais, atuar na implementação das políticas sociais e no controle da qualidade das prestações dos serviços sociais básicos, com ênfase do novo papel – também político – dos juízes como criadores ativos das condições sociais na comunidade que já não combina mais com as regras tradicionais do formalismo.¹²⁶

Do mesmo modo, ao definir o papel do magistrado Campilongo ensina,

A magistratura ocupa uma posição singular nessa nova engenharia institucional. Além de suas funções usuais, cabe ao Judiciário controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais. Mais ainda: o juiz passa a integrar o circuito de negociação política. Garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva¹²⁷.

Assim o juiz não aparece mais como um mero tutelador dos direitos e litígios subjetivos, mas se torna, também, um dos titulares da distribuição de recursos e da criação de equilíbrio

¹²⁴CAMPILONGO, op. cit., p. 29.

¹²⁵LOPES, J. R. **Direitos Sociais Teoria e Prática**. São Paulo: Método, 2006. p. 124.

¹²⁶KRELL, A. O controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais. In: SARLET, I. W. **A Constituição Concretizada: Construindo pontes com público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 48.

¹²⁷CAMPILONGO, C. F. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, J. E. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 1. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 49.

entre questões supraindividuais.¹²⁸ Ressalta-se, contudo, que não se pode imaginar o Judiciário como substituto do Legislativo ou Executivo e nem como supressor das funções destes; a ideia a se passar é de plena harmonia entres os poderes a fim de tornar vivo o texto da Lei Maior.

Nesse sentido assevera Cunha Júnior,

[...] se a Constituição pretende ser integralmente aplicada (pois para isso ela foi promulgada); se ela confere poderes ao Judiciário para garantir esse seu insaciável desejo de ser aplicada (FINS expressamente estabelecidos), criando, para esse fim, três ações constitucionais específicas; é por demais óbvio que ela afetou ao Judiciário – na relevante missão de criar o Direito – a competência para suprir todas as indigestas omissões do poder público (MEIOS implicitamente estabelecidos). Essa posição, com certeza, conta com a crença de todos os constitucionalistas, até mesmo dos mais conservadores¹²⁹.

No mais dizer Meireles proclama,

Por outro lado, ratificamos nossa posição de que o fato dos enunciados das normas de direitos sociais serem vagos e indeterminados não impede, de forma alguma, a sua aplicação direta e imediata, o que, aliás, está expressamente determinado no art. 5º, § 1º da CF/88, **sendo função própria do Poder Judiciário determinar o alcance, in concreto, de preceitos normativos** (grifo meu)¹³⁰.

Acompanhando esse pensamento se afirma que a simples existência das normas constitucionais, garantidoras dos direitos sociais de cidadania não significa que os mesmos serão aplicáveis no mundo dos fatos, pois os direitos não são autoaplicáveis, demandam uma mobilização política e social. Ao Judiciário, então, transfere-se o papel de inicializar esta mobilização, de modo que as decisões judiciais possam representar uma associação da Política com o Direito para que os beneficiários desta união seja a sociedade como um todo¹³¹.

Não é dizer, entretanto, que este trabalho adentrará nas demais camadas de poder ou na formação econômica do Estado, discutindo modelos Liberais e Sociais de Estado. O objeto deste estudo se centraliza no Poder Judiciário e como este pode melhorar a sociedade ao proteger, no mundo fático os direitos fundamentais¹³².

¹²⁸Ibidem. p. 49.

¹²⁹CUNHA JÚNIOR, D da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 138.

¹³⁰MEIRELES, A. C. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 381.

¹³¹BELLO, E. Cidadania e Direitos Sociais no Brasil: Um Enfoque Político e Social. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 198-201.

¹³²BELLO, op. cit., p. 201.

Cabe assinalar que são três as maiores críticas contra o ativismo político dos juízes: a parcialidade, a contestação à lei e a intromissão em funções de outros poderes¹³³.

A primeira colocação se remete a parcialidade do juiz, como se o mesmo ao decidir sobre a política perderia o seu caráter imparcial. Não se pode confundir “politização do Judiciário” com “partidarização do Judiciário” que submete o magistrado a um determinado partido, grupos ou personalidades da política, o que é altamente condenado pela presente dissertação.

Sabe-se, evidentemente que o Direito não é Política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas, ou partidarizada, mas se assemelha aos aspectos positivos desta em uma democracia, como sua criação é fruto de uma vontade majoritária que se manifesta nas leis (*latu sensu*), sua realidade não se desassocia da política e dos efeitos que causados no meio social, etc. Entretanto essas duas ciências não se confundem em suas essências, porém existem simultaneamente na estruturação do Estado¹³⁴.

Assim, os magistrados, ao atuarem em decisões políticas não estarão se partidarizando ou cometendo atos tendenciosos, pelo contrário estarão resguardando os direitos basilares do ordenamento jurídico em que se vive.

Corroborando esse raciocínio, Barroso profere,

Cabe à Constituição fazer a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente.

[...]

Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível¹³⁵.

Portanto, pelo que se percebe, esta primeira crítica se reduz a um equívoco que considera a politização do juiz uma atuação partidária, não política¹³⁶.

A outra crítica, quando se fala em contestação à lei, estar se referindo a uma suposta negação à aplicação dos textos legais pelo magistrado. Este mito precisa ser superado, pois

¹³³CAMPILONGO, C. F. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 57.

¹³⁴BARROSO, L. R. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2008. p. 12-13. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora>>. Acesso em: 30 nov. 2011.

¹³⁵BARROSO, op. cit., p. 12-14.

¹³⁶CAMPILONGO, op. cit., p. 58.

quando se trata de politização do Judiciário não estar se afirmando que o magistrado deixará de aplicar a lei, pelo contrário o mesmo somente ampliará os seus instrumentos para a aplicação da norma.

Campilongo defende, “De uma parte, nega-se legitimidade ao puro subjetivismo e ao voluntarismo. De outra parte, porém contesta-se o caráter absoluto da ‘certeza do direito’ ou da univocidade da interpretação da lei”¹³⁷.

Curial a isto, se declara que a segunda crítica é limitada, pois não se pretende excluir da forma decisória do juiz a aplicação legal e sim aprimorá-la com o aumento das possibilidades de escolha, superando uma suposta negação ou contestação à lei.

O magistrado deve agir equitativamente a fim de promover a justeza de um certame judicial, mas para isso este não pode ter um embasamento isolado da justiça legal.

Na acepção de Aristóteles, muitos operadores do Direito se confundem entre os termos de *equidade e justiça*,

O que faz surgir o problema é que o equitativo é justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas a respeito de certas coisas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta. Nos casos, pois, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei considera o caso mais usual, se bem que não ignore a possibilidade de erro. E nem por isso tal modo de proceder deixa de ser correto, pois o erro não está na lei, nem no legislador, mas na natureza da própria coisa, já que os assuntos práticos são dessa espécie por natureza¹³⁸.

Portanto, devido a um excesso de simplicidade legislativa, o magistrado é chamado para atuar nos casos concretos como se o legislador fizesse se tivesse presente e com a oportunidade de incluir o caso em lei. Nesse sentido é que se defende que a lei universal e abstrata é falha o que possibilita um dever-fazer do juiz da causa aplicando o conceito de equidade com intuito de alcançar o que é justo¹³⁹.

Nesse contexto, arremata Aristóteles, “Por isso o equitativo é justo, superior a uma espécie de justiça – não à justiça absoluta, mas ao erro proveniente do caráter absoluto da

¹³⁷CAMPILONGO, op. cit., p. 58.

¹³⁸ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Porto Alegre: Editora Globo S.A. 1984. p. 136.

¹³⁹Ibidem. p. 137.

disposição legal. E essa é a natureza do equitativo: uma correção da lei quando ela é deficiente em razão de sua universalidade”¹⁴⁰.

Assim, mais uma vez, não se defende uma suposta negação à lei, mas uma aplicação desta em associação com os demais instrumentos disponíveis no ordenamento para se conquistar um sentido justo superior ao da justiça legal.

Por fim, conforme explanado anteriormente, acredita-se serem redundantes maiores defesas de que a politização do juiz retrataria uma possível usurpação das funções do Poder Judiciário nas funções dos demais Poderes, mas sim um instrumento de apoio que trabalha em conjunto com os outros poderes para efetivar os ditames da Constituição, uma ideia de equilíbrio de poderes.

Porém, há uma discussão acerca dessa crítica, ainda não tratada na presente dissertação que merece atenção.

A vinculação ao orçamento é um argumento poderoso utilizado pelos Poderes Executivo e Legislativo para recusar uma vinculação de uma decisão judicial ou de até impedir que o órgão judicante decida sobre a política. O que não é claro, contudo, é o processo deliberativo orçamentário quando o Executivo central retém verbas sem expor as razões que motivaram essa atuação¹⁴¹.

O sistema orçamentário no Brasil representa o “poder de não gastar”, uma ideia matemática de que o país com a maior somatória de receita tributária demonstra a riqueza do mesmo. Perceba que muita das vezes o Executivo deixa de despender as verbas no social, possibilitando que a coletividade fique à mercê de ver seus direitos efetivados, por um período indefinido, até que surja uma boa oportunidade política estratégica para começar a gastar a verba retida¹⁴².

Mendonça adiciona,

A crítica não se dirige, portanto, aos cortes e aumentos em si, mas sim ao sistema, que confere ao Poder Executivo a faculdade de ignorar as previsões orçamentárias sem nem mesmo indicar os motivos que justificariam esta conduta¹⁴³.

¹⁴⁰ARISTÓTELES, op. cit., p. 136.

¹⁴¹MENDONÇA, E. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 232.

¹⁴²MENDONÇA, op. cit., p. 236.

¹⁴³Ibidem. p. 241.

Será que o legislador não deve zelar pelas decisões tomadas ao programar o plano orçamentário? No Brasil, se percebe que o orçamento não possui o respeito que merece, servindo de uma mera formalidade, pois este não é posto em prática em sua integralidade. A Administração, dessa forma, deveria ser fiel à Lei, desviando somente por necessidade para que o social seja cumprido¹⁴⁴.

Mendonça assevera,

O dever de motivar é fundamental em qualquer sistema orçamentário, mesmo naqueles em que a execução seja vinculada. Não apenas como requisito de transparência e combate à corrupção, mas também porque a vinculação absoluta nunca será possível, como foi demonstrado. Decisões discricionárias terão de ser produzidas, em diferentes níveis, e a motivação serve para que o administrador demonstre que a sua conduta guarda relação com a realidade fática e está inserida no espaço de liberdade deixado pela ordem jurídica¹⁴⁵.

Por conseguinte, com muito mais força e razão, a realidade orçamentária do país pode ser utilizada pelo magistrado como argumento a favor da atuação do Judiciário em questões políticas. Ademais, a inexecução orçamentária tornaria a tutela judicial menos invasiva, pois o órgão julgador estaria nada mais de que concretizando uma política já aprovada formalmente¹⁴⁶.

Diante do exposto, há quem defenda que cabe, em caráter excepcional, ao Poder Judiciário decidir sobre questões políticas, até porque essas decisões podem afetar outros bens jurídicos, também protegidos pela Carta Política de 1988, necessitando recorrer a uma ponderação de interesses algo que supostamente cabe aos demais poderes¹⁴⁷.

Todavia, quando a matéria se trata de direitos fundamentais, torna-se regra (ou assim deve ser considerado) a proteção desses direitos pelo órgão judicante, surgindo, novamente, a judicialização das políticas públicas ou politização do Judiciário.

Dessa forma, não se tem como propósito esvaziar a função legislativa, investindo o judiciário da condição de *policy-maker*, mas de garantir o controle judicial para reconhecer os direitos fundamentais reconhecidos por uma sociedade¹⁴⁸.

O próprio, tão conhecido, argumento de Dworkin para os *hard cases* defende a necessidade de intervenção judiciária com base em princípios, quando diante de um conflito de

¹⁴⁴MENDONÇA, op. cit., p. 267.

¹⁴⁵Ibidem p. 268.

¹⁴⁶Ibidem. p. 276.

¹⁴⁷MEIRELES, A. C. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 397.

¹⁴⁸DIAS, J. C. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 43.

direitos que não possuem uma regra determinada que ofereça uma solução. Este argumento não muda para os direitos fundamentais, de modo que basta se ter um conflito jurídico de direitos, embasado na inobservância das políticas existentes, na inércia de produção de leis pelo Legislativo ou até diante de uma mera preservação de direitos, para existir a atuação do Judiciário¹⁴⁹.

Nas lições de Dias,

Os conflitos entre políticas e direitos fundamentais, objeto do presente estudo, claramente se constituem como casos difíceis que ensejam a ação judicial a fim de solucioná-los, funcionando como efetivo modo de controle das políticas¹⁵⁰.

O órgão judicante, em outras palavras tem a possibilidade de decidir sobre a política para a proteção dos direitos elementares, de sorte que esta possibilidade independe de uma legitimidade por força eleitoral direta do povo, ou seja, a imunidade constitucional de se ter uma eleição dos membros do Judiciário reflete a maior vontade do povo, a vontade originária do constituinte¹⁵¹.

No mesmo contexto, a ilustração argumentativa de Gargarella sustenta,

Alexander Hamilton foi um dos primeiros pensadores que apoiaram este enfoque que, segundo o qual a Constituição era considerada a “sede” principal e exclusiva da vontade popular. No famoso documento nº 78 de *The Federalist Papers*, Hamilton afirmou que a vontade genuína do povo residia na Constituição, e não nas decisões transitórias do legislador¹⁵².

Aprofundando esse entendimento, há duas justificativas: (para a legitimidade democrática para o Judiciário decidir sobre a política) uma de natureza normativa e outra de natureza filosófica. A primeira assenta na Constituição atribuir expressamente a esse Poder a proteção e defesa da mesma por meio de uma atuação técnica e imparcial¹⁵³.

Barroso ilustra que,

¹⁴⁹DIAS, op. cit., p. 44.

¹⁵⁰Ibidem. p. 44.

¹⁵¹Ibidem. p. 144.

¹⁵²GARGARELLA, R. Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 209.

¹⁵³BARROSO, L. R. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2008. p. 10-12. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora>>. Acesso em: 30 nov. 2011.

De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo¹⁵⁴.

A justificativa filosófica é mais sofisticada e se remete aos dois pilares do Estado constitucional democrático, quais sejam: o constitucionalismo, uma limitação estatal em face dos direitos fundamentais e a democracia que significa soberania popular e governo do povo. Diante desse contexto é que se afirma que a Constituição Federal possui dois grandes papéis, o de estabelecer as regras do jogo democrático, garantindo uma ampla participação popular concomitante com a proteção aos valores e direitos fundamentais¹⁵⁵.

Dessa forma é que Barroso defende a função do Judiciário,

Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas. [...] Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contra majoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático¹⁵⁶.

Cabe, desse modo, ao Judiciário proteger a base política primordial das sociedades democráticas, isto é, a tutela dos direitos fundamentais. Ressalta-se, portanto, que o Estado se encontra submisso à ordem jurídica, mais especificamente aos textos constitucionais notadamente no que tange a concretização dos direitos fundamentais em seu bojo, daí a importância da existência do controle judicial¹⁵⁷.

Na acepção de Dias,

A prática dos tribunais, no sistema brasileiro, sem dúvida alguma continua extremamente dependente do postulado da obediência à Lei, em um sentido pobre. No entanto, a fragilidade do processo legislativo como reprodutor das demandas sociais somente pode levar à produção normativa inadequada à sociedade.

Com isso, estabelece-se um paradoxo entre uma produção normativa que não tem fonte na sociedade e, de outro lado, a tentativa jurisdicional de dar a essas fontes o atendimento e a efetividade social que elas nunca possuíram.

O Judiciário, assim, ainda que imperceptivelmente, assume a tarefa de dar legitimidade a normas que não têm qualquer base na dinâmica social. A prática

¹⁵⁴BARROSO, op. cit., p. 11.

¹⁵⁵Ibidem. p. 11-12.

¹⁵⁶Ibidem. p. 13-14.

¹⁵⁷DIAS, J. C. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 160.

democrática participativa, inspirada nos ideais republicanos dos pais fundadores, não chegou a acontecer no Brasil¹⁵⁸.

Portanto, este trabalho visa resgatar os ideais democráticos com a devida efetivação dos direitos sociais, com o enfoque no Judiciário tanto na função judicante como pelo CNJ, para que o Brasil possa chegar a uma prática democrática participativa como mencionado pelo autor supracitado. Deve, sem mais dúvidas, o Poder Judiciário ter a incumbência, em conjunto com os demais poderes, de realizar o referido resgate, de modo que cabe ao órgão judicante em última esfera assegurar as previsões constitucionais, notadamente no que se refere aos direitos fundamentais de uma sociedade. O Estado Democrático de Direito mantém como protagonista o Judiciário para que se concretize o processo democrático que se mede com a expansão dos direitos e pela sua afirmação em juízo¹⁵⁹.

Contudo, deve ficar destacado que o presente estudo não propicia garantir um caráter absoluto e ilimitado para a atuação do órgão judicante na produção de políticas.

3.5 LIMITAÇÕES À ATUAÇÃO JUDICIAL NOS DIREITOS SOCIAIS

Diante da premissa-base que a verdadeira vontade e aspirações de uma sociedade são identificadas no texto constitucional criado pelo Constituinte originário¹⁶⁰, pode-se afirmar que o Judiciário brasileiro possui a competência para proferir decisões políticas. Esta competência é oriunda de uma determinação expressa da Carta Política nacional que igualmente instituiu o controle de constitucionalidade por meio do mandado de injunção e da ADIN por omissão, para as situações em que os demais poderes desrespeitam os ditames constitucionais, em específico os direitos sociais que, como já demonstrado, são direitos fundamentais¹⁶¹.

Os direitos fundamentais não são absolutos, contudo, todos devem ser maximizados, interpretados ampliativamente para existirem harmonicamente na teoria e no campo fático a fim de produzir uma maior efetividade. Desse modo, os limites imanescentes, que são as limitações de

¹⁵⁸DIAS, op. cit., p. 166.

¹⁵⁹MEIRELES, A. C. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 457.

¹⁶⁰GARGARELLA, R. Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 209.

¹⁶¹SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 518.

direitos previstas na Constituição Federal e as colisões de direitos, consideradas como o choque entre dois direitos de mesmo valor, relativizam os direitos fundamentais¹⁶².

Nesse contexto, a atuação do Judiciário, de igual modo, se limita a atuar em matéria de direitos sociais, pois essas demandas exigem uma cautela maior que um mero litígio bilateral.

Primeiramente, há que se tratar das limitações fáticas do órgão judicante que tem uma grande dificuldade em julgar questões atinentes aos direitos sociais, uma vez que o conteúdo dos mesmos não está delimitado pela Lei Maior o que serve de obstáculo à proteção desses direitos.¹⁶³ O conteúdo dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade, na medida e no teor correto é dosado por critérios jusfilosóficos, tratados no próximo capítulo, mas desde já há que se destacar que a doutrina e a jurisprudência são quem definem tais critérios a fim de delimitar a atuação estatal devida.

Nesse contexto, proferem Abramovich e Courtis,

Como ya hemos dicho, um primer obstáculo a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales está vinculado com la falta de especificación concreta del contenido de estos derechos. Cuando una constitución o um tratado internacional de derechos humanos hablan de derecho a la salud, derecho a la educación, derecho al trabajo o derecho a la vivienda, resulta difícil saber cuál es la medida exacta de las prestaciones o abstenciones debidas. [...] Em primer lugar, no se trata de um problema ligado exclusivamente a los derechos económicos, sociales y culturales: la determinación del contenido de um derecho de raigambre constitucional de cualquier índole se vê afectado por el mismo inconveniente, que radica, em el fondo, em la vaguedad característica del lenguaje natural em el que se expresan las normas jurídicas. [...] Em el plano internacional, las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales constituyen um buen ejemplo de uma tarea de especificación del contenido de los derechos establecidos em el PIDESC. De manera similiar, las observaciones y recomendaciones del Comité frente a los Informes de cada uno de los países signatários, se aproximan funcionalmente a la << jurisprudencia >> a nível local, ya que analizan el cumplimiento o incumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones establecidas em el PIDESC em situaciones concretas de alcance general¹⁶⁴.

Para aplinar dúvidas, não se quer defender a impossibilidade do Judiciário proteger os direitos fundamentais por eles não terem um conteúdo definido, muito menos que essa indeterminabilidade semântica de conteúdo desses direitos seja algo negativo. O fato dos direitos

¹⁶²NUNES JÚNIOR, V. S. **A Cidadania Social na Constituição de 1988: Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 39.

¹⁶³ABRAMOVICH, V; COURTIS, C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 131.

¹⁶⁴Ibidem. p. 122.

fundamentais padecerem de uma definição retrata uma característica inerente às normas constitucionais e de tratados de direitos humanos, pois preveem direitos de suma importância cujo caráter precisa ser geral. Deve-se entender que a razão de ser dessa generalidade é para permitir uma maior flexibilidade e adaptação a fim que se adéquem às necessidades de uma sociedade.¹⁶⁵ Entretanto, urge destacar que o órgão judicante se limita a atuar conforme os critérios doutrinários e jurisprudenciais (a ser visto no capítulo seguinte) para se chegar a uma decisão política eficaz.

O segundo obstáculo fático que limita a atuação do Judiciário traz consigo um terceiro obstáculo, pois é um fator que causa outra limitação judicial, algo já mencionado nas linhas antecedentes do presente estudo, mas que merece se destacar juntamente com o segundo obstáculo fático.

Trata-se da ausência de mecanismos processuais adequados para tutelar os direitos sociais. O ordenamento jurídico pátrio se estruturou com enfoque individualista adquirido pelas gerações anteriores, algo que prejudica imensamente a garantia dos direitos sociais, que devem ser ajuizados coletivamente.

Corroborando do mesmo entendimento, Abramovich e Courtis afirmam,

Otra limitación para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es la falta de mecanismos judiciales adecuados para su tutela. Las acciones judiciales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas para la protección de los derechos civiles y políticos clásicos¹⁶⁶.

Assim, evidenciam-se incidências coletivas de direitos sociais que provocam problemas de legitimação ativa, pois as ações intentadas não estão capacitadas para abarcar demandas sociais, somente as individuais. Ademais, as violações de direitos sociais requerem, ao mesmo tempo, uma satisfação urgente de determinado direito, assim como uma amplitude de provas, algo repudiado pelo ordenamento, de modo que as ações tradicionais possuem um direito líquido e, as cautelares a prova da verossimilhança das alegações, algo incompatível com os direitos sociais.

Para arrematar, ainda há que se abordar as decisões judiciais, uma vez que pela forma que o ordenamento jurídico foi estruturado, os efeitos das mesmas não representam a vontade ou

¹⁶⁵ ABRAMOVICH; COURTIS, op. cit., p. 124.

¹⁶⁶ Ibidem. p. 129.

finalidade atribuída pelo julgador. Os magistrados ao decidir não consideram os mecanismos processuais ofertados aos operadores do Direito causando um resultado que não poderia ser diverso, uma dificultosa execução das sentenças sem obter uma proteção efetiva daquilo que esteja se pleiteando em juízo.

Abramovich e Courtis ensinam,

Como ya hemos dicho, parte de la tradición del derecho procesal contemporáneo há comenzado hace tiempo a hacerse cargo de estas dificultades de inadecuación del instrumental procesal que hemos heredado, tributário de una tradición individualista y patrimonialista, señalando las necesidades de adaptación de las acciones judiciales previstas por los códigos de procedimiento a problemas tales como la incidência colectiva de ciertos ilícitos, o la necesidad de atender urgentemente violaciones irreparables de bienes jurídicos fundamentales¹⁶⁷.

Este obstáculo, como citado anteriormente, causa a terceira limitação judicial fática, isto é, um mito que a demandas individuais conseguem resolver problemas sociais. No Brasil, mais de oitenta por cento das ações que demandam direitos sociais são ajuizadas individualmente, algo que causa inúmeros impactos em outros setores, pois afetam a coletividade como um todo¹⁶⁸.

Nesse contexto, os magistrados acabam concedendo direitos sociais aos pleiteadores criando um problema de ordem objetiva: de onde serão retirados os recursos de um tratamento médico, por exemplo. Será que se devem retirar as verbas necessárias de valores que aumentariam a infraestrutura hospitalar, de valores que garantiriam a uma comunidade medicamentos cardíacos etc.?

Este paradigma contemporâneo de garantir individualmente direitos sociais precisa ser superado, pois o Judiciário é chamado para julgar usando uma “macro justiça”, que envolve a legitimidade do atendimento de determinados pleitos num quadro de escassez de recursos¹⁶⁹.

O Poder Judiciário sofre ainda uma limitação judicial de ordem consequencial oriunda dos efeitos das decisões judiciais. Ao acatar as demandas individuais que, na verdade, suplicam

¹⁶⁷ABRAMOVICH; COURTIS, op. cit., p. 130.

¹⁶⁸HOFFMANN, F. F.; BENTES, F. R. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 383-385.

¹⁶⁹SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 584.

direitos sociais, o Terceiro Poder passa a discriminar as classes baixas do país, que, via de regra, necessitam mais da tutela jurisdicional.

Não se pode aceitar, já que o Executivo e Legislativo não cumprem sua função social para com os cidadãos, que o Judiciário promova efeitos contrários aqueles de inclusão e efetividade das garantias sociais.

Hoffmann e Bentes ensinam,

Este processo de litigância individual ou de interesses particulares causa uma consequência perniciosa, pois um Judiciário mais propenso a deferir as ações individuais (particulares) do que as ações coletivas (geralmente promovidas pelo MP) atua no sentido de discriminar interesses da população pobre e indigente, ao privá-los do acesso indireto à justiça a que fariam jus numa decisão judicial concessiva de mudança estruturante na saúde ou educação públicas¹⁷⁰.

Outro obstáculo que limita a atuação judicial se refere a um problema institucional, ou seja, o órgão judicante não possui a competência ordinária de realizar políticas públicas e conforme o exposto, anteriormente, existe um movimento doutrinário forte que defende que nem extraordinariamente cabe ao Judiciário promover decisões políticas, algo que já se encontra ultrapassado pelos argumentos apresentados nesse estudo.

Entretanto, não se pode negar que o Judiciário, na prática, sofre uma limitação institucional para garantir os direitos sociais em juízo. Esta limitação implica que o Terceiro Poder como todo perde para os demais poderes, pois são aqueles que preveem, planejam e executam as políticas públicas, devendo ter o conhecimento das necessidades e as medidas que a sociedade demanda determinada prestação social.¹⁷¹ Estes poderes é que definem a política e os critérios técnicos das necessidades da sociedade, ao passo que cabe ao Judiciário fazer valer e resguardar os ditames constitucionais.

Acrescentam Abramovich e Courtis,

Em primer término, no hay definiciones esenciales o absolutas acerca del carácter <<político>> o <<técnico>> de una cuestión, de modo que la línea

¹⁷⁰HOFFMANN, F. F.; BENTES, F. R. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 387.

¹⁷¹ABRAMOVICH, V; COURTIS, C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 127.

demarcatória entre estas cuestiones y las cuestiones cabalmente <<jurídicas>> es una frontera movediza¹⁷².

É ao se defender a Constituição Federal que o Poder Judiciário ganha espaço para garantir questões políticas e, nesse contexto que passa a sofrer maiores limitações na sua atuação.

Barroso afirma,

Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Mas pode (deve) agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico. **(inserto meu)**¹⁷³.

É dificultosa a missão do Terceiro Poder ao tentar proteger direitos sociais, positivados na Lei Maior que deveria vincular os demais poderes a cumpri-la, quando se presencia no ordenamento jurídico um plano orçamentário meramente autorizativo ao invés de vinculativo. No Brasil, o Executivo e Legislativo não são atrelados e condicionados a lei orçamentária, o que possibilita prevê inúmeras garantias a direitos sociais sem ter que efetivamente pô-las em prática.

Nesse sentido, Krell profere,

Perante esta caracterização, torna-se ainda mais lamentável o fato de que, no Brasil, não há vinculação legal dos governos de executar os orçamentos, isto é, os agentes do Poder Executivo nos três níveis federativos não são obrigados a aplicar os recursos financeiros previstos pela lei orçamentária para determinadas tarefas e serviços sociais. Como consequência, muitos governantes interpretam a aprovação do Legislativo à sua proposta orçamentária não como imposição, mas simples autorização para gastar dinheiro nas respectivas áreas¹⁷⁴.

Não se quer dizer que o Executivo pode modificar e adaptar livremente o orçamento, muito menos realizar despesas sem a previsão orçamentária. O que ocorre é que num orçamento autorizativo as previsões de gastos podem não ser realizadas, possibilita, portanto, uma inércia de execução por parte do Executivo¹⁷⁵.

¹⁷²Ibidem. p. 128.

¹⁷³BARROSO, L. R. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2008. p. 18. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora>>. Acesso em: 30 nov. 2011.

¹⁷⁴KRELL, A. J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: Os (dê)s caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris. 2002. p. 100.

¹⁷⁵MENDONÇA, E. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 233-234.

A intenção por trás desse modelo é de permitir que o Executivo tenha maior flexibilidade de atuação para alcançar e atender todas as necessidades reais da sociedade. Todavia, sabe-se que esta intenção que fundamentou o orçamento autorizativo está longe de ser cumprida, pois na prática se depara com um superávit dos cofres públicos, muito devido a não atuação do Poder gestor da nação¹⁷⁶.

Infelizmente, dentre a Carta Política de 1988, as leis tributárias e orçamentárias não há dispositivo que vincule o Executivo no cumprimento do orçamento votado, existe somente prazos e formalidades para a criação do orçamento anual, como, por exemplo, o artigo 8º da Lei de Responsabilidade orçamentária¹⁷⁷.

Porém, acredita-se que essa realidade nacional não deve ser interpretada unicamente como se o Executivo não tivesse dever de cumprir aquilo que foi formalmente votado em lei no que concernem os direitos basilares do povo. Precisa-se, aclarar que a atuação do Executivo está em última instância submetida aos ditames constitucionais, de modo que este não pode se manter em inércia causando uma inconstitucionalidade por omissão de fazer.

Nesses termos, Mendonça assevera,

A rigor, seria possível reescrever a ideia sob a forma de uma decisão de não gastar naquilo que fora planejado, o que é banal, uma vez que a Constituição instituiu um processo deliberativo complexo para a definição das prioridades de investimento (direitos elementares inerentes a dignidade e pessoa humana tanto os direitos e garantias individuais como os direitos e garantias sociais, os que interessam a este estudo como: educação, moradia e saúde (essa última especificamente tratada nessa dissertação) e não se deve aceitar como corriqueiro o seu esvaziamento. (inserto meu)¹⁷⁸.

Desse modo, se percebe como é complexo o Judiciário ordenar o Executivo a fazer algo que nem a lei orçamentária o obriga.

¹⁷⁶MENDONÇA, op. cit., p. 235.

¹⁷⁷BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Art. 8º: Até trinta dias após a publicação dos orçamentos, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentária e observado o dispositivo na alínea c do inciso I do art. 4º, o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso.

¹⁷⁸MENDONÇA, E. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 237.

Por fim, se põe em evidência o ultimo obstáculo que acarreta uma limitação judicial. Trata-se de uma limitação consuetudinária que basta salientar que, hoje, ainda não se tornou costumeiro recorrer ao Judiciário para garantia de demandas sociais, algo positivo por um lado, pois não deve se tornar um costume requerer do Terceiro Poder algo que os demais deveriam cumprir. Por outro lado, é negativo que ainda não se implantou em nossa sociedade uma forma de fazer valer os direitos sociais, isto é, por meio de ações coletivas para demandar esses direitos fundamentais junto ao Poder Judiciário com o fito de não vê-los garantidos por esse Poder, apesar de possuir a competência para tanto, mas com o viés de corrigir a má atuação dos demais poderes¹⁷⁹.

Assim, Souza Neto propõe,

Essas objeções confirmam a necessidade de se aprofundar o “diálogo institucional”. Os juízes devem considerar não apenas os elementos diretamente envolvidos no caso, mas as implicações decorrentes das decisões para o andamento regular da gestão pública. Uma das características fundamentais do modelo contemporâneo de separação de poderes é o aprofundamento da chamada accountability horizontal, ou seja, do dever de os poderes se justificarem mutuamente. As complexidades envolvidas na caracterização de direitos sociais demandam dos juízes que verifiquem com cautela as consequências práticas de suas decisões. Embora não seja assumida por completo, por conta da prioridade dos direitos fundamentais sobre cogitações relativas à eficiência administrativa é importante formular parâmetros para a priorização das ações coletivas e a necessidade de aprofundamento do diálogo institucional¹⁸⁰.

Este é o cenário vivido pela sociedade brasileira em que todos os elementos vistos corroboram para inefetividade dos direitos sociais. Sabe-se, com o exposto, que a efetividade desses direitos elementares para a coletividade não depende unicamente do Terceiro Poder, porém este será o recorte feito do presente estudo. Ao analisar a forma pela qual o Poder Judiciário vem decidindo e utilizando as fundamentações jusfilosóficas, bem como os critérios de justiciabilidade de direitos sociais, mais especificamente, nas demandas de saúde, será possível apreender a realidade com o intuito de construir um futuro promissor para a sociedade como um todo.

¹⁷⁹ABRAMOVICH, V; COURTIS, C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 131-132.

¹⁸⁰SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 529.

4 CAPÍTULO III – OS DIREITOS SOCIAIS E AS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

4.1 AS DEMANDAS SOCIAIS DE SAÚDE NO DIREITO BRASILEIRO

O Estado brasileiro se encontra em um embate contemporâneo, fator determinante para a efetivação dos direitos sociais no território pátrio, isto é, a possibilidade de vigorarem os conceitos teóricos de constitucionalismo e de democracia moderna na prática. Isto quer dizer que existe toda uma proteção constitucional voltada aos direitos fundamentais que deve conviver harmonicamente com o governo do povo, a vontade popular, que muitas das vezes pode ir contra os ideais constitucionais.

Nesse contexto fático é que um país em desenvolvimento como o Brasil luta diariamente para conseguir absorver as demandas sociais. Escolheu-se trabalhar com os direitos de saúde por representar o pilar dos direitos sociais que ampliou o seu rol para direitos à educação, ao trabalho, à moradia, à segurança etc.

Dessa forma, o limite desenhado nessa dissertação, ao estudar direitos à saúde, propõe a análise de demandas sociais, já pacificamente aceitas na sociedade acadêmica como tais, e representam (direitos à saúde) a camada mais importante desses direitos de forma que retratam a dignidade do ser humano.

Corroborando a este entendimento, Lopes afirma,

Como se acredita que acesso à saúde é importante fator de mobilidade social, acesso a tais serviços – de boa qualidade – é considerado um elemento importante ou indispensável de uma ordem social democrática¹⁸¹.

Fica claro, portanto, que a ideia não é inserir o Judiciário como o solucionador dessas necessidades sociais, novamente, apoia-se que cabe aos demais Poderes exercerem corretamente essa função, mas na falta desse exercício ou na sua execução insuficiente o órgão judicante obrigatoriamente deverá proteger a Lei Maior e contribuir para alcançar respostas eficazes a

¹⁸¹ LOPES, J. R. **Direitos Sociais Teoria e Prática**. São Paulo: Método, 2006. p. 223.

estas demandas. Cabe ainda a atuação do Judiciário por meio do CNJ, conforme será visto no capítulo V.

Percebe-se que houve uma mudança na cultura jurídica brasileira devido a uma canalização crescente de demandas sociais para os tribunais. Essa mudança se deu em razão de ter existido uma limitação da discussão política no período da ditadura militar (1964-1985), especificamente no Executivo e Legislativo, o que colocou o Judiciário no palco central para a resolução desses conflitos, depois de estabelecida a democracia no Brasil, haja vista que ainda existe uma ineficiência no cumprimento dos deveres pelos demais Poderes, o que não significa dizer, novamente, que o órgão judicante deve assumir os papéis dos demais¹⁸².

Ademais, destaca-se o tempo de vigência ou a idade da Carta Política que, com vinte e quatro anos ao lado de uma história com mais de quinhentos anos não representa uma significância expressiva. Isso quer dizer, que pelo fato da Constituição Federal ser tão recente e promulgada logo após um período de tolhimento de direitos e debates políticos como foi a ditadura militar, os demais Poderes ainda não conseguiram se acoplar às determinações e garantias nela inseridas. Essa visão precisa mudar e espera-se que o Judiciário ao julgar questões coletivas desse nível entregue às mesmas o caráter imediato de cumprimento assegurado pela Lei Maior para que no futuro próximo não se discuta mais a efetividade imediata que os direitos sociais possuem e os demais Poderes possam assegurá-los por iniciativas próprias, sobrando ao órgão judicante julgar os litígios comutativos, em regra.

Enquanto esse quadro não muda, evidencia-se que comumente no país, pessoas de diversas classes sociais recorrem ao Judiciário para garantir, individualmente, direitos de cunho social. Apontam-se ações das mais diversas naturezas, como pedidos de fornecimento de medicamentos (R Ext. 271.286-8, STF); pedidos de internação hospitalar (RE 226.835-6 STF), bem como pleitos de efetivações de políticas públicas de saúde (ADPF 45, STF).

Contudo, apesar de se verificar um apelo ao Judiciário, cabe observar que as demandas acima elencadas, em quase sua totalidade são ações individuais que buscam um direito ou uma satisfação do serviço público ofertado de cunho coletivo.

¹⁸²LOPES, op. cit., p. 224.

Dessa forma assevera-se que são mínimas as ações de saúde, no quadro dos processos, levadas ao Poder Judiciário na forma coletiva propostas, por exemplo, pelo Ministério Público por meio de Ação Civil Pública, o que dificulta mais a tutela jurisdicional, pois, ao mesmo tempo em que o órgão judicante deve zelar pelos ditames constitucionais este deve considerar que uma decisão com efeitos sociais de um processo individual afetará, diretamente, a democracia e o princípio de isonomia no Estado Democrático de Direito.

O Poder Judiciário no Brasil se encontra completamente abarrotado de processos com a mais variada natureza, somando-se a estes os de natureza distributiva movido por instrumentos comutativos o que arrasta demoradamente a observância dos tribunais e, mais grave provoca julgamentos individuais, sem considerar a feição coletivo da demanda. A realidade se escora em um mal necessário, ou seja, o Judiciário ter que solucionar demandas de competências originárias dos demais Poderes. Portanto, pelas considerações pontuais feitas anteriormente, espera-se que a postura ativa do órgão judicante, acobertada de legitimidade e legalidade, faça com que o Administrador Público e o Legislador cumpram espontaneamente seus deveres asseguradores de direitos individuais bem como coletivos. O ideário da nação evolve os três poderes trabalhando paralelamente independente e ao mesmo tempo em conjunto para existir um equilíbrio necessário a fim de trazer à tona uma eficácia estatal de deveres e obrigações, um resultado promissor à coletividade, assim como foi a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) que através de decisões judiciais e debates políticos foi inserido na Constituição Federal e, apesar desse sistema está longe de satisfatório, já foi um avanço para a saúde do país.

Cabe, ainda, aludir como a postura ativa dos tribunais superiores da nação ainda se encontra aquém da almejada. São poucos os processos que alcançaram as instâncias superiores e supremas do Judiciário o que prejudica um entendimento exato de como devem agir os tribunais ordinários, todavia, dos processos que chegaram a estes graus, muitos estão engavetados aguardando julgamentos ou perda de objeto após os demais Poderes fazerem seus papeis para que não haja um comprometimento maior do órgão judicante. Ademais, ressalte-se que não houve julgamentos dos plenários dessas matérias, somente decisões monocráticas e quando muito julgados de turmas que possuem decisões conflitantes e audiências públicas no STF, acarretando em mais um fator desapontador do modo de atuação do Terceiro Poder.

Muito provável que se o plenário, após inúmeras demandas individuais pleiteadoras de direitos coletivos, editasse uma súmula de como esses litígios deveriam chegar ao Judiciário, talvez uma determinação por meio de Ação Civil Pública a eficácia e efetividade do cumprimento dessas garantias sociais seriam mais positivas tanto para o Estado em organizar o orçamento público quanto para os beneficiários que receberão imediatamente a tutela desejada.

Essa dissertação propõe abarcar os julgados mais importantes e os que mais tiveram repercussão no que tangem as demandas sociais de saúde na pauta da mais alta corte nacional a fim de que se possa estudar as fundamentações e critérios utilizados das decisões e, consequentemente, das soluções oferecidas à sociedade.

A estruturação desse estudo organiza três das mais emblemáticas causas de direitos à saúde, analisando e pontuando, individualmente, cada julgado oferecendo críticas aos posicionamentos do tribunal de maior prestígio do país com a intenção de transformar o quadro da inefetividade desses direitos postos à coletividade.

4.2 FUNDAMENTAÇÕES JUSFILOSÓFICAS E CRITÉRIOS DE JUSTICIABILIDADE

O primeiro caso a ser estudado concerne ao direito à saúde e por via indireta o direito à vida. Trata-se de um agravo regimental no recurso extraordinário 271.286-8/2000 ao Supremo Tribunal Federal, cuja origem se deu no Estado do Rio Grande do Sul. Este caso emblemático, conhecido como o “coquetel do HIV” traz à tona uma situação de uma paciente, portadora do vírus HIV, destituída de recursos necessários para custear os medicamentos indispensáveis para se manter viva que recorreu ao Judiciário para ver garantido seu direito à saúde insculpido na Constituição Cidadã de 1988.

A ementa ao referido caso teve a seguinte leitura,

2ª Turma – agravante Município de Porto Alegre, agravada: C S S e D R V-
Min. Rel. Celso de Mello: 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 improvido¹⁸³.

Nesse sentido, o Excelso Tribunal brasileiro foi chamado para julgar o presente caso, assim como interpretar e proteger a Lei Maior pátria, especificamente os artigos 5º, *caput*, e 196, dispositivos estes invocados na presente lide.

Assim dispõe os respectivos dispositivos legais, corroborantes da fundamentação jurídica,

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Dessa forma, a Suprema Corte do país passa a julgar o presente caso estabelecendo critérios às suas razões. Para a corte, estar-se diante de um direito à saúde que representa constitucionalmente o direito à vida assegurada a uma gama de pessoas, uma verdadeira generalidade de indivíduos cujo responsável por este zelo e proteção é o Estado que deve agir, responsavelmente, elaborando, implementando e garantindo políticas sociais e econômicas aptas a assegurar a todos os cidadãos, incluindo os portadores do vírus HIV um acesso pleno e igualitário ao amparo farmacêutico bem como médico-hospitalar¹⁸⁴.

O critério da universalidade aos medicamentos e tratamentos médicos é utilizado pelo tribunal em análise nesse julgado. O artigo 196 da Constituição Federal ao garantir o direito de todos e dever do Estado à saúde traduz a ideia de igualdade distributiva. Claramente este processo não trata de uma obrigação bilateral, comutativa, onde uma parte ganha e a outra perde, um jogo de soma zero para a teoria da análise econômica do Direito. A Carta Magna para o caso em comento oferece um conceito de igualdade distributiva, pois este litígio expõe um jogo de

¹⁸³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 271.286-8 Rio Grande do Sul. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 set., 2011.

¹⁸⁴VIEIRA, O. V. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Editora Malheiros. 2006. p. 387.

soma não-zero, onde uma determinada quantia de recursos é destinada a um (ns) beneficiário (s) específico (s). Cabe nesse momento apurar como aplicar essa igualdade distributiva.

Primeiro vislumbra-se um critério substancial de igualdade distributiva com base no mérito de cada indivíduo, isso quer dizer que todos têm direito a algo específico na medida de seus méritos¹⁸⁵. Pode-se dizer que esse é um método usado no direito à propriedade, pois todos têm direito a ela, mas antes se precisa conquistá-la, por isso, não parece válido que esta forma de pensar se aplique ao caso em tela, algo acompanhado pelo STF, muito menos ao direito à saúde.

Outro desdobramento da igualdade distributiva repousa no critério de necessidade onde todos que necessitarem têm direito a algo, na medida de suas necessidades, mas será que foi esta a intenção do Legislador para um direito tão fundamental como o direito à saúde?

Defende-se que não, uma vez que se interpreta que a necessidade advém de uma condição especial, como a criança, a mãe, o deficiente ou silvícola, são estes que devem comprovar seu estado de necessidade em relação aos demais.

Desse modo, infere-se que o critério da igualdade distributiva que se aplica ao direito à saúde e reiterada pelo Supremo Tribunal Federal no presente julgado é o da universalização que remete à concepção que todos têm direito a iguais parcelas de algo (saúde). Quando os portadores do vírus HIV suplicam medicamentos ao tribunal observa-se que não são todos os portadores que o fazem, uma vez que nem todos os cidadãos usufruem dos serviços ofertados, ou ao menos que deveriam serem ofertados pelo Estado, porém por se tratar de um acesso universal o direito à saúde subsiste a qualquer condicionante adicional, logo basta se demandar quando da falta ou inefetividade do serviço, pois a disponibilidade deste é imprescindível¹⁸⁶.

Semelhante é o posicionamento de Vieira,

Evidente que temos que ler a maior parte dos processos de distribuição universalista com alguma cautela, pois, embora o direito esteja disponibilizado de forma igual para todos, nem todos fazem dele uso igualitário. Este é o caso da saúde, onde vemos a proliferação de planos privados¹⁸⁷.

¹⁸⁵VIEIRA, op. cit., p. 293-294.

¹⁸⁶Ibidem. p. 295.

¹⁸⁷Ibidem. p. 295.

A decisão em tela rebate o argumento do Município de Porto Alegre que fundamenta pela impossibilidade de atender a demanda pleiteada com base no artigo 167, inciso I¹⁸⁸ da Constituição Federal cumulado com o artigo 198¹⁸⁹ do mesmo dispositivo legal que, respectivamente, veda o início de programas ou projetos não-incluídos na lei orçamentária anual e garante a repartição de competência para operacionalização dos serviços de saúde nas três esferas federativas.

O Ministro Relator Celso de Mello ao realizar uma ponderação principiológica, atentando para as hipóteses de limitação e carência de recursos do Estado em relação à concretização dos direitos sociais invocou o princípio da proporcionalidade.

Na teoria de Alexy a resposta concernente a quais direitos fundamentais o indivíduo possui definitivamente reside em uma ponderação de princípios, um critério a mais dos previstos no ordenamento jurídico pátrio.

¹⁸⁸ Art. 167. São vedados: I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

¹⁸⁹ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. § 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: I - os percentuais de que trata o § 2º; II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União. § 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. § 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias. § 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.

Nesses termos Alexy discorre,

Por um lado se encuentra, sobre todo, el principio de la libertad fáctica. Por el otro, se encuentran los principios formales de la competencia de decisión del legislador democráticamente legitimado y el principio de la división de poderes, con así también principios materiales que, sobre todo, se refieren a la libertad jurídica de otros pero, también, a otros derechos fundamentales sociales y a bienes colectivos¹⁹⁰.

Dessa forma é que o Ministro do caso em tela, felizmente, supera o dogma da separação de poderes algo que, como visto e criticado, não é absoluto ou impenetrável e implica um dever fazer ao Poder Público por se tratar, segundo seu entendimento, de um imperativo de solidariedade social que integra a proteção à saúde e faz nascer uma imposição ativa ao Estado¹⁹¹.

Ademais, acrescenta e destaca o Douto Magistrado que o direito debatido nessa análise caracteriza-se como direito público e subjetivo à saúde representando prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade de pessoas pela Lei Maior e, ainda, por evidenciar o caso de urgência é dispensada a licitação para adquirir medicamentos para os pacientes, colocando em segundo plano os entraves de natureza orçamentária¹⁹².

Nesses termos Mello declara em seu voto,

A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa.

[...]

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput, e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de

¹⁹⁰ALEXYY, R. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 494.

¹⁹¹VIEIRA, O. V. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 388.

¹⁹²ESTEVES, J. L. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 97-98.

distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes (grifo meu)¹⁹³.

Complementa Leal,

Justifica-se tal postura (da decisão em comento) em face de que a saúde como condição de possibilidade da dignidade da pessoa humana, em verdade, passa a construir o que chamo de *indicador constitucional parametrizante do mínimo existencial* (o voto não se valeu desse critério), porque se afigura como uma das condições indispensáveis à construção de uma Sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais: à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação¹⁹⁴.

Aplauda-se o engajamento na proteção desse direito fundamental intrínseco ao ser humano pelo Ministro Celso de Mello, porém objurga-se a ideia subjetiva que se pode tirar da decisão, no tocante a permitir a garantia da proteção do direito à saúde por ser uma situação de urgência. Não se permite deduzir que os direitos fundamentais só possam ser efetivados quando diante de uma situação de urgência, pois o fato de serem tolhidos, por si só, já configura a urgência.¹⁹⁵ Logo, apresenta-se incompleta a ponderação construída pelo relator do caso. Ademais esse critério precisa ser balanceado, de modo que no presente caso a autora poderia chegar à morte se não houvesse a tutela judicial, assim como muitos podem ficar analfabetos, sem terras, etc. que por se tratarem de um conjunto de direitos fundamentais devem ter um tratamento diferenciado dos demais processos levados ao órgão judicante, sem deixar de considerar o impacto que uma decisão judicial, certamente, causará nos setores relacionados ao do direito pleiteado.

Para concluir, critica-se o ponto do Poder Judiciário, ao determinar critérios de justiciabilidade, por intermédio de fundamentações legais e jusfilosóficas, encontra-se com receio de permitir decisões de políticas públicas, devido a uma suposta afronta, que com visto não há, à separação de poderes. Entretanto, o fato de, gradativamente, os magistrados começarem a encarar direitos coletivos com os remédios distributivos sem se prender a dogmas retrógrados,

¹⁹³ESTEVES, op. cit., p. 98.

¹⁹⁴LEAL, R. G. **Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais**: Os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2009. p. 151.

¹⁹⁵LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 118.

já representa, paulatinamente, um marco de avanço para a proteção de direitos elementares tanto individuais e quanto sociais, conforme defendido por essa dissertação.

O segundo caso merecedor de estudo refere-se ao Recurso Extraordinário sob o número de 226.835-6 oriundo do Estado do Rio Grande do Sul. Esse processo invoca o direito à saúde em um desdobramento distinto do visto anteriormente, remete-se ao caso de internação hospitalar diferenciada.

A ementa oficial possui a seguinte redação:

Direito à saúde – Art. 196 da CF – Acórdão recorrido que permitiu a internação hospitalar na modalidade “diferença de classe”, em razão das condições pessoais do doente, que necessitava de quarto privativo – Pagamento por ele da diferença do custo dos serviços – Resolução n. 283/1991 do extinto INAMPS.¹⁹⁶

A escolha do presente julgado se deu em razão da minuciosa cautela apresentada pelo Ministro Relator Ilmar Galvão ao desenvolver o seu decisório no tocante ao princípio da igualdade que cerca o direito fundamental em destaque. O caso em tela se vale de uma análise de igualdade além da igualdade distributiva que o mesmo exige.

Dessa feita, o relator parte de uma premissa indiscutível que o direito fundamental à saúde é garantido a todos indistintamente por sua natureza universal, mas, além disso, o caso específico demanda um critério arrimado na necessidade fática do paciente. Desse jeito, seguindo um preceito de dar a cada indivíduo uma parcela de algo proporcional a sua necessidade o magistrado do feito constrói sua fundamentação no princípio da igualdade¹⁹⁷.

À escora do pensamento aristotélico, o acórdão em epígrafe declara que a situação do paciente, vítima de leucemia mielóide aguda, cuja ordem médica para o tratamento é o isolamento protetor em um quarto individual, precisa ser considerada de forma diferenciada, de modo que se tratem os iguais como iguais e os desiguais como desiguais, na medida de suas desigualdades.

Salienta-se, nesse contexto, os dizeres de José Afonso da Silva sobre o assunto,

¹⁹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 226.835-6 Rio Grande do Sul. 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 set., 2011.

¹⁹⁷VIEIRA, O. V. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Editora Malheiros. 2006. p. 295-296.

Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental.

[...]

A doutrina, como a jurisprudência, já firmaram, há muito, a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade na lei, ou seja: o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei¹⁹⁸.

Não há razão para a alegação do Estado do Rio Grande do Sul (PGE) em afirmar que houve a quebra do princípio da igualdade por ser *vedada qualquer atitude que vise estabelecer tratamento diferenciado e privilegiado entre pessoas que acorrerem ao SUS*,¹⁹⁹ uma vez que a Carta Política de 1988 não remete ao ideário absoluto do princípio da igualdade, pois nenhuma pessoa é igual à outra, logo precisa existir uma diferenciação inserida na esfera maior de igualdade.

Ademais, no caso exposto não se está diante de uma aplicação de tratamento para o paciente diferenciado dos demais que se encontram na mesma situação deste, não prejudicando qualquer eventual tratamento diferenciado dos demais pacientes internados em situação diferentes, logo se valida o critério utilizado pelo Excelso Tribunal.

Nesses termos, Leal ensina,

No âmbito do dever público para alcançar os meios necessários à preservação da saúde, o que temos de ter em conta, a uma, são os critérios utilizados para determinar quem efetivamente necessita do auxílio do Estado (e em que medidas) para prover suas demandas a este título e quem não precisa, o que de plano se sabe não existir ao menos em *numerus clausulus*, porque impossível a matematização desta questão em face de sua natureza complexa e mutável²⁰⁰.

Os autos remetidos ao Supremo Tribunal Federal (STF) em comento possuem, ainda, um argumento feito pelo Estado do Rio Grande do Sul que buscou refutar a possibilidade do paciente receber um quarto individual, algo não ofertado pelo SUS, com base na resolução

¹⁹⁸SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p. 211 e ss.

¹⁹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 226.835-6 Rio Grande do Sul. 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 set. 2011.

²⁰⁰LEAL, R. G. **Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais**: Os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2009. p. 152.

283/1991 do INAMPS que veda a complementaridade a qualquer título. Entretanto, conforme os argumentos apresentados pela 1ª Turma do STF, não se permite que uma formalidade de uma resolução atinja um preceito constitucional fundamental que são os direitos sociais, além do mais no caso em concreto o paciente é que arcou com o valor de complemento daquilo que o SUS oferta para o que este precisou, ponto este que será retomado adiante.

Todavia, não obstante ao voto prolatado para o caso faz-se necessário abordar a razão fundamentadora para se chegar ao posicionamento firmado pelo STF.

Orienta Leal,

É preciso, para tanto, chamar à colação aqui a Teoria da Constituição, para que se possa compreender, por óbvio, que a partir de uma eleita matriz teórica fundante, implica reconhecer o Direito à Saúde como direito fundamental no sistema jurídico brasileiro. Neste ponto quero afirmar, com Alexy, que tal direito se apresenta com posição de tal modo importante que a sua garantia ou não garantia não pode ser deixada à simples maioria parlamentar contingencial. Ademais disto, afigura-se também como uma posição *jurídico-prestacional*, já que envolve ações concretas para viabilizar o acesso e a concretização de seus comandos normativos (grifo do autor)²⁰¹.

Nessa seara, afirma-se que o modelo triádico duplo apresentado por Alexy reflete a motivação do voto em estudo. O modelo alexyano leva em conta, primeiro, que as prestações sociais são exigidas muito urgentemente e segundo, que os princípios da divisão dos poderes e da democracia, o lado onde se concentra a competência orçamentária do Legislativo são atingidos gravemente²⁰².

No modelo triádico duplo as prestações sociais de extrema urgência são consideradas, grave/grave, ao passo que a afetação que essas acarretarão à Administração Pública, apesar de atingidas fortemente não chega ao ponto de provocar uma crise financeira grave, logo a intensidade sofrida pelo Estado é grave/leve ou grave/médio²⁰³.

²⁰¹ LEAL, op. cit., p.154.

²⁰² ALEXY, R. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 222.

²⁰³ LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 116-117.

O STF evidenciou a gravidade do pleito proposto pela vítima de leucemia mielóide aguda de um lado e uma perda mínima ao Estado, pois a responsabilização da complementação do custo pelo quarto privativo era da própria vítima.

Proporcionalmente, não poderia ter sido outra a decisão da mais alta Corte da nação. Contudo precisa-se clarificar um ponto previamente tratado, qual seja, o pagamento pelo autor da diferença do quarto ofertado pelo SUS para um quarto individual, necessário para o tratamento do paciente.

O núcleo central do voto repousa no que Vieira aduz,

Nem há que se falar que a decisão quebrou a isonomia, pois não se estabeleceu tratamento desigual entre pessoas numa mesma situação, mas apenas se facultou atendimento diferenciado em situação diferenciada, sem ampliar o direito assegurado na Carta, pois nenhum ônus extra foi imposto para o sistema público²⁰⁴.

Mesmo se essa decisão houvesse acarretado ônus financeiro algum ao Administrador Público, pelo sopesamento e ponderação de princípios, a análise dos critérios e razões jurídico-filosóficas não se admitiria que o julgamento final proferido pelo STF tivesse sido outro. A final os fatores motivadores da ação transpassaram a nítida ofensa e comprometimento das garantias sociais à saúde apesar de não serem encontrados critérios mais profundos para resolver a demanda, conforme se estudará adiante. Entretanto, mesmo concordando com a decisão em comento, lamenta-se que a jurisprudência do caso em tela não terá a força desejada, por ser uma demanda que o Judiciário não efetivamente decidiu sobre políticas públicas, de modo que não há redução ao erário, mas uma mera discussão formal da norma.

Reservada para o fim, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45 possui a maior relevância e um debate jurídico-político solidificado com os fundamentos teóricos e filosóficos que permitem um estudo apurado das garantias sociais referente à saúde. Apesar de ser uma decisão do ano de 2004, sua repercussão flora na atualidade incentivando os operadores jurídicos, defensores da efetividade dos direitos sociais, a uniformizar um entendimento social até que se pacifique o posicionamento do Judiciário sobre a matéria.

²⁰⁴VIEIRA, O. V. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Editora Malheiros. 2006. p. 392.

Esse julgado teve como relator o Ministro Celso de Mello, um dos magistrados com uma visão avançada para efetivar os direitos sociais em um país em desenvolvimento como o Brasil.

Aponta-se à decisão:

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra o veto, que emanado do Sr. Presidente da República, incidiu sobre o §2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59) de proposição legislativa que se converteu na Lei n. 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004.

O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: “§2º. Para efeito do inciso II do *caput* deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a **totalidade** das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza”. (grifo meu)

O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou desrespeito a preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional n. 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Requisitei, ao Sr. Presidente da República, informações, que por ele foram prestadas a fls. 93-144.

Vale referir que o Sr. Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei que, transformado na Lei n. 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei n. 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo.

Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei n. 10.777, de 24.11.2003, cujo art. 1º - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei n. 10.707/2003) – supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional.

[...]

Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei n. 10.777, de 24.11.2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à Emenda Constitucional n. 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas – e sempre em benefício da população deste país –, recursos financeiros mínimos serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.²⁰⁵

²⁰⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45- Distrito Federal/MC. 2004. Ministro Relator Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

É notório saber que o Terceiro Poder atua somente mediante provocação, isto quer dizer que, em observância ao princípio da inércia, o Judiciário só poderá se manifestar sobre aquilo que for chamado para decidir. Curial a isto, evidencia-se que o Ministro Relator poderia ter resolvido a questão em um ou dois parágrafos, no máximo, devida a prejudicialidade da ação por causa da perda superveniente do objeto, em razão da promulgação da Lei n. 10.777/2003. Felizmente não o fez e, o voto do Ministro Celso de Mello se tornou um marco jurídico da transformação do modo de pensar de muitos magistrados.

Não restou desrespeitado o princípio da inércia tendo em vista que o Relator não adentrou no mérito da questão. Desse modo, para a hermenêutica jurídica, é correto afirmar que uma decisão judicial somente produz efeitos jurídicos no tocante às causas do julgamento, por meio do *ratio decidendi*, isto é, a essência da tese jurídica, a parte capaz para decidir o caso concreto, segundo a doutrina anglo-saxão.²⁰⁶ No referido julgado, o único *ratio decidendi* produzido foi a prejudicialidade da questão, pois isso e tão somente isso foi que sustentou o voto pela perda do objeto da ação.

Entretanto, e o que mais interessa a essa dissertação, apesar de não terem o condão vinculativo-mandamental da decisão em comento, são as considerações feitas ao direito fundamental em análise em prol do princípio da inércia.

No mais dizer, a discussão que será tecida a seguir refere-se ao instituto do *obiter dictum*, argumentos acessórios, considerada dispensável para a decisão que não acarretará como precedentes do tribunal, mas servem de parâmetros de como a Excelsa Corte vem pensando e poderá, no futuro, usar estes posicionamentos como conteúdo essencial – *ratio decidendi* – de um determinado julgado e criar jurisprudências paradigmáticas.

Corroborando esse entendimento sobre a ADPF – 45, Esteves profere,

[...] Entretanto, antes do dispositivo declaratório de prejudicialidade da ação, o relator Ministro Celso de Mello, em sua fundamentação estabeleceu considerações que, se não foram objeto de decisão do Plenário, ao menos

²⁰⁶FEINMAN, J. M. **LAW 101: Everything You Need to Know About the American Legal System**. 2 ed. New York: Oxford Press, 2006. p. 20.

possibilitaram indicar a presença de certa tendência do Supremo Tribunal Federal ou pelo menos marcaram posicionamento encontrável do Tribunal²⁰⁷.

O primeiro ponto de relevância para o presente estudo diz respeito à orientação o Relator do caso, no sentido de que uma ação de descumprimento de preceito fundamental constitui meio idôneo e apto a viabilizar e concretizar a promoção de políticas públicas, quando previstas no texto da Lei Maior, o que é o caso da Emenda Constitucional 29/2000²⁰⁸.

Desse modo, é imperioso destacar que se não houvesse a perda de objeto da referida ADPF, o Supremo Tribunal Federal consideraria esse instrumento jurídico como forma de concretizar e efetivar direitos fundamentais, tolhidos ou não cumpridos.

Outrossim, defende o Ministro Celso de Mello que por ser a ADPF um dos meios possíveis a efetivar direitos de segunda geração, rechaçado se encontra o caráter impositivo e absoluto da separação do poderes, conforme defendido ao longo da presente dissertação. Apesar de, ordinariamente, não constituir dentre as funções institucionais do Judiciário processar e julgar criando ou efetivando políticas públicas, cabe a este tal atribuição quando diante de total ou parcial descumprimento pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Carta Magna.

Curial a isto, declara o notável ministro na revista trimestral de jurisprudência, RTJ,

Essa eminente atribuição (julgar políticas públicas) conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais, e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional

[...]

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependem de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta,

²⁰⁷ESTEVES, J. L. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Editora Método. 2007. p. 124.

²⁰⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45- Distrito Federal/MC. 2004. Ministro Relator Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. (inserir meu) ²⁰⁹.

Observa-se, portanto, segundo o delineado anterior que no Brasil, mesmo com um sistema orçamentário legal, permite-se que o Administrador Público não cumpra as destinações inseridas na lei orçamentária, por ter um caráter autorizativo e não impositivo.

Ademais, diante do posicionamento em epígrafe, transcrito da RTJ, não deve ser aceito que se continue a autorizar o Legislativo e Executivo a ter uma autonomia ampla, um “livre espaço de conformação”²¹⁰ se dentro deste restar evidenciada uma violação patente e arbitrária da incumbência constitucional. Essa arbitrariedade causa uma ausência do pressuposto inerente à liberdade da caracterização da pessoa humana, que deve ser suprida por uma atuação ativa do Estado, pois sem saúde, não há vida, e sem vida não há ser humano.

Finalmente, os próximos dois critérios a serem estudados dizem respeito, talvez aos dois mais utilizados para efeito de argumentação jurídica de políticas públicas, quais sejam, a reserva do possível e o mínimo existencial.

Como premissa básica, critica-se o pensamento constante da doutrina e da jurisprudência no tocante à preferencialidade dos critérios mencionados, ou seja, que um deverá ser afastado quando presente o outro. Não se deve pensar em um funcionamento estatal dos direitos sociais com essa visão reciprocamente excludente dos critérios da reserva do possível e do mínimo existencial. Não se quer dizer, todavia, que o sopesamento de princípios não se aplica a estes critérios; ao contrário, é preciso aplicá-lo para garantir a existência harmônica concomitante da reserva do possível e do mínimo existencial.

²⁰⁹MELLO, C. de. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. vol. 164. p. 158-161. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/listarRevistaTrimestral.asp>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

²¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45- Distrito Federal/MC. 2004. Ministro Relator Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

Nesse contexto, reconhece-se que os dois conceitos tratados causam situações dilemáticas, contrapondo as necessidades elementares do ser humano, compreendidas em seu núcleo como o mínimo existencial, a um limite contingencial, isto é, à reserva do possível²¹¹.

Dessa forma, vale ressaltar que a efetivação dos direitos sociais está intimamente ligada e é dependente de recursos econômicos do Estado, de modo que o nível de sua realização se condiciona ao volume de recursos suscetíveis a este fim, como também o mesmo pode ser afirmado para os direitos civis e políticos, cuja efetivação indiscutivelmente é imediata.²¹² Logo, essa dissertação, ao defender a efetivação imediata dos direitos sociais, partindo da premissa base de que esses são direitos fundamentais, pretende igualar o tratamento dado aos direitos fundamentais como um todo, já que rechaçados se encontram os argumentos contrários.

A reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*), teve origem na jurisprudência constitucional alemã, visto como um verdadeiro *topos*, que entendia a prestação dos direitos sociais como possível desde que existente a disponibilidade dos respectivos recursos fáticos para torná-la efetiva²¹³.

Para Nunes Júnior,

A reserva do possível se aplica para boa parte dos direitos fundamentais sociais que se consubstanciam em prestações estatais e consequentemente reclamam a disponibilização de recursos públicos para a sua realização²¹⁴.

No posicionamento de Sarlet,

A reserva do possível se vislumbra no âmago das possibilidades financeiras da Administração Pública. Principalmente no tocante aos direitos derivados de prestações estatais assume relevância esse postulado constitucional que não haveria como desconsiderar o limite fático confirmado pelo esgotamento de recursos públicos²¹⁵.

²¹¹NUNES JÚNIOR, V. S. **A Cidadania Social na Constituição de 1988: Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Verbatim. 2009. p. 169.

²¹²CANOTILHO, J. J. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 262.

²¹³KRELL, A. J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (dês)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris. 2002. p. 52.

²¹⁴NUNES JÚNIOR, V. S. **A Cidadania Social na Constituição de 1988: Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Verbatim. 2009. p. 170.

²¹⁵SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 292.

Corroborando esse entendimento Barcellos ensina,

A expressão **reserva do possível** procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas.

[...]

É importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo²¹⁶.

Olsen sintetiza a definição do critério em destaque ao proferir que, “a reserva do possível corresponde a um dado de realidade, um elemento do mundo dos fatos que influencia na aplicação do Direito”²¹⁷.

Observa-se, contudo, que a dogmática jurídica e a jurisprudência brasileiras ao incorporar o entendimento do Judiciário alemão, deixou de levar em conta vários fatores da sociedade alemã que incompatibilizariam essa forma de pensar no ordenamento jurídico pátrio. Primeiro, a Constituição alemã não é tão exaustiva como a nacional que prevê e protege os direitos sociais como direitos fundamentais assim como elenca disposições gerais para garantir a forma de proteção a esses direitos²¹⁸. Segundo, a Constituição brasileira de 1988 declara que os direitos

²¹⁶BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 234.

²¹⁷OLSEN, A. C. L. **Direitos Fundamentais Sociais**: Efetividade Frente à Reserva do Possível. Curitiba: Juruá. 2008.p. 201.

²¹⁸BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Artigo 5º caput, §1º e 196 e seguintes da Constituição Federal de 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos

fundamentais possuem efetividade imediata, assim como são direitos universais de todos os cidadãos sendo dever do Estado assegurá-los. E terceiro, na Alemanha a reserva do possível é invocada em última instância, quando diante de uma impossibilidade fática, comprovada do Poder Público²¹⁹.

serviços assistenciais; III - participação da comunidade. § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. § 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: I - os percentuais de que trata o § 2º; II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União. § 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. § 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias. § 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. § 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. § 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. § 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

²¹⁹KRELL, A. J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: Os (dê)s caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris. 2002. p. 52-53.

Percebe-se, então que no Brasil existe uma falácia da reserva do possível, fruto de um direito constitucional comparado equivocado²²⁰. Dessa forma, os juristas em geral, aplicam a reserva do possível como um escudo instrumental para o não cumprimento de direitos que na acepção destes são muito onerosos ao Estado. Dificilmente se depara com uma justificativa motivadora que demonstre a ausência de recursos fáticos do Estado para a concreção dos direitos fundamentais sociais, algo sustentado pelo presente estudo.

Nesse contexto desenhado, se defende a impossibilidade de invocar a reserva do possível como argumento formal e absoluto em face de uma ordem constitucional garantidora dos direitos básicos inerentes ao homem.

Alexy reforça,

A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Não é um princípio absoluto. Todos os direitos fundamentais restringem a competência do legislador; muitas vezes o fazem de uma forma incômoda para este e, às vezes, afetam também sua competência orçamentária quando se trata de direitos financeiramente mais gravosos.²²¹

Ademais Leivas ensina,

Além disso, não só os direitos fundamentais sociais em sentido material exigem a disponibilidade financeira de recursos e a consequente previsão em lei orçamentária. Direitos fundamentais de defesa, em especial quando servem de fundamento para os direitos de proteção, muitas vezes exigem recursos financeiros²²².

Caso aplicado de forma absoluta a reserva do possível se entenderia que a realização de direitos sociais dependeria de “caixas cheias” do Estado o que certamente reduziria a zero a eficácia destes, relativizando a universalidade dos direitos fundamentais, condenando-os a serem colocados em um patamar secundário diante do orçamento estatal, redefinindo o conceito de *redistribuição*, em um país com as piores estatísticas de distribuição de renda²²³.

²²⁰Ibidem. p. 51.

²²¹ALEXY, R. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 497.

²²²LEIVAS, P. G. Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 289.

²²³KRELL, A. J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (dês)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris. 2002. p. 54.

Notadamente no que concerne ao direito social à saúde, existe uma importância além daquela garantida aos direitos sociais como um todo; trata-se dos direitos mais basilares e elementares para caracterização da pessoa humana. E o que se vem presenciando é a utilização desmesurada da reserva do possível como postulado máximo para decidir sobre a efetivação dos direitos sociais em análise ou a falta de vontade política diante de um sistema orçamentário autorizativo.

Krell expõe:

Na base do acima exposto, fica claro que uma transferência mal refletida do conceito da “reserva do possível” e do entendimento dos direitos sociais como *mandados* (e não legítimos Direitos Fundamentais) constituiria ‘uma adoção de soluções estrangeiras, nem sempre coerentes com as verdadeiras necessidades materiais’ do país, que, ‘há muitas décadas, pode ser observada na elaboração judiciária brasileira’²²⁴.

Existente paralelamente à reserva do possível o ordenamento jurídico pátrio agrega o instituto que por sua natureza garante uma efetividade dos direitos fundamentais, qual seja o mínimo existencial.

Nascido no pós-guerra, segunda metade do século XX, o mínimo existencial é um conceito empregado para a proteção dos direitos fundamentais que deve ser visto de forma absoluta, um standard mínimo de condições que o Estado deve garantir para se viver com a dignidade humana.

Leal aponta,

Em termos de doutrina internacional, tem-se afirmado que o Mínimo Existencial implica condições mínimas para uma vida humana digna; em possuir cada pessoa as condições mínimas de sustento físico próprio, bem como as condições mínimas para que possa participar da vida social de seu Estado, relacionando-se com as pessoas que estão ao seu redor e que fazem parte da sociedade na qual vive²²⁵.

Para Torres,

Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e

²²⁴KRELL, op. cit., p. 56.

²²⁵LEAL, R. G. **Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais**: Os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2009. p. 91.

as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo.

[...]

O mínimo existencial é regra, porque se aplica por subsunção, constitui direitos definitivos e não se sujeita à ponderação²²⁶.

Extraí-se o entendimento, portanto, de que, apesar do conceito em apreço não possuir uma dicção constitucional, sua origem reside na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade (isonomia), da legalidade, do devido processo legal, tanto no ordenamento pátrio como no sistema internacional por meio da Declaração dos Direitos Humanos.²²⁷ Cabe elucidar que o mínimo existencial não incorpora a discricionariedade do Poder Público, uma vez que retrata garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais, logo não deve ser tratado como critério, mas como uma razão do ordenamento jurídico²²⁸.

O mínimo deve ser estabelecido com o intuito de impossibilitar que o indivíduo possa sofrer algum dano, assim como parametrizar boas condições de saúde para que um indivíduo tenha as condições de vida básicas solidificadas, ou seja, que tenha a capacidade com o mínimo garantido de se identificar como ser humano e alcançar outros mínimos contingenciais, como por exemplo, um indivíduo com boa saúde, tem as condições de ter um trabalho, com isso sustento próprio (alimentação e vestuário), com isso alcançar sua autonomia e poder ser considerado um ser humano digno. Não se quer dizer que, necessariamente, o Estado deve garantir todos os padrões descritos, mas garantir a base para que cada um possa atingir os patamares desejados conforme o mérito individual.

Nesses termos, a doutrinadora austríaca, Triesch profere,

O mínimo existencial é a parte do consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende a necessidade de vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde etc. (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc. Compreende

²²⁶TORRES, R. L. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 316.

²²⁷TORRES, op. cit., p. 314.

²²⁸Ibidem. p. 315.

a definição do mínimo existencial tanto a necessidade física como também cultural-espiritual, então se fala de um mínimo existencial cultural²²⁹.

O mínimo existencial, conhecido, também, como núcleo vital, limiar mínimo etc. tem sua maior importância por seu caráter absoluto e universal, que impõe ao Estado o seu cumprimento e garantia a todo cidadão; se sustenta firme repelindo a falta de leis ou insuficiência destas e medidas agressivas restritivas desses direitos²³⁰.

Nesses termos defende Nunes Júnior,

Pensando-se no ser humano como único ser dotado de um valor absoluto, não relativo, a teoria do mínimo vital impõe a preservação material do ser humano, assegurando-lhe condições mínimas para a preservação da vida e para a integração na sociedade, como uma questão prejudicial às políticas públicas a serem desenvolvidas pela governança estatal.

Veicula, a bem do rigor, uma espécie de comando implícito, determinando que outras ações só sejam realizadas uma vez satisfeitas as necessidades básicas de todas as pessoas que estejam integradas no elemento subjetivo daquele determinado Estado²³¹.

Curial a isto, nas palavras de Silva, “o conteúdo essencial, portanto, é aquilo realizável nessas condições. Ou seja, o mínimo existencial é aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas, que, por sua vez, expressam a noção, utilizadas às vezes de forma extremamente vaga, de reserva do possível”²³².

No mais dizer, esse limiar mínimo jus-filosófico representa, em uma nação como o Brasil, uma verdadeira razão democrática a fim de garantir e sobressair a universalidade dos direitos fundamentais sociais, podendo conviver concomitantemente à reserva do possível, sem sofrer limitações desta, por não se tratar de um critério de patamar equivalente. O mínimo existencial deve ser utilizado na argumentação legal com a finalidade de equilibrar o critério da reserva do possível que, como analisado, não é absoluto nem pode interferir na existência do

²²⁹TREISCH, C. Existenzminimum und Einkommensbesteuerung. Aachen: Shaker, 1999. p. 01. apud LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 135.

²³⁰CANOTILHO, J. J. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 261.

²³¹NUNES JÚNIOR, V. S. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**: Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 70.

²³²SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p.205.

núcleo essencial dos direitos sociais por ser este impenetrável de qualquer critério cuja aplicação deste deverá ser imediata.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45, que trata de políticas públicas de saúde, o Ministro Relator, reconhece a existência da reserva do possível em sede de implementação de direitos sociais, cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige deste prestações positivas inescapáveis do vínculo financeiro estatal comprovando a subordinação dessa implementação às possibilidades orçamentárias do Estado²³³.

Ao mesmo tempo em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a limitação fática da Administração Pública para concretizar os direitos de segunda geração, vislumbrou, também, um patamar mínimo impenetrável dos direitos sociais, ou seja, o mínimo existencial.

Mello decide,

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da *reserva do possível* – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente, quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade²³⁴.

Para a Excelsa Corte, a Constituição Cidadã de 1988 possui como meta central a promoção do bem-estar do homem, assegurada as condições de dignidade humana, por meio do mínimo existencial, o que não impede a convivência produtiva com a reserva do possível, pois aquele se prioriza a esta.

O núcleo primordial da posição da Corte mais alta do país assinala as ofensas que o Estado pode vir a cometer não garantindo os direitos fundamentais e seu poder-dever de agir.

²³³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45- Distrito Federal/MC. 2004. Ministro Relator Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

²³⁴BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, op. cit.

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

[...]

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

[...]

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos direitos fundamentais sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais²³⁵.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal mostra essencialmente que o Judiciário deve intervir, quando cabível, e impor uma atuação contundente da Administração Pública com o viés de assegurar os direitos fundamentais. Felizmente a ADPF 45 já pode externalizar uma forma de pensar evoluída que não se limitou a alegar a reserva do possível para legitimar uma atuação ineficaz do Estado. Bravamente o STF mostrou interesse, desde já, apesar da Constituição Federal ter completado vinte e um anos de vigência, para fazer valer os preceitos nela contidos. Portanto, a ADPF 45 demonstrou a possibilidade o Judiciário adotar uma postura atuante e efetivadora dos direitos fundamentais sociais²³⁶.

Faz-se imperioso destacar que as decisões referentes à efetivação dos direitos fundamentais sociais são matérias novas e pioneiras dentro do ordenamento jurídico pátrio. A prematuridade da Constituição Federal ainda impossibilita que as demandas dessa natureza alcancem as instâncias superiores das cortes nacionais. Dessa forma, cabe elucidar que são mínimos os julgados do STF que contribuíram para uniformizar um padrão decisório, mas de

²³⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45- Distrito Federal/MC. 2004. Ministro Relator Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

²³⁶ESTEVES, J. L. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Editora Método. 2007. p. 97-98.

maneira feliz a Excelsa Corte nos julgados até então vistos demonstra o seu papel de guardião da Constituição Cidadã de 1988, rebatendo omissões e ineficiências legislativas do Estado.

Atualmente, a forma de pensar da mais alta corte do Brasil vem sido acompanhada por declarações de ministros, mediante a mídia; em artigos nas revistas periódicas das cortes superiores e em audiências públicas que tratem da matéria.

No mês de setembro do ano de 2009, o presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, em sede de audiência pública sobre a saúde convocada no próprio tribunal entendeu que o fornecimento de medicamentos e o bem-estar de saúde de cada cidadão é de responsabilidade do respectivo Estado. Decidiu o ministro que a judicialização do direito à saúde no Brasil precisa ser redimensionada. Nesse sentido discutiu pontos cruciais acerca da questão como a existência ou não de política estatal que abranja a prestação de saúde invocada pela parte. Entendeu o presidente do STF que se o pleito de uma determinada demanda se encontre nos limites ofertados pelo SUS, não estará o órgão judicante construindo decisões políticas, mas reafirmando uma conduta a ser seguida com escora na proteção constitucional.

Ratificou o presidente que, se a demanda não estiver contida nas previsões abarcadas pelo SUS, precisa-se considerar,

Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua dispensação.

[...]

Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial²³⁷.

Além dessas considerações, o Ministro Gilmar Mendes acrescentou a exigência de registro do medicamento pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), bem como

²³⁷PRESIDENTE do STF decide ação sobre fornecimento de remédios com subsídios da audiência pública sobre saúde. 2009. Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1889540/presidente-do-stf-decide-acao-sobre-fornecimento-de-remedios-com-subsidios-da-audiencia-publica-sobre-saude>>. Acesso em: 01 nov. 2011.

da necessidade de exame judicial dos motivos que levaram ao não fornecimento da prestação desejada pelo SUS, nos casos de fornecimento de medicamentos²³⁸.

Por fim, evidencia-se que nos bastidores das decisões judiciais existe uma vontade de efetivar os direitos sociais, porém apesar de termos tido decisões emblemáticas e posicionamentos avançados sobre a matéria, não há precedentes judiciais fortes suficientes para moldar um pensamento uniforme, seja por perda de objetos das ações, seja por ações coletivas serem impetradas como se individuais fossem, seja pela postura pioneira dos magistrados não se repetir nos julgados, ou seja, pela falta de súmula para pacificar a proteção dos direitos sociais, direitos fundamentais de imensa envergadura para o ser humano.

Acredita-se, portanto, que o Brasil tem muito o que avançar na proteção dos direitos sociais como um todo e, especificamente, dos direitos assegurados (ou que deveriam ser assegurados) à saúde, razão pela qual se recorre a um estudo detalhado da organização de poder pátrio com o viés de, por meio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), efetivar a aplicação desses direitos elementares.

²³⁸ Ibidem.

5 CAPÍTULO IV - O MODELO LEGISLATIVO E AS NORMAS DE SAÚDE PÚBLICA

5.1 NORMAS ORÇAMENTÁRIAS E MUDANÇAS NECESSÁRIAS

Nos capítulos anteriores é apresentada a teoria de separação de poderes com um enfoque contemporâneo para que possa haver um trabalho e, ao mesmo tempo, uma proteção dos direitos fundamentais pelo Poder Executivo, pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário de forma equilibrada e harmônica.

Apresenta-se, em seguida, os direitos fundamentais, o direito à saúde como um direito social e consequentemente fundamental e, a patente necessidade, de proteção desse direito nos moldes da Constituição Federal.

Nesse sentido, o presente capítulo analisará o procedimento legislativo pátrio inerente a esta matéria, verificando se o mesmo se encontra em observância aos ditames constitucional.

Antes de adentrar na função e integração da norma à Constituição Federal, é importante estudarmos quais são as normas objeto deste trabalho.

Vejamos.

Como o objeto das normas procedimentais legislativa à concreção do direito à saúde, precisa-se, então, conhecer as normas orçamentárias brasileiras.

A Constituição Federal de 1988 no seu artigo 165 atribuiu ao Poder Executivo a responsabilidade pelo sistema de Planejamento e Orçamento que tem a iniciativa dos seguintes projetos de lei:

- Plano Plurianual (PPA)
- De Diretrizes Orçamentárias (LDO)
- De Orçamento Anual (LOA)

Nesses termos, o Projeto de Lei do PPA define as prioridades do governo por um período de quatro anos e deve ser enviado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional até o dia 31 de agosto do primeiro ano de seu mandato.

Seguindo a dicção constitucional, o Projeto de Lei do PPA deve conter "as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada"²³⁹.

Assim, através do orçamento do ano 2000, se verificou várias alterações na organização orçamentária, passando a privilegiar o aspecto gerencial do orçamento, com adoção de práticas simplificadoras e descentralizadoras.

O principal resultado destas alterações foi a interligação entre o planejamento (Plano Plurianual - PPA) e o orçamento anual, por intermédio da criação de programas para todas as ações de governo, com um gerente responsável por metas e resultados concretos para a sociedade.

Assim, o Decreto nº 2.829, de 29 de outubro de 1998, e as Portarias nº 117 e 51, respectivamente, de 12 de novembro e 16 de novembro de 1998, ambas do Ministério do Planejamento e Orçamento, introduziram substanciais modificações no processo de planejamento e orçamento do setor público, que entrou em vigor com o orçamento de 2000.

O Decreto nº 2.829/98 trouxe consigo enunciados normativos para a elaboração e execução do Plano Plurianual e dos Orçamentos da União; a Portaria nº 117/98, substituída, posteriormente, pela Portaria nº 42, de 14 de abril de 1999, com a preservação dos seus fundamentos, atualizou a discriminação da despesa por funções de que tratam o inciso I do § 1º do art. 2º e § 2º do art. 8º, ambos da Lei nº 4.320, ou seja, revogou a Portaria nº 9, de 28 de janeiro de 1974 (Classificação Funcional-Programática); e a Portaria nº 51/98 instituiu o cadastramento dos projetos e atividades constantes do Orçamento da União.

²³⁹ Constituição Federal de 1988, artigo 165 § 1º - A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

Feitas estas considerações analisa-se o primeiro dos mecanismos orçamentários previstos na Carta Magna, qual seja, O Plano Plurianual (PPA, regulamentado pelo Decreto 2.829, de 29 de outubro de 1998, pelo qual se estabelece as medidas, gastos e objetivos a serem seguidos pelo Governo Federal, Estadual ou Municipal ao longo de um período de quatro anos.

Sua aprovação é feita mediante lei quadrienal, sujeita a prazos e ritos diferenciados de tramitação, com vigência do segundo ano de um mandato presidencial até o final do primeiro ano do mandato seguinte. O PPA, também prevê a atuação do Governo, durante o período mencionado, em programas de duração continuada já instituídos ou a instituir no médio prazo.

Com a adoção deste plano, tornou-se obrigatório o Governo planejar todas as suas ações e também seu orçamento de modo a não ferir as diretrizes nele contidas, somente devendo efetuar investimentos em programas estratégicos previstos na redação do PPA para o período vigente. Nos termos da Constituição Federal, também é sugerido que a iniciativa privada volte suas ações de desenvolvimento para as áreas abordadas pelo plano vigente.

O PPA é dividido em planos de ações, e cada plano deverá conter: objetivo, órgão do Governo responsável pela execução do projeto, valor, prazo de conclusão, fontes de financiamento, indicador que represente a situação que o plano visa alterar, necessidade de bens e serviços para a correta efetivação do previsto, ações não previstas no orçamento da União, regionalização do plano, etc²⁴⁰.

Cada um desses planos será designado a uma unidade específica do Poder Público, mesmo que durante a execução dos trabalhos vários entes sejam envolvidos. Também será designado um gerente específico para cada ação prevista no Plano Plurianual, por determinação direta da Administração Pública Federal. O decreto que regulamentou o PPA prevê que sempre se deva buscar a integração das várias esferas do poder público (federal, estadual e municipal), e também destas com o setor privado.

A cada ano, será realizada uma avaliação do processo de andamento das medidas a serem desenvolvidas durante o período quadrienal – não só apresentando a situação atual dos planos, mas também sugerindo formas de evitar o desperdício de dinheiro público em ações não

²⁴⁰ Ministério do Planejamento. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/secretaria.asp?cat=51&sec=8>>. Acesso em 01 fev. 2013.

significativas. Sobre esta avaliação é que serão traçadas as bases para a elaboração do orçamento federal anual.

Este mecanismo orçamentário faz parte da política de descentralização do governo federal, que já é prevista na Constituição de 1988. Nas diretrizes estabelecidas em cada plano, é fundamental a participação e apoio das esferas inferiores da administração pública, que sem dúvida têm mais conhecimento dos problemas e desafios que são necessários enfrentar para o desenvolvimento sustentável local.

O segundo mecanismo procedimental orçamentário é Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). O Projeto de Lei inerente a uma LDO, deverá ser, obrigatoriamente, enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional até o dia 15 de abril de cada ano sendo que sua aprovação deverá ser concretizada até 17 de julho. A LDO estabelece as metas e prioridades para o exercício financeiro subsequente; orienta a elaboração do Orçamento; dispõe sobre alteração na legislação tributária e estabelece a política de aplicação das agências financeiras de fomento.

Com base na LDO aprovada pelo Legislativo, a Secretaria de Orçamento Federal elabora a proposta orçamentária para o ano seguinte, em conjunto com os Ministérios e as unidades orçamentárias dos poderes Legislativo e Judiciário.

Em outros termos, a LDO tem como a principal finalidade orientar a elaboração dos orçamentos fiscais e da seguridade social e de investimento do Poder Público, incluindo os poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e as empresas públicas e autarquias, visando sintonizar a Lei Orçamentária Anual com as diretrizes, objetivos e metas da administração pública, estabelecidas no Plano Plurianual²⁴¹.

A iniciativa do projeto da LDO é exclusiva do chefe do Poder Executivo (no âmbito federal, o Presidente da República, por meio da Secretaria de Orçamento Federal). O projeto é então encaminhado ao Congresso Nacional até o dia 15 de abril de cada ano, para aprovação, respeitando a data limite anteriormente citada.

²⁴¹ Constituição Federal de 1988, artigo 165 § 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

A Constituição Federal não admite a rejeição do projeto de lei de diretrizes orçamentárias, uma vez que prevê, expressamente, que a sessão legislativa não será interrompida sem a aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias (art. 57, § 2º).

A LDO, portanto, orienta a elaboração e execução do orçamento anual e trata de vários outros temas, como alterações tributárias, gastos com pessoal, política fiscal e transferências da União²⁴².

A Lei de Diretrizes Orçamentárias possui uma periodicidade anual, de hierarquia especial e sujeita a prazos e ritos peculiares de tramitação, destinada a parametrizar a forma e o conteúdo com que a lei orçamentária de cada exercício deve se apresentar e a indicar as prioridades a serem observadas em sua elaboração.

Em suma a Lei de Diretrizes Orçamentárias dispõe sobre:

- As diretrizes orçamentárias, metas e prioridades da Administração Pública Estadual;
- A organização e estrutura dos orçamentos;
- As diretrizes para o limite percentual de despesas dos poderes Legislativo, Judiciário, Ministério Público..
- As disposições sobre alterações na legislação tributária do estado;
- A política de aplicação das instituições financeiras oficiais e de fomento;
- As disposições relativas às Políticas de Recursos Humanos da Administração Pública Estadual.

O terceiro mecanismo orçamentário a ser visto é a Lei Orçamentária Anual (LOA), elaborada pelo Poder Executivo pela qual se estabelece as despesas e as receitas que serão realizadas no próximo ano.

A Constituição determina que o orçamento deve ser votado e aprovado até o final de cada ano, ou sessão legislativa. Compete, assim, ao Presidente da República enviar ao Congresso

²⁴² Senado Federal. Disponível em: <http://www9.senado.gov.br/portal/page/portal/orcamento_senado/LDO/Elaboracao:PL>. Acesso em 31 jan. 2013.

Nacional o Plano plurianual, o projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias e as propostas de orçamento, previstos na Carta Magna.

A Lei Orçamentária Anual estima as receitas e autoriza as despesas do Governo de acordo com a previsão de arrecadação. Havendo a necessidade de gastar além do previsto durante o exercício financeiro, o Poder Executivo precisa, obrigatoriamente, submeter ao Congresso Nacional um novo projeto de lei solicitando crédito adicional.

Por outro lado, a necessidade de contenção dos gastos obriga o Poder Executivo muitas vezes a editar Decretos com limites orçamentários e financeiros para o gasto, abaixo dos limites autorizados pelo Congresso. São os intitulados Decretos de Contingenciamento, que limitam as despesas abaixo dos limites aprovados na lei orçamentária.

O orçamento anual, nesse sentido, visa concretizar os objetivos e metas propostas no Plano Plurianual (PPA), segundo as diretrizes estabelecidas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).

Assim, resumidamente a Lei Orçamentária Anual compreenderá:

1. o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;
2. o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;
3. o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

Observa-se, assim, que governo define no Projeto de Lei Orçamentária Anual, as prioridades contidas no PPA e as metas que deverão ser atingidas naquele ano. A Lei Orçamentária disciplina todas as ações do governo federal. Nenhuma despesa pública pode ser executada fora do Orçamento, mas nem tudo é feito pelo governo federal. As ações dos governos estaduais e municipais devem estar registradas nas leis orçamentárias dos Estados e municípios.

Quanto ao aspecto procedimento: No Congresso, deputados e senadores discutem na Comissão Mista de Orçamentos e Planos a proposta enviada pelo Executivo, fazem as modificações que julgam necessárias através das emendas e votam o projeto. A Constituição determina que o Orçamento deve ser votado e aprovado até o final de cada Legislatura.

Depois de aprovado, o projeto é sancionado pelo Presidente da República e se transforma em Lei.

A Lei Orçamentária brasileira estima as receitas e autoriza as despesas de acordo com a previsão de arrecadação. Se durante o exercício financeiro houver necessidade de realização de despesas acima do limite que está previsto na Lei, o Poder Executivo submete ao Congresso Nacional projeto de lei de crédito adicional. Por outro lado, crises econômicas mundiais obrigaram o Poder Executivo a editar Decretos com limites financeiros de gastos abaixo dos limites aprovados pelo Congresso. São chamados de Decretos de Contingenciamento em que são autorizadas despesas no limite das receitas arrecadadas.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, aprovada em 2000 pelo Congresso Nacional introduziu novas responsabilidades para o administrador público com relação aos orçamentos da União, dos Estados e municípios, como limite de gastos com pessoal, proibição de criar despesas de duração continuada sem uma fonte segura de receitas, entre outros. A Lei introduziu a restrição orçamentária na legislação brasileira e cria a disciplina fiscal para os três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, porém ser verificado que a mesma não muda o fato do orçamento brasileiro ter um caráter autorizativo e não impositivo.

Por fim, afirma-se que processo de elaboração do orçamento público no Brasil obedece a um “ciclo” integrado ao planejamento de ações, que, de acordo com a Constituição Federal de 1988, compreende o Plano Plurianual - PPA, a Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO e a Lei Orçamentária Anual – LOA.

5.2 FUNÇÃO E INTEGRAÇÃO NORMATIVA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL - MUDANÇAS NECESSÁRIAS - PREVISIBILIDADE TEÓRICA E APLICABILIDADE PRÁTICA NO BRASIL

Antes de se estudar a função e integração normativa à constituição do direito à saúde, se apresenta o que é saúde e relembra o direito inerente a esta para se ter o ponto de partida à problemática do Brasil.

Nesses termos, a conceituação de “saúde” veio a ser mais trabalhada na segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, pois o contexto da época suplicava uma proteção geral e irrestrita para algo tão valioso aos seres humanos.

Foi assim que veio a criação de um acordo internacional capitaneada pela Organização das Nações Unidas, qual seja, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que incentivou a criação de órgãos especiais dedicados a garantir alguns desses direitos considerados essenciais aos homens.

A saúde, dessa forma, reconhecida como direito humano, passou a ser objeto e razão fundante de criação da Organização Mundial de Saúde (OMS) que veio a conceituar como, "O completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença"²⁴³.

A definição mais completa de “saúde”, então, traz o reconhecimento da essencialidade do equilíbrio interno e do homem com o ambiente (bem-estar físico, mental e social).

Para muitos juristas este conceito proposto pela OMS mereceu inúmeras críticas pelo argumento de que um estado de completo bem-estar é utópico e impossível de se alcançar; utópico ou não, o presente trabalho não entrará neste mérito. Para tanto basta se saber que este conceito empregado pela OMS deve ser um norte, direcionador para a atuação dos Estados-membros. Em outras palavras, o conceito oferecido pela OMS deve ser entendido como uma busca constante para se alcançar tal estado, de forma que, conforme será visto adiante, a Constituição Federal de 1988 trouxe consigo esta preocupação, para que as demais normas pudessem se adequar a tais mandamentos fundamentais.

Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari afirma,

Toda norma legal é, em princípio, obrigatória. Assim, as normas gerais sobre saúde, constantes de lei federal, obrigam os legisladores dos Estados, dos

²⁴³ World Health Organization – Organização Mundial de Saúde. Disponível em: <<http://www.who.int/en/>>. Acesso em 02 fev. 2013

Municípios e do Distrito Federal, como obrigam também os governadores e prefeitos municipais. Como as leis estaduais e municipais devem ser conformes ao disposto nas normas gerais federais, estas se colocam como intermediárias, no sentido de que estão situadas, do ponto de vista da eficácia jurídica, entre as normas constitucionais e as da legislação ordinária dos Estados e Municípios²⁴⁴.

Para a saúde este panorama não se difere.

O direito à saúde, enquanto direito subjetivo, depende do grau de desenvolvimento do Estado. Certo é, unicamente no Estado socioeconômico e culturalmente desenvolvido o indivíduo é livre para procurar um completo bem-estar físico, mental e social e para, adoecendo, participar do estabelecimento do tratamento. Por outra ótica, quanto ao panorama social do direito à saúde existe um enaltecimento do princípio democrático da igualdade. As limitações aos comportamentos humanos são postas exatamente para que todos possam usufruir igualmente as vantagens da vida em sociedade. Assim, para preservar-se a saúde de todos é necessário que ninguém possa impedir outrem de procurar seu bem-estar ou induzi-lo a adoecer. Essa é a razão das normas jurídicas que obrigam à vacinação, à notificação, ao tratamento, e mesmo ao isolamento de certas doenças, à destruição de alimentos deteriorados e, também, ao controle do meio ambiente, das condições de trabalho. A garantia de oferta de cuidados de saúde do mesmo nível a todos que deles necessitam também responde à exigência da igualdade.

Com isso, não se quer afirmar que enquanto direito coletivo, a saúde não depende do desenvolvimento do Estado, pois a este é intrinsecamente ligada. Porém, somente os Estados que tiverem o seu direito ao desenvolvimento reconhecido poderão garantir as mesmas medidas de proteção e iguais cuidados para a recuperação da saúde para toda a coletividade.

No aspecto jurídico, a Constituição de 1988 foi a primeira a conferir a real e necessária importância à saúde, tratando-a como direito fundamental social, construindo assim, um ponto em comum na proteção deste direito fundamental com a proteção internacional, nesta esfera como direito humano.

Destaca-se que as declarações internacionais foram fundamentais para o reconhecimento dos direitos sociais, entre os quais o direito à saúde. Esse movimento iniciou-se em 1948 com a

²⁴⁴ DALLARI, D. DE A. **Normas Gerais Sobre Saúde: Cabimento e Limitações**. Disponível em: <<http://www.saude.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo>>. Acesso em 03 fev. 2013.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, “fonte mais importante das modernas constituições”, estabelecendo um vasto campo de dispositivos referentes aos direitos sociais, em especial à saúde.

Nesses termos,

Art. XXV – Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle²⁴⁵.

Por meio dessas previsões internacionais de direitos humanos, os ordenamentos jurídicos internos de cada Estado passam a assegurar e garantir a proteção desses direitos fundamentais.

No Brasil, a influência proporcionada por essas declarações de direitos atingiu seu ponto máximo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo texto apresenta diversos dispositivos que tratam expressamente da saúde, tendo sido reservada, ainda, uma seção específica sobre o tema dentro do capítulo destinado à Seguridade Social.

Com o fim de demonstrar a extensão da proteção constitucional à saúde, elenca-se os artigos que versam sobre o tema, para em segundo momento, se analisar, de acordo com as normas orçamentárias se existe uma integração legislativa infraconstitucional ao direito à saúde previsto na Carta Magna de 1988, a partir de sua função.

Primeiro começa-se com o artigo 3º, todos serão da Constituição Federal de 1988 que prevê como objetivo da Nação,

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação²⁴⁶.

²⁴⁵ Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 02 fev. 2013.

²⁴⁶ BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Apesar de não mencionar expressamente o termo “saúde”, é notório saber que sem a garantia deste direito, muitos dos objetivos fundamentais do Brasil não poderão ser concretizados.

O artigo 6º, traz a saúde como um direito fundamental social.

No artigo 7º há dois incisos que versam sobre a saúde: o IV, que determina que o salário-mínimo deverá ser capaz de atender as necessidades vitais básica do trabalhador e sua família, inclusive a saúde, entre outras, e o XXII, que impõe a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Por meio do artigo 23, inc. II, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência comum para cuidar da saúde e pelo artigo 24, inc. XII, a União, os Estados e o Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar sobre a defesa da saúde, o que demonstra a extrema importância que o Texto Máximo garante à saúde.

Nesse sentido, ainda, por força do artigo 30, inc. I, os Municípios também podem legislar sobre a saúde, já que se trata de assunto de inegável interesse local, até porque a execução dos serviços de saúde, no atual estágio, está, em grande parte, municipalizada.

O art. 30, inc. VII, confere aos Municípios a competência para prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

Com a promulgação da Emenda Constitucional 29/2000, foi acrescentada a alínea “e” ao inc. VII do art. 34, possibilitando a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal no caso de não ser aplicado o mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. A mesma Emenda Constitucional, modificando o inc. III do art. 35, previu a possibilidade de intervenção dos Estados nos Municípios, na hipótese de não ser aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

E como fica a situação da União, existe um mecanismo para obriga-la a gastar o mínimo necessário com a saúde, existe este mínimo ou o orçamento é meramente autorizativo, ainda nesta matéria?

Essa indagação será vista logo mais ao estudar a Lei Complementar 141 que trata destes percentuais.

Continuando.

Ressalvou-se, ainda, por força da EC 29/00, que a vinculação de receitas de impostos não se aplica à destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde (art. 167, inc. IV).

Foi por meio do artigo 196 com leitura integrada dos demais artigos constitucionais que a saúde passou a ser considerada como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, isto é um verdadeiro direito fundamental.

O artigo 197, por sua vez, reconheceu que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por intermédio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado, cabendo ao Ministério Público, calcado no artigo 129, inc. II, a função de zelar pelo efetivo respeito aos serviços de relevância pública executados com vistas a atender aos direitos garantidos na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, o que denota a preocupação do constituinte em dar efetividade ao direito à saúde, já que o considerou expressamente como um serviço de relevância pública.

Assim, mais uma indagação vem à tona, existe, então, uma integração das normas infraconstitucionais à Constituição Federal que ofereça tal efetividade?

O artigo 198 estipulou um sistema de saúde, que hoje é de fundamental importância, o sistema único de saúde, considerando-o uma rede regionalizada e hierarquizada, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: a) descentralização, com direção única em cada esfera de

governo; b) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; c) participação da comunidade. Esse sistema será financiado com recursos da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (§1º), ficando previstos recursos mínimos a serem aplicados, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde (§§ 2º e 3º).

Como forma de corroborar a eficácia de proteção ao direito à saúde, o artigo 199, trouxe a possibilidade de a iniciativa privada executar a assistência à saúde, podendo, assim, as instituições privadas participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (§1º), vedando a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos (§2º), bem como a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei (§3º).

No artigo 200, seguindo os moldes da Constituição analítica que é a de 1988, exaustivamente, foi feita a enumeração das atribuições do sistema único de saúde, a saber: a) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; b) executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; c) ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; d) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; e) incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; f) fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; g) participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; h) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

O artigo 208, inc. VII, por seu turno, incluiu a assistência à saúde entre os programas destinados a suplementar a educação no ensino fundamental.

No artigo 220, §3º, inc. II, há a previsão da possibilidade de, por meio de lei federal, ser restringida a propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

No artigo 227 a saúde foi relacionada à família, ao determinar que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, entre outros, o direito à saúde. A participação de entidades não-governamentais na promoção de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, determinando ainda a aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil ficou estabelecido no §1º.

Por fim, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias também possui algumas regras tratando da saúde, como a do art. 53, inc. IV, que assegurou aos ex-combatentes da 2ª Guerra Mundial e seus dependentes a assistência médica e hospitalar gratuita, e outras regras que, em geral, preveem percentuais mínimos de alocação de recursos para o setor de saúde (art. 55, 77 e outros) ou tratam do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza, criado pela Emenda Constitucional n. 31, de 14/12/2000, que tem como objetivo viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida.

Como se observa, muitas são as normas constitucionais que tratam, diretamente, da saúde, o que demonstra a preocupação do constituinte, em dar plena efetividade às ações e programas nessa área²⁴⁷.

Todas essas normas possuem, em maior ou menor grau, eficácia jurídica, sobretudo se tiver sempre em mente o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, o que a presente dissertação defende. Há, porém, limites, pois em uma democracia não há direitos absolutos, conforme apresentado no capítulo II.

Por conta dessa preocupação com o direito à saúde e pela consciência dessa responsabilidade constitucional que o Supremo Tribunal Federal realizou a Audiência Pública –

²⁴⁷ SILVA, L. P. Da. **Direito à Saúde e o Princípio da Reserva do Possível**. Distrito Federal: Livraria do STF, 2010. p. 72.

Saúde em 2009, mais uma forma de buscar efetivar os ditames constitucionais deste direito fundamental.

Nesse viés, o STF esclareceu questões presentes nas decisões judiciais que envolvem a saúde. Na palestra de abertura do evento, o Ministro Gilmar Mendes chamou atenção para a amplitude e importância do tema, advertindo que toda sociedade, em certa medida, é afetada pelas decisões que buscam a efetividade do direito à saúde. No contexto brasileiro, de recursos públicos escassos, aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos e multiplicação das doenças, as discussões que envolvem a saúde representam um dos principais desafios à efetividade dos direitos fundamentais²⁴⁸. Percebe-se, novamente, mais um motivo justificador do capítulo I deste trabalho que defende a efetividade do direito à saúde pelo Poder Judiciário na ausência ou ineficiência dos demais Poderes, porém o foco central, conforme será apresentado no próximo capítulo é o CNJ sendo este mais um instrumento efetivador das normas constitucionais de direitos fundamentais.

Retomando as duas indagações que ficaram a ser enfrentadas, fica claro pelo exposto o que representa o direito à saúde no Brasil. O Constituinte, teve uma grande preocupação, para em nível constitucional, prevê, garantir e proteger o direito tão basilar ao ser humano que é a saúde pública.

Dito isto, restaram patentes as inúmeras previsões constitucionais teóricas deste direito, exatamente para se vislumbrar se na prática há um acompanhamento das normas infraconstitucionais aos ditames da Lei Maior, o que a presente dissertação chama de integração normativa.

Para tanto, foram expostos os mecanismos orçamentários, as normas gerais e especiais do direito à saúde, as considerações do orçamento autorizativo e não impositivo, restando verificar somente a Lei Complementar 141/2012 para se compreender o direcionamento das verbas à saúde.

Sabe-se que a Lei Orgânica da Saúde, Lei n. 8.080/90, regulamenta os citados artigos 196 e seguintes da Constituição Federal e dispõe nos artigos 6º, inciso I, alínea "d" e 7º, incisos I e II:

²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública – Saúde**. Brasília: Livraria do Supremo, 2009. p. 86.

Art. 6º. Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de

Saúde (SUS): I - a execução de ações: d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

Verifica-se, portanto, que a legislação infraconstitucional garante expressamente não só a assistência farmacêutica, como também o fornecimento de “insumos terapêuticos” (tais como órteses, próteses, cadeiras de rodas, marcapassos, etc.).

Neste último caso, a previsão legal destina-se tão só às crianças, adolescentes e idosos, que por explícita previsão constitucional possuem tratamento prioritário na sociedade brasileira.

Com vistas a promover a assistência farmacêutica no âmbito do SUS – Sistema Único de Saúde, o Ministério da Saúde, com arrimo nessa legislação infraconstitucional, formula uma listagem de medicamentos que devem estar disponíveis em toda rede, à qual atribui a designação “Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – Rename”.

A formulação dessa listagem, bem como sua atualização periódica – que é ditada expressamente pela política nacional de medicamentos, instituída pela Portaria MS 3916/98, observa as patologias e agravos à saúde mais relevantes e prevalentes, respeitadas as diferenças regionais do país, e leva em consideração diversos critérios, tais como: a demonstração da eficácia e segurança do medicamento; a vantagem com relação à opção terapêutica já disponibilizada (maior eficácia ou segurança ou menor custo); e o oferecimento de concorrência dentro do mesmo subgrupo, como estratégia de mercado.

A Portaria n. 698/GM, de 30 de maio de 2006, que “Define que o custeio das ações de saúde é de responsabilidade das três esferas de gestão do SUS, observado o disposto na Constituição Federal e na Lei Orgânica do SUS” dispõe:

Art. 1º Definir que o custeio das ações de saúde é de responsabilidade das três esferas de gestão do SUS, observado o disposto na Constituição Federal e na Lei Orgânica do SUS.

Art. 2º Os recursos federais destinados ao custeio de ações e serviços de saúde passam a ser organizados e transferidos na forma de blocos de financiamento.

Parágrafo único. Os blocos de financiamento são constituídos por componentes, conforme as especificidades de suas ações e os serviços de saúde pactuados.

Art. 3º Ficam criados os seguintes blocos de financiamento: I - Atenção Básica; II - Atenção de Média e Alta Complexidade Ambulatorial e Hospitalar; III - Vigilância em Saúde; IV - Assistência Farmacêutica; e V - Gestão do SUS.

Art. 16. O Bloco de Financiamento para a Assistência Farmacêutica é constituído por quatro componentes: Componente Básico da Assistência Farmacêutica; Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica; Componente Medicamentos de Dispensação Excepcional e Componente de Organização da Assistência Farmacêutica.

Conforme o exposto, pode-se afirmar que existe uma legislação e regulamentação infraconstitucional no Brasil, para acompanhar os anseios constitucionais, todavia esta legislação não é suficiente e na prática apesar de esta existir se verá que não há uma integração normativa à Constituição Federal.

A referida Lei Complementar (141/12) Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e nº 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências.

Assim, cita-se os principais artigos que tratam do percentual e repasse de valores direcionados à saúde pública, que esta em sede de federal, estadual ou distrital ou municipal,

Art. 3º Observadas as disposições do art. 200 da Constituição Federal, do art. 6º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e do art. 2º desta Lei Complementar, para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos aqui estabelecidos, serão consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde as referentes a: I - vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária; II - atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais; III - capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS); IV - desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade

promovidos por instituições do SUS; V - produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos; VI - saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas nesta Lei Complementar; VII - saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos; VIII - manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças; IX - investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde; X - remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais; XI - ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde; e XII - gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde.

Art. 4º Não constituirão despesas com ações e serviços públicos de saúde, para fins de apuração dos percentuais mínimos de que trata esta Lei Complementar, aquelas decorrentes de: I - pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde; II - pessoal ativo da área de saúde quando em atividade alheia à referida área; III - assistência à saúde que não atenda ao princípio de acesso universal; IV - merenda escolar e outros programas de alimentação, ainda que executados em unidades do SUS, ressalvando-se o disposto no inciso II do art. 3º; V - saneamento básico, inclusive quanto às ações financiadas e mantidas com recursos provenientes de taxas, tarifas ou preços públicos instituídos para essa finalidade; VI - limpeza urbana e remoção de resíduos; VII - preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes da Federação ou por entidades não governamentais; VIII - ações de assistência social; IX - obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde; e X - ações e serviços públicos de saúde custeados com recursos distintos dos especificados na base de cálculo definida nesta Lei Complementar ou vinculados a fundos específicos distintos daqueles da saúde.

Art. 5º A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual. § 1º (VETADO). § 2º Em caso de variação negativa do PIB, o valor de que trata o caput não poderá ser reduzido, em termos nominais, de um exercício financeiro para o outro. § 3º (VETADO). § 4º (VETADO). § 5º (VETADO).

Art. 6º Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios. Parágrafo único. (VETADO).

Art. 7º Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação

dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal. Parágrafo único. (VETADO).

Art. 8º O Distrito Federal aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) do produto da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e em base municipal.

Art. 9º Está compreendida na base de cálculo dos percentuais dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios qualquer compensação financeira proveniente de impostos e transferências constitucionais previstos no § 2º do art. 198 da Constituição Federal, já instituída ou que vier a ser criada, bem como a dívida ativa, a multa e os juros de mora decorrentes dos impostos cobrados diretamente ou por meio de processo administrativo ou judicial.

Art. 10. Para efeito do cálculo do montante de recursos previsto no § 3º do art. 5º e nos arts. 6º e 7º, devem ser considerados os recursos decorrentes da dívida ativa, da multa e dos juros de mora provenientes dos impostos e da sua respectiva dívida ativa.

Art. 11. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão observar o disposto nas respectivas Constituições ou Leis Orgânicas sempre que os percentuais nelas estabelecidos forem superiores aos fixados nesta Lei Complementar para aplicação em ações e serviços públicos de saúde.

Nesse sentido, conforme o exposto e nos artigos destacados pode-se afirmar que no Brasil o plano orçamentário é meramente autorizativo ao invés de vinculativo. Desse modo, o Executivo e o Legislativo não são atrelados e condicionados a lei orçamentária, o que possibilita prevê inúmeras garantias a direitos sociais sem ter que efetivamente pô-las em prática.

Não se quer dizer que o Executivo pode modificar e adaptar livremente o orçamento a Lei de Diretriz Orçamentária ou o Plano Plurianual, muito menos realizar despesas sem a previsão orçamentária. Ocorre que num orçamento autorizativo, como no Brasil as previsões de gastos podem não ser realizadas, possibilita, portanto, uma inércia de execução por parte do Executivo²⁴⁹.

O motivo pelo qual existe este mecanismo orçamentário é para permitir que o Executivo tenha maior flexibilidade de atuação para alcançar e atender todas as necessidades reais da sociedade. Todavia, sabe-se que esta intenção que fundamentou o orçamento autorizativo está longe de ser cumprida, pois na prática se depara com um superávit dos cofres públicos, muito

²⁴⁹MENDONÇA, E. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 233-234.

devido a não atuação do Poder gestor da nação²⁵⁰ e consequentemente uma não integração normativa à Constituição Federal.

Outro fator de grande importância para o impedimento que haja a integração normativa à Constituição Federal está nos percentuais de cada ente federativo destinado à saúde. Entende-se que os percentuais em nível estadual, distrital e municipal ainda são aquém do necessário para se ter uma política de saúde pública séria e efetiva, sendo que este fator se junta com o gravame do orçamento autorizativo.

Quanto à União, defende-se que deve existir um percentual fixo, ponderavelmente calculado para aproximar a realidade prática à previsibilidade teórica constitucional, pois ainda que exista um percentual estipulado, não existem mecanismos eficazes que obrigue o gasto orçamentário estipulado.

Conclui-se afirmando que a saúde é um direito fundamental e o intuito desta dissertação é, com base na teoria da separação de poderes apresentada no capítulo I, pensar em mais uma forma de efetivação de tal direito, qual seja por meio do Conselho Nacional de Justiça, conforme será visto a seguir.

²⁵⁰MENDONÇA, op. cit., p. 235.

6 CAPÍTULO V - DIREITO À SAÚDE E O CNJ: REALIDADE ESTATÍSTICA BRASILEIRA

6.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O CNJ – COMPETÊNCIA – PODER E LIMITES ADMINISTRATIVO-FINANCEIRO

Até o presente momento foi apresentada a teoria da separação de poderes em seu enfoque contemporâneo, bem como o caráter principiológico da mesma e, portanto, passível de relativização, conforme defendido neste estudo. Desse modo, sustenta-se que na modernidade não há como se trabalhar com um conceito rígido e estanque da atuação das funções do Executivo, Legislativo e Judiciário, vindo a se permitir excepcionalmente uma intromissão limitada de um poder em outro como forma de garantir os ditames constitucionais e com isso o próprio Estado Social Democrático de Direito.

Nesse sentido, seguiu-se à apresentação dos direitos sociais, conceituando-os, delineando a problemática inerente a estes no ordenamento constitucional brasileiro, passando por questões de custos desses direitos, politização do judiciário e a efetividade desses direitos fundamentais, especificamente, o direito à saúde pelo Poder Judiciário.

Defendeu-se, ainda que tal efetividade encontra-se regulada por limites jusfilosóficos e critérios de justiciabilidade, tais quais: o *mínimo existencial* e a *reserva do possível*, o que desenha a realidade prática desse problema constitucional, baseado em julgados do STF.

Assim, entendeu-se razoável demonstrar a construção orçamentária no país, a fim de vislumbrar um dos problemas-raiz da inefetividade dos ditames constitucionais consoantes ao direito à saúde, a falta de uma integração normativa (das Leis orçamentárias) à Constituição Federal.

Com isso, chega-se no presente capítulo, destinado a um estudo do Conselho Nacional Justiça – CNJ, com o intuito de defender que este órgão possui a legitimidade e competência constitucional para servir como mais um instrumento de efetividade dos direitos sociais, direitos fundamentais, na presente pesquisa, do direito à saúde.

Vejamos.

A Constituição Federal foi promulgada em 1988 como um evidente reflexo contemporâneo das ações globais, principalmente no que diz respeito ao reconhecimento de direitos e a petrificação dos direitos humanos, trazidos para ordem interna como direitos fundamentais.

Dessa forma, o trabalho em conjunto e ao mesmo tempo independente dos Poderes caminhava para a segurança e proteção dos direitos fundamentais com a finalidade última de organizar e reger um Estado.

Contudo, são inúmeras as dificuldades do Poder Público para fazer valer e cumprir o conceito, em todos os seus desdobramentos, de um Estado Social Democrático de Direito em que se vive.

Assim, com a garantia de direitos insculpida na Lei Maior, paralelo a um Estado em construção e desenvolvimento, o Judiciário passou a ser o foco de destinação dos cidadãos para se ter reconhecidos e efetivados tais direitos. Logo, não demorou para que o houvesse um abarrotamento de processos neste Poder e, conseqüentemente, uma crise instaurada de morosidade e ineficiência na prestação jurisdicional.

Desenhado esse breve contexto, em 1992 a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) de n. 96 foi apresentada pelo deputado paulista Hélio Bicudo, com o intuito de atacar os problemas comportamentais e de cunho institucional do referido Poder, como questões de cargo, concurso, promoção e reforma em geral.

Porém os interesses para reformar o Judiciário eram inúmeros e diversos, ao mesmo tempo o que levou um transcurso de doze anos para a aprovação da referida PEC que ao longo desse período sofreu várias alterações. Com isso, ainda, em 2003 o Ministério da Justiça criou a Secretaria de Reforma do Judiciário para que houvesse de forma organizada e estruturada a promulgação da Emenda Constitucional (EC) n. 45, a reforma do Judiciário, que efetivamente

ocorreu em 2004²⁵¹. Esta emenda estabeleceu entre diversos dispositivos um Conselho Nacional de Justiça com competência sobre as magistraturas federal e estaduais, que será visto a seguir.

Certo é que a EC n. 45/04 trouxe consigo uma série de mudanças para a reforma do Poder Judiciário, mas o que é de importância para o presente estudo reside na criação do CNJ e sua forma de atuar perante o Poder Judiciário e os demais Poderes.

Vejamos.

O artigo 103 – B da Constituição Federal de 1988 corporifica a figura do CNJ no ordenamento jurídico constitucional brasileiro, nos seguintes termos,

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009) I o Presidente do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009) II um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) III um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) IV um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VII um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VIII um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) IX um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) X um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) XI um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) XII dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) XIII dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 1º O Conselho será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009) § 2º Os demais membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional

²⁵¹ ROBL FILHO, I. N. *Conselho Nacional de Justiça – Estado Democrático de Direito e Accountability*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 228.

nº 61, de 2009) § 3º Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) III receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) IV representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VII elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) II exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) III requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 6º Junto ao Conselho oficializarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Nesse sentido, conforme esboçado no texto constitucional, verifica-se que o CNJ possui uma formação híbrida com membros do próprio poder Judiciário que representa 60% de sua composição; membros profissionais essenciais à função de justiça (advogados e membros do Ministério Público) que representa 27% de sua composição e outros 13% destinados aos cidadãos comuns.

Por conta da referida composição, muito se discutiu quanto à legitimidade do exercício do controle interno do Poder Judiciário por membros estranhos a ele, mas tais levantamentos já se superaram no tempo por conta da decisão final do STF. No que se refere a este ponto, cabe fazer algumas singelas colocações.

A discussão da legitimidade do CNJ se deu por uma Ação de Inconstitucionalidade (ADI 3367/DF) movida pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB que sustentou duas questões principais de argumentação constitucional. A primeira tratou de argumentar uma violação ao princípio da separação de poderes, artigo 2º da CF/88. Segundo a AMB, este princípio, enquanto cláusula pétrea, não pode ser modificado nem mesmo por emenda constitucional e o controle do Judiciário pelo CNJ feriria tal autonomia nas funções estatais. O segundo argumento repousou na violação ao pacto federativo, pois entendia a AMB que a instituição do CNJ, órgão da União Federal, subordinaria de forma administrativa, orçamentaria, financeira e disciplinar o Poder Judiciário dos Estados-Membros.

Por sua vez, o STF, por unanimidade, entendeu não haver ofensa à Constituição Federal e a EC 45/04 quanto a criação do CNJ, afastando ofensa à separação de poderes, por ter se valido da concepção contemporânea de tal princípio, conforme defendido na presente dissertação, que apresenta as funções dos Poderes de forma harmônica e não estanque. Entendeu, ainda, a Corte Suprema que não houve violação do pacto federativo, uma vez que o Poder Judiciário é uno e que as autonomias de âmbito estaduais ainda prevalecerão nos casos específicos previstos na norma jurídica.

Não resta tecer maiores explicações quanto a este ponto, pois é pacífico o entendimento que a criação do CNJ é legítima.

O CNJ, por dicção constitucional, possui a competência de controlar “para dentro” o Judiciário, de forma que representa um órgão atípico, administrativo-político, ao mesmo tempo em que defende “para fora” a independência orgânica e funcional judiciária²⁵².

Nesse sentido afirma Pedersoli,

A finalidade precípua do Conselho Nacional de Justiça, consoante previsto na Lei Maior, é a de exercer um controle administrativo e orçamentário do Poder Judiciário, podendo apreciar a legalidade dos atos administrativos praticados por seus membros ou órgãos, avocar processos disciplinares em curso, rever os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano, dentre demais atribuições contidas no artigo 103-B²⁵³.

Sampaio, por sua vez, classifica as competências do CNJ em seis categorias distintas,

O Conselho Nacional de Justiça se possui a competência política, a qual inclui o planejamento e a defesa da soberania judiciária; a atribuição regulamentar, mandamental e atribuição de economia interna; controle administrativo, que é regido pelo regimento interno do Conselho, enquanto não editado o estatuto da magistratura, com aplicação subsidiária da Lei 9.784/99; ouvidoria; correccional e disciplinar; sancionatória, como decorrência da disciplinar; informativa ou propositiva, mediante a elaboração de relatórios e uma posterior análise para adoção das providências reputadas necessárias²⁵⁴.

O CNJ é competente para desempenhar a prestação de contas, a responsabilização dos agentes e órgãos do Judiciário, uma espécie de exercício da accountability*²⁵⁵ judiciária²⁵⁶.

Passando pelos dispositivos normativos que se julga de maior relevância para o presente estudo quanto à competência, poder e limites do CNJ, se analisa os que seguem.

O artigo 103-B, § 4º, I da CF/88 garante a competência do CNJ de zelar pela autonomia e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura. No que se refere à defesa da autonomia, em virtude de as independências judiciais decisional e institucional encontrarem-se bem fundadas e respeitadas no Brasil contemporâneo, no momento essa competência não se mostra como uma

²⁵² PEDERSOLI, C. V. S. **Conselho Nacional de Justiça – Atribuição Regulamentar no Brasil e no Direito Comparado**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011. p. 48.

²⁵³ Idem. p. 48

²⁵⁴ SAMPAIO, J. A. L. **O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002. p. 57.

²⁵⁵ A estrutura conceitual de *accountability* é composta pelos elementos informações, justificações e sanções; pressupondo a existência de um agente que possui dever de apresentar informações e justificações sobre seus resultados e ações, podendo ser sancionado por um terceiro. Lembra-se que não existe tradução literal desta expressão do inglês para o português, mas com essas considerações já poderá aplicar o conceito nas competências do CNJ.

²⁵⁶ ROBL FILHO, I. N. **Conselho Nacional de Justiça – Estado Democrático de Direito e Accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 97 e ss. e 181 e ss.

necessidade no Judiciário. Quanto ao Estatuto da Magistratura, como há grande independência judicial institucional, há necessidade de prestação de contas ou *accountabilities* judiciais institucional interna e comportamental. Mesmo tal Estatuto garantindo a auto-administração e auto-governo do Judiciário, sabe-se que é impreterível haver a fiscalização de todo poder, e é exatamente uma das funções do CNJ²⁵⁷.

O CNJ também possui a competência de expedir atos regulamentares, por força do inciso I do §4º do artigo 103-B da CF/88. Observa-se, então, que além das leis meramente formais previstas no artigo 59 da CF/88, existe o poder regulamentar do Presidente da República, nos moldes do artigo 84, IV da CF/88 e o poder regulamentar do CNJ pelo artigo 103-B, §4º, I da CF/88. Porém, a competência atribuída ao CNJ não é ilimitada. O poder regulamentar deste Órgão não pode i) estabelecer novos direitos e deveres, ii) criar regras gerais e abstratas e iii) restringir direitos fundamentais.

Assim, o poder regulamentar do CNJ nas palavras de Robl Filho,

Deve concretizar as leis formais já estabelecidas, por meio de uma função parecida com as leis medidas, no âmbito de sua competência (atuações financeiras e orçamentárias, cumprimento dos deveres judiciais e outras competências postas na Constituição e no Estatuto da Magistratura. Excepcionalmente, esse poder regulamentar poderia concretizar diretamente a Constituição Federal de 1988²⁵⁸.

Nesse sentido, esta dissertação vem a defender a possibilidade do CNJ, por meio das competências atribuídas pela Constituição Federal, efetivar mais ainda os direitos fundamentais, no caso específico o Direito à saúde, inserindo-se no debate à criação das normas orçamentárias, bem como podendo administrar a verba própria do Judiciário destinada ao fim exclusivo de dar cumprimento às ordens judiciais quando os demais Poderes não conseguirem suportar o ônus dessas decisões. Isso tudo será tratado nos próximos itens, mas desde já ao tratar das competências do CNJ, pode-se vislumbrar a implantação dessas ideias com uma interpretação integrativa do texto constitucional.

²⁵⁷ Idem. p. 238.

²⁵⁸ ROBL FILHO, I. N. **Conselho Nacional de Justiça – Estado Democrático de Direito e Accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 241.

Outro dispositivo legal que apresenta mais uma competência do CNJ é o inciso II do artigo 103-B da CF/88. Este prevê que o CNJ deve zelar pela observância do artigo 37 da CF/88 que regulamenta a Administração Pública. Trata-se de um artigo que estabelece o CNJ como fiscalizador do cumprimento dos relevantes princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, publicidade e eficiência. Assim, o CNJ deve fiscalizar os valores da Administração Pública e com isso pode, por meio da legalidade e eficiência, por em prática uma efetivação aos direitos fundamentais.

Para tanto, o CNJ publicou a Resolução 102/09 que impõe aos tribunais a divulgação das informações administrativas e financeiras a estes pertinentes. Tais informações abrangem i) gestões orçamentárias e financeiras, ii) informações de remuneração de funcionários, incluindo o quantitativo de funcionários efetivos e comissionados dentre outras.

Assim, por meio da Resolução 76/09, com a intenção de concretizar os princípios da Administração Pública como a publicidade, legalidade e eficiência e prestar informação sobre os dados estatísticos, além de efetivar a competência do CNJ em elaborar semestralmente relatórios estatísticos sobre processos e sentenças por ramo do Poder Judiciário, foi criado o Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário (SIESPJ). Dessa forma além das informações anteriormente citadas, os tribunais, também possuem o dever de informar ao CNJ estatísticas sobre i) insumos, dotações e graus de utilização (receitas, despesas e estrutura); ii) litigiosidade (carga de trabalho, taxa de congestionamento, recorribilidade e reforma das decisões); iii) acesso à justiça e iv) perfil das demandas, nos termos do artigo 14, I –IV da Resolução 76/09²⁵⁹.

Nesse sentido, verifica-se a atuação de “prestador e organizador de contas” do CNJ, o exercício de sua *accountability* judiciária e é por meio desta que a presente pesquisa defende a possibilidade deste Órgão se fazer presente no momento de criação da legislação orçamentária (Planos Plurianuais – Leis de Diretrizes Orçamentárias – Leis Orçamentárias Anuais), pois este, e somente este, pode quantificar objetivamente a realidade do Poder Judiciário fazendo com que os percentuais destinados a cada área específica (saúde, moradia e educação) de políticas públicas reflita os anseios constitucionais e a realidade/necessidade de cada área. Como o CNJ

²⁵⁹ ROBL FILHO, I. N. **Conselho Nacional de Justiça – Estado Democrático de Direito e Accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 242-43.

pode mensurar os tipos de demandas que chegam ao Judiciário como o direito à saúde, por exemplo, este Órgão deve se valer desses números e sanar o problema pela raiz. Em outras palavras, o CNJ estatisticamente pode comprovar o alto índice de demandas judiciais na área da saúde e com isso estruturar as leis orçamentárias com os demais Poderes para que os mesmos criem normas que atinjam a necessidade social e, com isso, diminua as demandas a serem resolvidas pelo Judiciário e satisfaça mais a população.

Não só nesse sentido deve o CNJ efetivar os direitos fundamentais, mas pode este Conselho criar um fundo do próprio Poder Judiciário para dar conta do fomento das decisões judiciais de políticas públicas que onerem o Estado, quando o Poder Executivo não conseguir suportar o ônus dessas decisões, conforme será visto a seguir. Isto tudo sem deixar de observar o princípio da separação de poderes. Aponta-se, oportunamente, que tais afirmações só foram possíveis de ser arquitetadas tendo em vista a Resolução 62/09 do CNJ que permite a este órgão firmar convênios com instituições de ensino superior jurídicas, e que está dando fruto ao presente trabalho de pesquisa de mestrado.

Ademais, além das resoluções mencionadas, o CNJ possui um assessoramento específico que organiza as estatísticas do Judiciário, o que reforça e guarda a observância dos valores da Administração Pública.

Nas palavras de Robl Filho,

Para auxiliar a presidência do CNJ na elaboração desse relatório, foi constituído o Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ), órgão de assessoramento técnico, pelos artigos 36 a 40 do RICNJ. Conforme visto no contexto de criação dos conselhos de justiça na América Latina por Hammergren, faltavam conhecimentos técnicos sobre administração, gerenciamento e capacidade para fazer diagnósticos verticais do judiciário pela cúpula diretiva dos tribunais. Ainda se observava a ausência de um corpo técnico qualificado para auxiliar na gestão, na análise e nas propostas de redesenho institucional do judiciário para a prestação de uma tutela judicial adequada.

No contexto brasileiro, de grande relevância social do judiciário, tornando esse poder bastante discutido pelos outros poderes e pela sociedade civil, fundamental é o próprio judiciário, por meio do seu conselho de justiça, refletir de maneira vertical e apresentar informações e propostas para discussão dos outros poderes e pela sociedade civil.

Constituem-se em objetivos do DPJ, estabelecido pela lei n. 11.364 de 2006, i) desenvolver pesquisas destinadas ao conhecimento da função jurisdicional brasileira, ii) promover diagnósticos e análises dos problemas estruturais e

conjunturais dos diversos ramos do judiciário, iii) opinar e formular pareceres conclusivos sobre matéria submetida pelos outros órgãos do CNJ, **iv) apresentar subsídios técnicos para estruturação de políticas públicas judiciárias** e v) disseminar informações e conhecimentos por publicações, seminários e outros meios, segundo art. 37 do RICNJ.

Para cumprir esses objetivos, o CNJ pode estabelecer vínculos com instituições públicas e privadas nacionais e internacionais, assim como firmar contratos com autoridades e pessoas físicas e jurídicas nacionais e internacionais, de acordo com o art. 38 do RICNJ. O DPJ terá um diretor executivo, um diretor de projetos, um diretor técnico e conselho consultivo, sendo este composto por nove membros indicados pelo presidente e aprovados pelo plenário entre professores de ensino superior e magistrados, nos termos do art. 39 do RICNJ.

Dentre as funções do conselho consultivo, deve-se registrar a emissão de opiniões sobre aspectos metodológicos e acerca de projetos de pesquisa, além de propor projetos relativos ao tema direito e sociedade, direito e política, direito e economia, reforma legal e judiciário, segundo o art. 40 do RICNJ. Para cumprimento dos seus objetivos, o Departamento de Pesquisas Judiciárias elaborou uma série de atividades (grifo meu)²⁶⁰.

Nesses termos, verifica-se mais uma vez a possibilidade do CNJ, por meio do DPJ, construir um trabalho de efetivação do direito à saúde, um trabalho organizado pelo Poder Judiciário, mas não na sua função típica, judicante, e sim na sua função administrativa-financeira por seu Conselho Nacional de Justiça, conforme as competências que lhes foram atribuídas pela Constituição Federal.

Nessa esteira, Robl Filho manifesta-se sobre o pensamento desenvolvido na presente pesquisa,

Foi desenvolvido o Cadastro Nacional de Entes Públicos – CNEP, responsável por padronizar a atuação processual da administração pública direta e indireta nas esferas municipal, estadual e federal. Esse cadastro permite uma melhor mensuração da litigância promovida pelo próprio Estado, além de constituir banco de dados relevante para que os agentes estatais e a sociedade civil discutam a forma, a quantidade e as razões da grande litigância da administração pública. O DPJ, responsável pela coordenação desse cadastro, cria instrumento **para aumentar as informações sobre o acesso à justiça do Estado, as quais são fundamentais para que a sociedade civil e a população** possam exercer a accountability sobre os agentes estatais litigantes, analisando se o Estado está utilizando adequadamente a jurisdição.

O DPJ é importante por acompanhar e auxiliar na implantação da Resolução n. 70 de 2009. Esse ato normativo cria o planejamento e a gestão estratégica do CNJ e dos demais órgãos do poder judiciário com exceção do STF.

²⁶⁰ ROBL FILHO, I. N. **Conselho Nacional de Justiça – Estado Democrático de Direito e Accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 247-48.

Há a necessidade de construção do plano estratégico do poder judiciário, por meio do plano estratégico nacional. A missão do plano é realizar a justiça, buscando o reconhecimento do judiciário como instrumento de justiça, equidade e paz social, segundo o art. 1º, I e II da Resolução n. 70.

Os valores que o judiciário deve prezar e buscar são: **i) credibilidade, ii) acessibilidade, iii) celeridade, iv) ética, v) imparcialidade, vi) modernidade, vii) probidade, viii) responsabilidades sociais e ambiental e transparência,** de acordo com o art. 1º, III, da Resolução n. 70. Esses valores informam como a instituição judiciária deve ser estruturada, assim como os magistrados e serviços auxiliares devem moldar seus comportamentos. Desse modo, são elementos de accountabilities judiciais institucional e comportamental²⁶¹.

Desse modo, para concretizar a finalidade última da justiça e os valores institucionais e comportamentais do Poder Judiciário, existem quinze objetivos separados em oito temas, no art. 1º, IV, da Resolução n. 70.

Vejamos.

O primeiro tema trata da eficiência operacional, mensurada pela garantia da agilidade nos trâmites judiciais e administrativos (objetivo 1) e pela busca de excelência na gestão dos recursos operacionais (objetivo 2, inclui-se aqui verbas próprias do Poder Judiciário, o que justifica a criação do “Fundo Judiciário de Direitos Sociais”, conforme o item 6.3).

Acesso à justiça constitui-se em segundo tema, devendo as instituições judiciárias facilitarem acesso à justiça (objetivo 3) e buscarem a efetividade das decisões judiciais (objetivo 4), entendendo-se que tal efetividade pode ser buscada dentro e fora da relação litigiosa. Assim poderá o CNJ se fazer presente na construção da legislação orçamentária com os demais Poderes para evitar ou amenizar as demandas ligadas à saúde).

Robl filho entende que,

A concretização do acesso à justiça representa um item fundamental no desenho institucional promovido pelos tribunais na utilização da independência institucional, constituindo-se em elemento para analisar a adequada utilização dessa independência (accountability judicial institucional). Também, o acesso à justiça representa um direito fundamental do cidadão que informa a leitura das leis e molda o comportamento judicial (accountability comportamental)²⁶².

²⁶¹ Idem. p. 249-50.

²⁶² ROBL FILHO, I. N. *Conselho Nacional de Justiça – Estado Democrático de Direito e Accountability*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 250.

Os temas terceiro e quarto concernem à responsabilidade social e ao alinhamento e integração. A responsabilidade social possui como objetivo 5 a promoção da cidadania.

Desse modo, é óbvio que o judiciário possui uma responsabilidade social de, por meio de suas decisões pautadas na livre interpretação das leis e da constituição (independência judicial de decisão), concretizar os direitos dos cidadãos. O parâmetro de concretização da cidadania representa um elemento de *accountability* institucional que informa a maneira pela qual a independência judicial deve ser exercida, o que reforça mais ainda o defendido nessa dissertação.

Sobre o alinhamento e a integração, os objetivos são garantir o alinhamento estratégico em todas as unidades do judiciário (objetivo 6) e fomentar a interação e a troca de experiências entre os órgãos da justiça e tribunais nacionais, assim como internacionais (objetivo 7). Garantir o alinhamento dos órgãos do judiciário à missão, aos valores e aos objetivos do plano estratégico significa garantir que a independência institucional dos tribunais seja informada pelo plano estratégico.

O próximo tema remete à atuação institucional que possui como elementos o fortalecimento e harmonização das relações entre poderes, setores e instituições (objetivo 8), A referida harmonia entre poderes pode petrificar-se com o diálogo aberto entre o CNJ e o Poder Legislativo na construção das leis orçamentárias para políticas públicas e com o Poder Executivo quanto à criação do “Fundo Judiciário de Direitos Sociais” para que não haja quebra e falta de cumprimento do orçamento público em aplicação), disseminar valores éticos e morais por meio da atuação institucional (objetivo 9) e aprimorar a comunicação com o público externo (objetivo 10).

Não se pode esquecer, de outro lado, que os três poderes instituídos possuem como função última a concretização da democracia constitucional no Estado Democrático de Direito. Apesar das tensões naturais entre os poderes e os agentes estatais, não se pode olvidar da necessidade de também buscar harmonia entre os agentes estatais para concretizar elementos do Estado Democrático de Direito brasileiro, tal qual a efetivação dos direitos sociais.

Os temas seis e sete representam a gestão de pessoas, infraestrutura e tecnologia cujos objetivos são desenvolver conhecimentos, habilidades e atitudes de magistrados e servidores

auxiliares (11), motivar e comprometer os magistrados e servidores com a estratégia (12), garantir a infraestrutura apropriada (13) e garantir a disponibilidade de sistemas de tecnologia da informação (14).

Por fim, o último tema centra-se no orçamento, determinando como objetivo quinze a existência de recursos para colocar em prática o plano estratégico. No que se refere à implantação deste último, os tribunais subordinados ao CNJ, necessitam construir seus planos estratégicos, seguindo as diretrizes estabelecidas no plano estratégico nacional, de acordo com o art. 2º da resolução 70 do CNJ.

Esses planos devem possuir a vigência mínima de cinco anos. Ainda, os planos estratégicos dos tribunais necessitam de: i) pelo menos um indicador de resultado para cada objetivo, ii) metas de curto, médio e longo prazos em cada um dos objetivos e iii) projetos e ações para atingir as metas fixadas, segundo o art. 2º, § 1º, da Resolução n. 70.

Desse modo, resta evidente que a criação do CNJ constituiu mais um órgão no ordenamento jurídico constitucional brasileiro com um poder/dever de efetivação dos direitos fundamentais.

6.2 ATUAÇÃO DO CNJ: MOMENTO ANTERIOR À APROVAÇÃO DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS

Antes de adentrar na atuação do CNJ na construção do processo normativo orçamentário faz-se necessário apresentar os trabalhos desenvolvidos por esse Órgão na seara da saúde, direito fundamental social que representa o recorte metodológico do presente trabalho, a fim de defender a efetivação desse direito pelo referido Conselho.

Vejamos.

Em abril e maio de 2009 o STF realizou a Audiência Pública n. 4 para discutir as questões relativas às demandas judiciais referentes ao fornecimento de prestações de saúde.

Nessa oportunidade, juristas e estudiosos do Direito e membros da sociedade, após vários debates, constataram as carências e deficiências na efetivação do direito à saúde. Foi registrado pelo STF²⁶³ que essas carências são resultados da falta de eficiência da prestação jurisdicional e a qualidade das políticas públicas existentes, tais como: a falta de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas; a generalizada concessão de provimentos judiciais de urgência, sem audiência dos gestores dos sistemas responsáveis por aquelas políticas, mesmo quando essa audiência não oferece qualquer risco de afetar o direito em causa, porém sua falta é tendente a prejudicar a sustentabilidade do SUS; e a necessidade maior de difusão de conhecimentos entre os magistrados a respeito das questões técnicas que se originam ou são refletidas nas demandas por prestações de saúde, inclusive aquelas que resultam da *interatuação* do SUS e as organizações privadas²⁶⁴.

A referida Audiência Pública foi a razão principal para que o CNJ se engajasse para instituir o Fórum Nacional da Saúde, o que fez em 2010 por meio da Resolução 107/10. Para criação do referido Fórum Nacional, o CNJ mobilizou uma equipe técnica especial.

Milton Nobre discorre sobre essa mobilização após a Audiência Pública n. 4 no STF,

A evidente repercussão que essas e outras questões correlatas têm no âmbito da administração da justiça e, sobretudo, os seus desdobramentos no que compete o CNJ planejar e controlar para torná-la mais célere, acessível e, consequentemente, mais eficiente, levou o Conselho, por meio de ato do seu então Presidente, Ministro Gilmar Mendes, a designar, pela Portaria n. 650/09, um grupo de trabalho, formado por magistrados e especialistas para realizar estudos e propor medidas visando aperfeiçoar a prestação jurisdicional em matéria de assistência à saúde²⁶⁵.

O Fórum Nacional da Saúde resultou na Recomendação n. 31/10 do CNJ que indica aos demais órgãos do Judiciário a adotarem medidas práticas, visando subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, de modo a assegurar melhor qualidade e eficácia na solução das demandas judiciais pertinentes ao direito à saúde.

²⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública – Saúde**. Brasília: Livraria do Supremo, 2009. p. 30 e ss.

²⁶⁴ NOBRE, M. A. DE B. . Da Denominada “Judicialização da Saúde”: Pontos e Contrapontos. In. NOBRE, M. A. DE B.; DA SILVA, R. A. D. (Coords.) **O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 354.

²⁶⁵ NOBRE, M. A. DE B. . Da Denominada “Judicialização da Saúde”: Pontos e Contrapontos. In. NOBRE, M. A. DE B.; DA SILVA, R. A. D. (Coords.) **O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 354.

Nas palavras de Milton Nobre,

A respeito da Recomendação n. 31/2010, merece ser dado especial relevo, ainda que de passagem, à parte que se dirige aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais com a finalidade de instruí-los a orientar, através de suas Corregedorias, os magistrados que lhes sejam vinculados a que: 1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, nos quais estejam contidas a descrição da doença, inclusive Classificação Internacional da Doença (CID), a prescrição de medicamentos, com descrição genérica ou princípio ativo, os produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata. 2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; 3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência; 4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes são integrantes de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento; 5) determinem, no momento da concessão da medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas²⁶⁶.

Além dessas recomendações e orientações, resta claro a preocupação do CNJ, oriunda de um desdobramento daquela Audiência Pública promovida pelo STF, com o direito fundamental da saúde. Dessa feita, o CNJ, no exercício das competências constitucionais, busca uma atuação consciente e planejada do Poder Judiciário com a razão última de alcançar maior eficiência e rapidez na prestação jurisdicional referente às chamadas demandas de saúde.

Essa preocupação, porém, parece transcender do âmbito processual, para existir uma atuação do CNJ além das demandas judiciais à saúde, ou melhor antes da ocorrência dessas demandas, buscando resolver os problemas de políticas públicas no campo orçamentário.

Vejamos.

No capítulo IV, foi apresentado o funcionamento do orçamento brasileiro, trazendo à tona três espécies normativas orçamentárias: Plano Plurianual (PPA) – Lei de Diretriz Orçamentárias (LDO) – Leis Orçamentárias Anuais (LOA).

Com isso, a título relembração o PPA define as prioridades do governo por um período de quatro anos, devendo conter "as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal

²⁶⁶ NOBRE, M. A. DE B. Da Denominada “Judicialização da Saúde”: Pontos e Contrapontos. In. NOBRE, M. A. DE B.; DA SILVA, R. A. D. (Coords.) **O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 355.

para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração permanente.

A LDO, por sua vez, tem como a finalidade, entre outras, orientar a elaboração dos orçamentos fiscais e da seguridade social e de investimento do Poder Público, incluindo os poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e as empresas públicas e autarquias, visando sintonizar a Lei Orçamentária Anual com as diretrizes, objetivos e metas da administração pública, estabelecidas no Plano Plurianual.

Por fim, a LOA estima as receitas e autoriza as despesas do Governo de acordo com a previsão de arrecadação. Havendo a necessidade de gastar além do previsto durante o exercício financeiro, o Poder Executivo precisa, obrigatoriamente, submeter ao Congresso Nacional um novo projeto de lei solicitando crédito adicional.

No mesmo capítulo se concluiu que no Brasil o plano orçamentário é autorizativo e não vinculativo. Logo, o Executivo e o Legislativo não são atrelados e condicionados à lei orçamentária, o que possibilita previsão de garantias a direitos sociais sem que haja prática de efetivá-las.

Verificou-se, ainda, que este mecanismo orçamentário existe para permitir que o Executivo tenha maior flexibilidade de atuação com o fim último de alcançar e atender todas as necessidades reais da sociedade. Todavia, sabe-se que esta intenção que fundamentou o orçamento autorizativo está longe de ser cumprida, pois, na prática, se depara com um superávit dos cofres públicos, muito devido a não atuação do Poder gestor da nação e consequentemente uma não integração normativa à Constituição Federal.

Ademais, foi verificado também que os percentuais de cada ente federativo destinado à saúde encontram-se aquém do necessário para se ter uma política de saúde pública séria e efetiva.

Assim, conforme já pincelado anteriormente nesse capítulo, a presente dissertação defende que o Conselho Nacional de Justiça pode ter uma participação expressiva na construção do orçamento público sem que ocorra um desrespeito ao princípio da separação de poderes.

O que se propõe é que o CNJ, com base no seu regimento interno e nas resoluções previamente apresentadas, dialogue e atue conjuntamente com o Poder Legislativo no momento da criação das leis orçamentárias. O CNJ possui, em números, a quantidade das demandas judiciais nacionais que envolvem o direito à saúde e, com isso, pode expressar em valores, em medicamentos, em exames para diagnósticos, em internações, em procedimentos cirúrgicos e em assistência, de um modo geral, as reais necessidades da sociedade.

Observa-se que os referidos números acima são do Poder Judiciário, o que significa dizer, com base na separação de poderes, que estes refletem a falta de atuação dos demais Poderes na área da saúde ou uma atuação insatisfatória dos mesmos. Logo, o CNJ tem o dever de apresentar esses dados ao Poder Legislativo para que, com base nos dados da criação da legislação orçamentária passada, possa adequar a legislação orçamentária a ser aprovada com os problemas sociais, a fim de que haja uma integração normativa da Constituição às normas orçamentárias, com a razão fim de satisfazer, na prática, os direitos fundamentais, o que viabiliza uma aplicabilidade imediata pelo Poder Público.

Assim, reitera-se que o CNJ pode e deve servir de instrumento dotado de competência constitucional para efetivar os direitos fundamentais junto aos demais Poderes. Conforme estudado na teoria de separação de poderes contemporânea e nos limites da competência do CNJ, poderá o referido órgão atuar para o aprimoramento dos direitos fundamentais no processo legislativo orçamentário, propondo percentuais orçamentários que traduzam a realidade brasileira, debatendo com o Poder Legislativo e recomendando a adoção de posturas ativas para a solução do problema em questão.

6.3 O CNJ COMO FOMENTADOR FINANCEIRO DO JUDICIÁRIO EM SEDE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIMITES

Muito se discutiu quanto aos limites da atuação do CNJ com base nas competências constitucionais que lhes foram conferidas. O item 6.1 tratou da legitimidade, da constituição e na atuação do CNJ, tudo isto com base na separação de poderes.

Assim, percebe-se a importância do capítulo I, que trouxe considerações, tradicionais até a contemporânea, de separação de poderes, a qual o presente estudo defende. Esta teoria, este princípio conhecido como separação de poderes, apresentado e desenvolvido neste capítulo instrumental, garante, na verdade, uma separação de funções, já que existe a unicidade do poder.

Com isso, é certo afirmar que o Poder Judiciário pode excepcionalmente valer-se atipicamente de funções dos demais Poderes, assim como estes podem fazer o mesmo das funções típicas do Poder Judiciário, sem que haja uma quebra no referido princípio.

Nesse sentido, a presente dissertação envolvida em um contexto deficitário do cumprimento dos direitos fundamentais postos na Constituição Federal, propõe que o Conselho Nacional de Justiça sirva como mais um meio, mais uma fonte efetivadora desses direitos basilares ao homem. Não se quer dizer que a efetivação dos direitos fundamentais deva ser cumprida única e exclusivamente pelo Poder Judiciário, tanto na sua função típica ou atípica por meio do CNJ.

Não é isso.

Os direitos fundamentais devem ser regulamentados em leis condizentes com os ditames constitucionais pelo Poder Legislativo e postos em execução pelo Poder Executivo, sem que o Judiciário tenha que intervir. Todavia, como não é nesse cenário utópico em que se vive, questões como separação de poderes, limites, reserva do possível, mínimo existencial e legitimidade do Judiciário vêm à tona. Diante dessa realidade prática que busca-se propor uma produção teórica que possa ser utilizada para amenizar a inefetividade dos direitos fundamentais, tal qual o direito à saúde.

Já se tem bem assentado a legitimidade do Judiciário em decidir questões de políticas públicas, as chamadas “judicialização das políticas”, bem como o Judiciário atuar por meio do CNJ para efetivar direitos. O que se precisa concretizar cada vez mais é como o CNJ pode e deve servir como mais um agente efetivador dos direitos fundamentais.

Vejamos.

A EC 45/04 e EC 61/09 da Constituição Federal instituíram e regulamentaram, respectivamente, o Conselho Nacional de Justiça no Brasil, conferindo-lhe a competência de

órgão administrativo e financeiro do Poder Judiciário e de cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, que ainda precisa ser regulamentado, podendo concretizar as propostas do presente trabalho dissertativo.

Assim, as funções administrativas e financeiras do CNJ podem ir além do caráter de fiscalização.

Os dispositivos transcritos abaixo, auxiliam para aclarar o ponto de vista que ora se propõe.

Resolução nº 102, de 15 de dezembro de 2009 CNJ

Dispõe sobre a regulamentação da publicação de **informações alusivas à gestão orçamentária e financeira**, aos quadros de pessoal e respectivas estruturas remuneratórias dos tribunais e conselhos.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições legais e regimentais,

CONSIDERANDO que **competes ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário conforme o artigo 103-B, parágrafo 4º, VI, da Constituição Federal;**

CONSIDERANDO que a **Administração Pública rege-se pelos princípios estabelecidos no artigo 37 da Constituição Federal, e que a publicação de informações alusivas à gestão orçamentária e financeira dos tribunais e conselhos promove a transparência da gestão e constitui valioso mecanismo de controle social;**

CONSIDERANDO que o **disposto nos §§ 4º, 5º e 6º do art. 122 da Lei nº 12.017, de 12 de agosto de 2009, que "dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2010 e dá outras providências"**, implica definições que impactarão a forma de publicação das informações referidas na Resolução nº 79, de 9 de junho de 2009;

CONSIDERANDO a **necessidade de padronizar a apresentação das informações, de modo a lhes conferir inteligibilidade e comparabilidade em benefício da eficácia do controle social sobre os gastos públicos;**

CONSIDERANDO que a **padronização da apresentação das informações alusivas à gestão orçamentária e financeira dos tribunais e conselhos permitirá a construção de indicadores de eficiência e mecanismos de comparação entre os órgãos jurisdicionados;**

CONSIDERANDO o disposto no art. 78 da Lei nº 12.017, de 12 de agosto de 2009;

CONSIDERANDO o disposto na Resolução nº 88, de 8 de setembro de 2009; e

CONSIDERANDO o decidido nos autos do procedimento Ato nº 200910000060870, Numeração Única 0006087-84-2009.2.00.0000, na 96ª Sessão Ordinária, realizada no dia 15 de dezembro de 2009;

RESOLVE:

Art. 1º Os tribunais indicados nos **incisos II a VII do Art. 92 da Constituição Federal, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho da Justiça Federal publicarão, em seus sítios na rede mundial de computadores e encaminharão ao Conselho Nacional de Justiça, observados as definições e prazos constantes desta Resolução:**

I - os dados de sua gestão orçamentária e financeira, na forma dos Anexos I e II desta Resolução;

Resolução nº 76, de 12 de maio de 2009 CNJ

Dispõe sobre os princípios do Sistema de Estatística do Poder Judiciário, estabelece seus indicadores, fixa prazos, determina penalidades e dá outras providências.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições,

CONSIDERANDO competir ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário conforme o artigo 103-B, § 4º, VI, da Constituição Federal;

CONSIDERANDO que, **nos termos do disposto no artigo 103-B, § 4º, VII, da Constituição Federal, compete ao Conselho Nacional de Justiça elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no país e as atividades do Conselho;**

CONSIDERANDO reger-se a **Administração Pública pelos princípios estabelecidos no artigo 37 da Constituição Federal e constituírem as estatísticas do Poder Judiciário meio para a formulação do planejamento estratégico do Poder Judiciário;**

CONSIDERANDO que a Resolução CNJ nº 4, de 16 de agosto de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, instituiu o Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário, com o objetivo de concentrar, analisar e consolidar os dados a serem obrigatoriamente encaminhados por todos os órgãos do Poder Judiciário do país;

CONSIDERANDO a necessidade de regulamentar os critérios, os conceitos, os prazos e aperfeiçoar o Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário - SIESPJ regulamentado pela Resolução CNJ nº 15, de 20 de abril de 2006;

CONSIDERANDO determinar a Resolução CNJ nº 49, de 18 de dezembro de 2007, a criação de Núcleo de Estatística e Gestão Estratégica, unidade administrativa competente para geração, consolidação e análise crítica dos dados estatísticos de cada órgão do Poder Judiciário;

CONSIDERANDO a importância das estatísticas para fundamentar decisões em matéria de políticas públicas do Poder Judiciário,

RESOLVE:

CAPÍTULO I

DO SISTEMA DE ESTATÍSTICAS DO PODER JUDICIÁRIO NACIONAL

Seção I

Das Disposições Gerais

Art. 1o. **O Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário - SIESPJ, coordenado pelo Conselho Nacional de Justiça, é integrado pelos tribunais indicados nos incisos II a VII do Art. 92 da Constituição Federal.**

Parágrafo único. Os dados do SIESPJ devem ser obrigatoriamente informados pela Presidência dos Tribunais.

Art. 2º. O SIESPJ é regido pelos princípios da publicidade, eficiência, transparência, obrigatoriedade de informação dos dados estatísticos e presunção de veracidade dos dados estatísticos informados pelos Tribunais e pela atualização permanente dos indicadores conforme aprimoramento da gestão dos Tribunais.

Art. 14. O SIESPJ abrange os indicadores estatísticos fundamentais dispostos nas seguintes categorias:

I - Insumos, dotações e graus de utilização: a) Receitas e despesas; b) Estrutura. **II - Litigiosidade:**a) Carga de trabalho; b) Taxa de congestionamento; c) Recorribilidade e reforma de decisões. **III - Acesso à Justiça; IV - Perfil das Demandas.**

Resolução nº 70, de 18 de março de 2009 CNJ

Dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais, e

CONSIDERANDO competir ao **Conselho Nacional de Justiça, como órgão de controle da atuação administrativa e financeira dos tribunais, a atribuição de coordenar o planejamento e a gestão estratégica do Poder Judiciário;**

CONSIDERANDO a unicidade do Poder Judiciário, a exigir a implementação de diretrizes nacionais para nortear a atuação institucional de todos os seus órgãos;

CONSIDERANDO que os Presidentes dos tribunais brasileiros, reunidos no I Encontro Nacional do Judiciário, deliberaram pela elaboração de Planejamento Estratégico Nacional, a fim de aperfeiçoar e modernizar os serviços judiciais;

CONSIDERANDO o trabalho realizado nos 12 (doze) Encontros Regionais, consolidado no Plano Estratégico apresentado e validado no II Encontro Nacional do Judiciário, realizado em 16 de fevereiro de 2009, na cidade de Belo Horizonte - MG;

CONSIDERANDO a aprovação, no II Encontro Nacional do Judiciário, de 10 Metas Nacionais de Nivelamento para o ano de 2009;

CONSIDERANDO a necessidade de se conferir maior continuidade administrativa aos tribunais, independentemente das alternâncias de seus gestores;

CONSIDERANDO determinar a Resolução CNJ n.º 49, de 18 de dezembro de 2007, a criação de Núcleo de Estatística e Gestão Estratégica, unidade administrativa competente para elaborar, implementar e gerir o planejamento estratégico de cada órgão da Justiça.

RESOLVE:

CAPÍTULO I

DO PLANEJAMENTO E DA GESTÃO ESTRATÉGICA

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Fica instituído o Planejamento Estratégico do Poder Judiciário, consolidado no Plano Estratégico Nacional consoante do Anexo.

I - desta Resolução, sintetizado nos seguintes componentes: **I - Missão: realizar justiça.** II - Visão: ser reconhecido pela Sociedade como instrumento efetivo de justiça, equidade e paz social. III - Atributos de Valor Judiciário para a Sociedade: a) credibilidade; b) acessibilidade; **c) celeridade;** d) ética; e) imparcialidade; f) modernidade; g) probidade: **h) responsabilidade Social** e Ambiental; i) transparência.

IV - **15 (quinze) objetivos estratégicos,** distribuídos em 8 (oito) temas: a) Eficiência Operacional: **Objetivo 1. Garantir a agilidade nos trâmites judiciais e administrativos;** **Objetivo 2. Buscar a excelência na gestão de custos operacionais;** b) Acesso ao Sistema de Justiça: **Objetivo 3. Facilitar o acesso à Justiça;** **Objetivo 4. Promover a efetividade no cumprimento das decisões;** c) Responsabilidade Social: **Objetivo 5. Promover a cidadania;** d) Alinhamento e Integração: **Objetivo 6. Garantir o alinhamento estratégico em todas as unidades do Judiciário;** **Objetivo 7. Fomentar a interação e a troca de experiências entre Tribunais nos planos nacional e internacional;** e) Atuação

Institucional: **Objetivo 8. Fortalecer e harmonizar as relações entre os Poderes, setores e instituições;** Objetivo 9. Disseminar valores éticos e morais por meio de atuação institucional efetiva; Objetivo 10. Aprimorar a comunicação com públicos externos; f) Gestão de Pessoas: Objetivo 11. Desenvolver conhecimentos, habilidades e atitudes dos magistrados e servidores; Objetivo 12. Motivar e comprometer magistrados e servidores com a execução da Estratégia; g) Infraestrutura e Tecnologia: Objetivo 13. Garantir a infraestrutura apropriada às atividades administrativas e judiciais; Objetivo 14. Garantir a disponibilidade de sistemas essenciais de tecnologia de informação; h) Orçamento: **Objetivo 15. Assegurar recursos orçamentários necessários à execução da estratégia;**

DO DEPARTAMENTO DE PESQUISAS JUDICIÁRIAS - DPJ

Regimento Interno CNJ - Art. 36. O DPJ é órgão de assessoramento técnico do CNJ.

Art. 37. Constituem objetivos do DPJ: I - subsidiar a Presidência na elaboração do relatório anual do CNJ, na forma do disposto no inciso VII do § 4º do art. 103-B da Constituição Federal; II - **desenvolver pesquisas destinadas ao conhecimento da função jurisdicional brasileira;** III - **realizar análise e diagnóstico dos problemas estruturais e conjunturais dos diversos segmentos do Poder Judiciário;** IV - elaborar relatórios conclusivos e opinar sobre matéria que lhe seja submetida pelo Plenário, pelo Presidente, pelo Corregedor Nacional de Justiça, por Conselheiro ou pelas Comissões; V - **fornecer subsídios técnicos para a formulação de políticas judiciárias;** VI - disseminar informações e conhecimentos por meio de publicações, seminários e outros veículos.

Art. 38. Para a consecução dos objetivos institucionais do DPJ, o CNJ poderá: I - estabelecer vínculos de cooperação e intercâmbio com quaisquer órgãos e entidades públicas ou privadas, nacionais, estrangeiras ou multinacionais, no campo de sua atuação; II - celebrar contratos com autoridades públicas nacionais ou estrangeiras e pessoas físicas e jurídicas especializadas nos assuntos que lhe sejam submetidos a exame.

Art. 39. O DPJ será dirigido por 1 (um) Diretor Executivo, 1 (um) Diretor de Projetos e 1 (um) Diretor Técnico, sob a coordenação do primeiro, e disporá, em sua estrutura, de um Conselho Consultivo composto de nove (9) membros cujas competências serão fixadas em regulamento a ser editado pelo Plenário. § 1º Os membros do Conselho Consultivo do DPJ serão indicados pela Presidência e aprovados pelo Plenário do CNJ, devendo obrigatoriamente a escolha recair sobre professores de ensino superior e magistrados, em atividade ou aposentados e com reconhecida experiência nas atividades do Poder Judiciário. § 2º A participação no Conselho Consultivo não será remunerada.

Art. 40. Compete ao Conselho Consultivo: I - opinar sobre estudos, relatórios, análises e pesquisas que o DPJ lhe submeter; II - opinar sobre as diretrizes metodológicas e os projetos de pesquisas desenvolvidos no DPJ; III - examinar e opinar sobre a celebração de convênios e acordos que envolvam as informações contidas nos bancos de dados do Poder Judiciário nacional e nos seus arquivos; IV - propor estudos e projetos nas áreas temáticas relativas a Direito e Sociedade, Direito e Política, Direito e Economia, Reforma Legal e do Judiciário, bem como em outras áreas que atendam aos interesses do CNJ; V - fazer proposições a respeito das linhas de pesquisa desenvolvidas e suas

diretrizes metodológicas; VI - apoiar a Diretoria do DPJ em suas relações com as comunidades científicas nacional e internacional; VII - dar parecer sobre qualquer quesito que a Diretoria do DPJ lhe submeter; VIII - elaborar seu regulamento, a ser submetido à aprovação do Plenário do CNJ.

Dessa forma, torna-se evidente que o CNJ pode efetivamente participar do processo legislativo orçamentário como representante do Poder Judiciário para o aprimoramento da expedição normativa orçamentária, tendo em vista a não usurpação de competência constitucional, a não ofensa à separação de poderes e em conformidade com o Regimento Interno do CNJ e suas Resoluções.

Ademais, tendo em vista o alto grau de importância que possuem os direitos fundamentais, no presente estudo o direito à saúde, defende-se, ainda, a possibilidade do CNJ, com base na legislação apresentada servir de fomentador financeiro do Judiciário.

Isso quer dizer que o CNJ pode criar um fundo específico para, quando necessário, efetivar os direitos à saúde. Esta possibilidade não é ilimitada e sem critério.

Defende-se que o CNJ deve instituir o “Fundo Judiciário de Direitos Sociais” para efetivar as demandas judiciais à saúde levadas ao Judiciário, na exclusiva hipótese do Poder Executivo não ter as condições fáticas de cumprir uma determinada decisão.

Existem critérios para tanto.

O pleiteante de medicamentos, por exemplo, ao ter seu pedido deferido pode se valer de verba pública do próprio Poder Judiciário, oriunda do referido fundo, desde que o titular para cumprimento desta decisão não possa arcar com este ônus, sob pena de prejudicar irreparavelmente o orçamento já estabelecido.

Percebe-se, então, que o que se defende é: diante da comprovação fática e em última instância, pelo Poder Executivo, valendo-se do argumento da *reserva do possível* de não ter as condições fáticas de cumprir uma ordem judicial de política pública atinente à saúde, não deverá o pleiteante ter seu direito frustrado, pela fundamentalidade que possui. Deverá então o próprio Poder Judiciário, em casos de grande excepcionalidade como o narrado, se valer do “Fundo Judiciário de Direitos Sociais” para fomentar o cumprimento de uma ordem judicial, o reconhecimento de um direito e a preservação da vida e dignidade humana do pleiteante.

Por todo o exposto, pensa-se, veementemente, que caberá ao CNJ exercer a função de fomentador do Judiciário, nos casos especificados e nos limites propostos devendo esta função ser disciplinada pelo Estatuto da Magistratura, sem romper com a separação de poderes e as competências constitucionais conferidas.

Por fim, reitera-se a importância de promover a saúde no Brasil, requerendo-se, a partir do seu arranjo institucional baseado em normas programáticas, uma integração legislativa à Constituição Federal e uma atuação consciente do Poder Judiciário na produção de políticas públicas. Defende-se, assim, caber a este Poder, por meio do seu órgão administrativo-financeiro, o CNJ, inserir-se no debate prévio à aprovação da lei orçamentária anual, no sentido de garantir que o orçamento seja planejado de forma a garantir a efetividade das decisões judiciais que satisfaçam direitos fundamentais. Afirma-se, ainda, que há a possibilidade do CNJ criar um fundo de reserva orçamentário para o fomento e efetivação das decisões judiciais ligadas a direitos fundamentais (direito à saúde), após verificação dos limites propostos.

Desse modo, a pretensão dessa dissertação será exaurida com a apresentação e adoção de ao menos um mecanismo de amenização ou solução ao problema da efetivação dos direitos fundamentais (sociais) no Brasil, conforme todo o exposto.

6.4 ADOÇÃO DE MECANISMOS CRITERIOSOS CAPAZES DE PROMOVER UMA SOLUÇÃO

No presente tópico, entendeu-se de grande importância para a finalidade proposta nesse estudo, elencar possíveis mecanismos capazes de promover uma solução para a problemática do direito à saúde e dos direitos fundamentais como um todo.

1. Assim, tem-se como espinha dorsal para construção do pensamento ora desenvolvido que a forma de interpretação dos direitos sociais é o primeiro mecanismo de solução ao problema. Os direitos sociais necessitam, obrigatoriamente, de serem vistos como direitos fundamentais o que, conseqüentemente, leva à aplicação do §1º do artigo 5º

da Constituição Federal, que preconiza uma aplicabilidade imediata a estes direitos. Logo, já se tem trilhado o elemento norteador constitucional.

2. Com a falta de cumprimento, ou cumprimento deficitário desse elemento norteador pelos Poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário é chamado para decidir. Percebe-se então, nesses conflitos judiciais, a presença de três elementos i) a Administração Pública como uma das partes litigantes ii) a predominância do interesse geral, transcendendo os limites das demandas individuais e iii) a necessidade de prova científica especializada (farmacêutica, médica, gestão de saúde, inclusive como apoio ao controle jurisdicional da discricionariedade técnica. Infere-se, desse modo, que as ações judiciais sobre essa matéria são em regra de cunho individual ou que torna incompatível o meio processual utilizado com a natureza coletiva das demandas. Assim como mecanismo criterioso, propõe-se uma mudança dos instrumentos processuais vigentes no Brasil para que exista um trabalho técnico-jurídico desenvolvido pelo Ministério Público e Defensoria Pública na órbita coletiva.
3. Outro mecanismo de imensa importância ligado umbilicalmente ao anterior é destinado ao Judiciário. Não se pode misturar as naturezas das demandas de políticas públicas ligadas à saúde proferindo decisões de justiça retributiva ou bilateral ao invés de decisões de macro-justiça, ou seja, justiça distributiva.
4. Além das decisões de justiça distributiva, o Judiciário em matéria de direito público à prestação de serviços e produtos de saúde, ao reconhecer o comando judicial apenas em favor dos demandantes significa fragmentar, ou mesmo desestruturar, o sistema público de saúde, trazendo à tona um sistema excludente das minorias, daqueles que não tem acesso à justiça e romper a ideia de um modelo de saúde universal e igualitário. Logo deve o Judiciário se valer do mecanismo de decidir estas questões uma única vez e com eficácia *erga omnes*.
5. Anterior ao ingresso das demandas no Judiciário, órgãos públicos, como o Ministério Público e Defensoria Pública, devem se espelhar no mecanismo pioneiro de efetividade utilizado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que desde 2008, procurou a Secretaria de Saúde do Estado para se chegar a uma solução muito exitosa até o momento. Instalou-se nas dependências da Defensoria um serviço de

- triagem por técnicos da saúde com o fim de separar os casos de dispensa de medicamentos obrigatórios daqueles de alto custo. Na primeira hipótese, os pacientes eram encaminhados diretamente para a farmácia pública na qual se tinha a certeza da dispensa administrativa, evitando um sem número de ações judiciais. Nos casos de medicamento de alto custo foi adotado um procedimento por meio do qual o Estado de São Paulo reconheceu a necessidade da dispensa igualmente pela via administrativa, desde que observados alguns procedimentos. Com isso, o número de demandas judiciais nos municípios de São Paulo diminuiu em quase 80% e a Secretária de Saúde relatou a diminuição de seus custos com a adoção desse modelo.
6. Semelhante a isso, e objeto central dessa dissertação de mestrado, o CNJ também deve ter uma participação ativa na efetividade do direito à saúde. Deve-se adotar como mecanismo criterioso a presença desse Órgão na criação da legislação orçamentária, devendo os demais poderes levarem em consideração os números estatísticos que o CNJ os apresentar, a fim de que tais legislações tenham uma efetiva integração às normas constitucionais e seus percentuais destinados à saúde reflita a real necessidade da população.
 7. Não menos importante ou legítimo, deve o CNJ, com base na sua competência constitucional de órgão administrativo e financeiro do Judiciário, criar um fundo de reserva orçamentário próprio desse Poder, o “Fundo Judiciário de Direitos Sociais” para que nas questões específicas e de excepcionalidade de direitos sociais, onde o Poder Executivo, comprovadamente, não conseguir arcar com o ônus de uma decisão judicial de políticas públicas, poder este fundo amparar o pleiteante do seu direito constitucionalmente reconhecido, observando a teoria de separação dos poderes contemporânea.

Dessa forma, tais mecanismos criteriosos elencados podem solucionar o grande dilema em volta dos direitos à saúde ou ao menos amenizar essa problemática, trazendo pelo CNJ uma maior efetividade desses direitos fundamentais.

Por tanto, se acredita que o Conselho Nacional de Justiça, como bem fez em 2010, deverá organizar o 2º Fórum Nacional da Saúde a fim de que se meça os avanços dos últimos três anos e

se propague maiores aprimoramentos nessa área, acatando, eventualmente as soluções ora propostas.

7 CONCLUSÃO

Conclui-se que deve-se manter sempre em mente que a separação de poderes na modernidade não se traduz em um princípio estanque, passível de relativização, o que significa dizer que os Poderes podem atuar de forma atípica em funções tipicamente de outro Poder, desde que esse exercício seja feito de forma harmônica e equilibrada.

Não se pode esquecer, ainda, que os direitos sociais não correspondem apenas aos direitos positivos (demandam prestações ativas estatais), mas também às liberdades sociais, como a liberdade de sindicalização, o direito de greve, a garantia do salário-mínimo etc.²⁶⁷ Os direitos sociais representam a pilar central para o gozo dos direitos individuais de liberdades, de modo que promova a igualdade real e aumente as condições de realizações das liberdades individuais²⁶⁸.

Nessa linha de pensar, resta patente, por todo o exposto, a interdependência desses direitos, pois os mesmos só funcionam se estiverem concomitantemente garantidos. Nos moldes do processo de conscientização para afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais e que sua eficácia necessariamente depende da inter-relação com os direitos civis e políticos, muitos embates ocorreram até que se alcançasse esse entendimento. Na mesma esteira, vislumbra-se que cada vez mais os direitos sociais vão deixar de ter sua justiciabilidade questionada, de modo que o magistrado, por sua vez, tendo em mente os problemas de distribuição de bens e serviços básicos no país, saberá diferenciar as concepções entre *justiça comutativa* e *justiça distributiva*.

Nesse panorama, ratifica-se que os direitos sociais precisam ter a plena eficácia da norma, sob pena de depender de uma regulação ordinária e, possivelmente, nunca gozar da eficácia que merecem.

Isto posto, espera-se que o Poder Judiciário, representado por seu Pretório Excelso se engaje em decisões de políticas públicas sem nenhuma restrição, superando um dogma até então enraizado no ordenamento jurídico pátrio. O que não significa dizer que a garantia desses direitos dependa unicamente desse Poder: aliás, sustenta-se que o órgão judicante só deve atuar para disciplinar as políticas públicas quando os demais Poderes não as fizerem, de modo que

²⁶⁷SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.41.

²⁶⁸SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p. 285 e ss.

atingido este marco socialmente desejado, incumbirá ao Judiciário o controle do cumprimento das mesmas. Afinal, o Estado Democrático de Direito mantém como protagonista o Judiciário para que se concretize o processo democrático, que se mede com a expansão dos direitos e pela sua afirmação em juízo²⁶⁹.

Portanto, este estudo, à luz do Poder Judiciário, visa contribuir com um resgate dos ideais democráticos com a devida efetivação dos direitos sociais no Brasil.

Entretanto, esta atuação do órgão julgador não é absoluta e ilimitada, de modo que critérios de justiciabilidade precisam ser formados para não gerar uma postura judiciária arbitrária.

Ademais, as decisões judiciais precisam solidificar fundamentações jusfilosóficas de igualdade distributiva em associação com a ponderação e a consequente aplicação de princípios elementares para a hermenêutica jurídica.

A finalidade central dessa dissertação, após defender a fundamentalidade dos direitos sociais, especificamente dos direitos à saúde, é buscar possíveis soluções para o aperfeiçoamento constitucional nacional, com vistas a eliminar uma separação entre o campo teórico e prático.

Nesse diapasão, restou comprovada a inexistência de uma integração normativa (campo teórico) à Constituição Federal da legislação orçamentária da saúde (campo prático), pelo estudo do sistema orçamentário brasileiro. Com isso, o foco central desse trabalho se corporifica, qual seja a efetividade do direito à saúde pelo Conselho Nacional de Justiça.

Defende-se patentemente que o CNJ pode e deve servir de instrumento efetivador do direito à saúde, quer na sua participação ativa do processo legislativo orçamentário, quer na criação do “Fundo Judiciário de Direitos Sociais” que auxiliará os demais Poderes, quando necessário, propiciando mais saúde aos cidadãos brasileiros.

Reitera-se, portanto, à luz da fundamentalidade dos direitos sociais, conforme já pacificado nos julgados nacionais, a necessidade do órgão judicante brasileiro buscar efetivar os direitos sociais, não de forma deturpada, mas promovendo estudos contextuais fáticos do requerente, não se limitando às estruturas estatais, transcendendo, se for o caso, às iniciativas privadas, sem deixar de considerar a efetividade maior desses direitos por ações do CNJ anteriores e paralelos as demandas judiciais de políticas públicas, pois, é necessário ter claro que

²⁶⁹MEIRELES, A. C. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 457.

a efetividade dos direitos sociais pela via do Poder Judiciário requer deste órgão uma postura com os pés no chão e com os olhos voltados para o céu.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, V; COURTIS, C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

ALEXY, R. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARANGO, R.; LEMAITRE, J. **Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital**. Santiago: Universidad de los Andes – Facultad de Derecho: CIJUS. 2004.

ARANGO, R. O Direito à Saúde na Jurisprudência Constitucional Colombiana. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ARAUJO, L. A. D. e JÚNIOR, V. S. **A Separação de Poderes do Estado**. 2ª ed. São Paulo: CPC, 2002.

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Porto Alegre: Editora Globo S.A. 1984.

ARROW, K. J. **Social Choice and Justice**. vol. 1. Massachusetts: Belknap Press of Harvard University, 1983.

ATALIBA, G. **República e Constituição**. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARAK-EREZ, D.; GROSS, A. M. (Eds.) **Exploring Social Rights: Between Theory and Practice**. Oregon: Hart, 2007.

BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 3ed São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, L. R. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2008. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora>>. Acesso em: 30 nov. 2011.

BASTOS, C. R.; BRITTO, C. A. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. apud SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BELLO, E. Cidadania e Direitos Sociais no Brasil: Um Enfoque Político e Social. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BOLDRINI, R. P. DA C. **A Garantia de Direitos e Separação dos Poderes: No Brasil atual, o princípio da separação dos Poderes opõe limites à garantia de direitos sociais pelo Judiciário contra omissões do Executivo?** São Paulo: Dissertação de Mestrado Apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, out. 2012.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Sobre o CNJ**. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 05 out., 2011.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública – Saúde**. Brasília: Livraria do Supremo, 2009.

BRITO FILHO, J. C. M. **Direitos Fundamentais Sociais: Realização e Atuação do Poder Judiciário**. Edição comemorativa dos 40 anos da Revista do TRT da 8ª Região, 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil, e 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, 2008.

BÚRCA, G.; WITTE, B. (Eds.) **Social Rights in Europe**. New York: Oxford Press, 2005.

BUTRAM, R. T. et. al. Equity, Equality and Need: Three Faces of Social Justice. In: BUNKER, B. B.; DEUTSCH, M. (Eds.) **Conflict, Cooperation, and Justice**. San Francisco: Jossey-Bass Inc. Publishers, 1995.

Calmon. E. **Princípios e Garantias Constitucionais do Processo**. 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/Discursos/0001114/Principiosegarantiasconstitucionaisdoprocesso>>. Acesso em: 06 nov. 2012.

CAMPILONGO, C. F. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, J. E. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 1. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAMPILONGO, C. F. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, J. J. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CHRISTIANSEN, E. C. Decidindo sobre Direitos Não-Justiciáveis: Direitos Sócio-Econômicos e a Corte Constitucional Sul-Africana. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COELHO, E. M. Direitos Humanos, globalização de mercados e garantismo como referência jurídica necessária. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 73. apud DIAS, J. C. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Método, 2007.

COMPARATO, F. K. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CUNHA JÚNIOR, D da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DAVIS, D. M. Socio-Economic Rights: The Promise and Limitation – The South African Experience. In BARAK-EREZ, D.; GROSS, A. M. (Eds.) **Exploring Social Rights: Between Theory and Practice**. Oregon: Hart, 2007.

DIAS, J. C. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Método, 2007.

DINIZ, M. H. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DWORKIN, R. **Levando os Direitos a Sério (Taking Rights Seriously)**. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENCICLOPÉDIA DE FILOSOFIA DE STANFORD. **Distributive Justice**, 2007. Disponível em: <<http://www.plato.stanford.edu/entries/justice-distributive/>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

ESPÍNDOLA, R. S. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ESTEVES, J. L. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Editora Método, 2007.

FEINMAN, J. M. **LAW 101: Everything You Need to Know About the American Legal System**. 2 ed. New York: Oxford Press, 2006.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decl1789.htm>. Acesso em: 26 out. 2012.

GARGARELLA, R. Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GRAU, E. R. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HAMILTON, A. JAY. J e MADISON, J. **O Federalista**. 2ª ed. São Paulo: Russel, 2005.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v.1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

Healthcare Ethics: Principles of Distributive Justice, 2007. Disponível em: <http://www.ascensionhealth.org/ethics/public/key_principles/distributive_justice.asp>. Acesso em: 15 jul. 2012.

HERVEY, T.; KENNER, J. (Eds.) **Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights**: A Legal Perspective. Nottingham: Hart Publishing, 2004.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição** (Die normative Kraft der Verfassung, trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor.

HOFFMANN, F. F.; BENTES, F. R. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: SOUZA NETO, C. P.: SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. **The Cost of Rights**. New York: Norton & Company, 1999.

KLAUTAU FILHO. P. **O Direito dos Cidadãos à verdade perante o Poder Público**. São Paulo: Editora Método. 2008.

KRELL, A. J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: Os (dê)s caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: (Ed.) Sérgio Antônio Fabris, 2002.

KRELL, A. O controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais. In: SARLET, I. W. **A Constituição Concretizada**: Construindo pontes com público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEAL, R. G. **Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais: Os desafios do Poder Judiciário no Brasil.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEIVAS, P. G. Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES, J. R de L. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In. FARIA, J. E. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça.** 1. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOPES, J. R. **Direitos Sociais Teoria e Prática.** São Paulo: Método, 2006.

MARKS, S; CLAPHAM, A. **International Human Rights Lexicon.** New York: Oxford Press, 2005.

MEIRELES, A. C. **A Eficácia dos Direitos Sociais.** Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

MELLO, C. de. **Revista Trimestral de Jurisprudência.** vol. 164. p. 158-161 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/listarRevistaTrimestral.asp>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

MENDONÇA, E. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MERALI, I.; OOSTERVELD, V. (Eds.) **Giving meaning to Economic Social and Cultural Rights.** Pennsylvania: Penn Press, 2001.

MÜLLER. F. **Quem é o Povo: a questão fundamental da democracia.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

NOBRE, M. A. DE B.; DA SILVA, R. A. D. (Coords.) **O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

NUNES JÚNIOR, V. S. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**: Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, C. A. da C. et al. A Intervenção do Juiz na Adequação do Autor Coletivo: Um Passo Rumo à Efetivação dos Direitos Fundamentais. In: DIDIER JR, F.; MOUTA, J. H. (Coords.) **Tutela Jurisdicional Coletiva**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

OLSEN, A. C. L. **Direitos Fundamentais Sociais**: Efetividade Frente à Reserva do Possível. Curitiba: Juruá. 2008.

PEDERSOLI, C. V. S. **Conselho Nacional de Justiça – Atribuição Regulamentar no Brasil e no Direito Comparado**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.

PIOVESAN, F. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade e mandado de injunção. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAWLS, J. **A Theory of Justice**. Revised Edition. Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

ROBL FILHO, I. N. **Conselho Nacional de Justiça – Estado Democrático de Direito e Accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013

ROCHA, E.B. **A Justiciabilidade do Direito Fundamental à Saúde no Brasil**. 1.ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

ROEMER, J. E. **Theories of Distributive Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 1996.

SALDANHA, N. **O Estado Moderno e a Separação de Poderes**. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SAMPAIO, J. A. L. **O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002.

SANTOS, B. S. **A Gramática do Tempo: Para uma Nova Cultura Política**, São Paulo: Cortez, 2006, vol. 4.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, I. W. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. IN: WAMBIER, T. A. A. (Coord.) **Revista de Processo**. São Paulo, ano 34, n. 175, p. 21, set. 2009.

SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STEINER, H. J; ALSTON, P. **International Human Rights in Context**: Law Politics Morals. 2. ed. New York: Oxford Press, 2000.

STRECK, L. L. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TORRES, R. L. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.) **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TREISCH, C. **Existenzminimum und Einkommensbesteuerung**. Aachen: Shaker, 1999. p. 01.
apud LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VIEIRA, O. V. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

WALDRON, J. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ANEXOS

REGIMENTO INTERNO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA –
RESOLUÇÕES – PORTARIA – RECOMENDAÇÃO ANALISADOS