

JURIDICIDADE, TECNICIDADE INSTITUCIONAL E DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

JURIDICITY, INSTITUTIONAL TECHNICAL STANDARDS AND SOCIAL RIGHTS IN BRASIL

LUIGI BONIZZATO¹
CARLOS BOLONHA²

RESUMO: No presente estudo objetiva-se examinar a relação essencial existente entre o poder das instituições brasileiras e o seu grau de influência nas decisões judiciais, sobretudo em momento histórico de ativismo judicial que abraça uma série de direitos sociais previstos na Constituição da República. Na primeira parte do trabalho, assim, as atenções se voltam para o estudo de questões que envolvem teorias das instituições e atuação judicial, com captação de informações em estudos e experiências estrangeiras, mas claro enfoque na realidade brasileira. E isto para que, na segunda parte da pesquisa, encare-se a problemática ligada ao positivo ganho de força normativa dos direitos sociais estampados na Constituição brasileira e suas consequências jurídicas, sobretudo as mais diretamente ligadas às decisões judiciais que se deparam com necessidade e/ou escolha de aplicação de normas técnicas oriundas de instituições brasileiras específicas.

PALAVRAS-CHAVE: Instituições; Técnica; Direitos Sociais.

ABSTRACT: The present study aims to examine the essential relationship that exists between the strength of Brazilian institutions and their influence degree over judicial decisions, particularly within a judicial activism framework that embraces a number of social rights set out in the Constitution. Thus, in the first part of the paper issues concerning institutional theories and judicial activity are discussed, by up taking foreign analysis and doctrines under the Brazilian context. In the second part, it is faced the problems corresponding to the normative strength gathering of social rights patterned in the Brazilian constitution and their legal consequences, especially those most directly related to judicial decisions that face the need – or choice – of applying technical standards arising from certain Brazilian institutions.

KEYWORDS: Institutions; Technical Standards; Social Rights.

Artigo recebido em 01.10.2013. Pareceres emitidos em 20.03.2014 e 11.04.2014.

Artigo aceito para publicação em 30.06.2014.

¹ Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ – Rio de Janeiro, RJ). luigiboniz@gmail.com

² Vice-Diretor e Professor da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio – Rio de Janeiro, RJ). bolonhacarlos@gmail.com

SUMÁRIO: Introdução; I. Uma Questão Conceitual: o Princípio da Separação de Poderes; II. Instituições e Juridicidade no Brasil: questões pontuais e o exemplo do específico advento e consolidação de Agências Reguladoras; III. Poderes Judicial e Institucional e Direitos Sociais no Brasil; Conclusão; Bibliografia.

SUMMARY: Introduction; I. Conceptual Question: the Principle of Separation of Powers; II. Institutions and Juridicity in Brasil: specific issues and the example of the advent and consolidation of Regulatory Agencies; III. Institutional and Judicial Powers e Social Rights in Brasil; Conclusion; Bibliography.

INTRODUÇÃO

A partir de um exame de específicas relações e também de pontuais interseções entre a atuação judicial brasileira e a paralela necessidade, em muitos casos, de o Poder Judiciário munir-se de informações técnicas para conseguir, adequada e devidamente proferir suas decisões, ou seja, com porte e bases não somente jurídicas, mas também técnicas, tendo em vista a correspondente área do saber envolvida em uma Ação e Processo judiciais, o presente artigo apresentará um caminho, uma maneira, enfim, um modo de se analisar o que logo aqui se antecipará como uma problemática a ser enfrentada. E isto tanto no mais amplo e genérico nível da relação entre os Poderes, para o que serão dedicadas as linhas iniciais deste breve estudo, quanto no nível de relações institucionais mais particulares e de menor amplitude, sobretudo se levado em conta certas relações entre órgãos e instituições brasileiras.

Nesse sentido, igualmente, as linhas que se seguem serão, após a referida e clássica avaliação dos três Poderes da Federação brasileira, mais precisamente, do próprio princípio da separação entre eles, estampado já no Art. 2º da Constituição da 1988, dedicadas a uma bem recortada análise de tecnicidades ligadas a diversas instituições nacionais e ao grau de influência que devem, podem ou conseguem exercer sobre decisões judiciais, em torno das quais gravita, sempre, com muito mais intensidade, o que neste estudo se intitula, de forma ainda inicial, juridicidade.

E, a fim de que não se esgotasse a pesquisa nas abordagens acima, por fim, os direitos sociais são ventilados e utilizados de modo a demonstrar, de forma, repita-se, específica – considerando as finalidades mores deste breve estudo –, como o mesmo Poder Judiciário, requisitado e provocado para atender proclames variados do povo brasileiro, boa parte dos quais calcados em direitos sociais e, fundamentais, contidos no corpo da Constituição da República, ora age de forma mais integrada com instituições das quais extrai informações técnicas ligadas a ramos específicos do saber – por exemplo, na área de saúde, como ao longo do texto exemplificado, por meio, inclusive, de jurisprudência local –, ora de forma considerada mera e simplesmente jurídica, diminutivos estes utilizados para até mesmo criticar a atuação judicial recheada de juridicidade em sentido estrito, mas carente do devido apoio técnico quando necessário.

É certo, reforce-se, que os parágrafos seguintes optaram por um exame específico, sob uma visão particularizada da atuação judicial. Não é o objetivo deste estudo – até porque muitas e muitas linhas faltariam para tal abordagem – aprofundar o estudo da natureza, grau de racionalidade e essência das decisões judiciais. Assim como não se tem qualquer objetivo de examinar a problemática institucional brasileira, adiante-se, verdadeira e indubitavelmente complexa, máxime se levado em conta sua multiplicidade de desdobramentos, a cultura nacional, a formação histórica brasileira e, entre tantos fatores, a própria contemporaneidade e atualidade judicial e institucional do país, inserida em um contexto mundial bem mais amplo e do qual não se pode jamais escapar.

I. UMA QUESTÃO CONCEITUAL: O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Alguns assuntos e matérias, é certo, são de conhecimento tão específico e peculiar, que escapam do conhecimento tanto do legislador (sistema romano-germânico de prevalência da lei), quanto do juiz (sistema anglo-saxão de prevalência da jurisprudência e das decisões judiciais), o qual, no fim da cadeia decisional, muitas vezes finda por se deparar com dilema de difícil solução: decidir genericamente³, abrindo mão de uma mais detalhada visão do assunto

³ Analisando desenhos institucionais norte-americanos, Adrian Vermeule faz importantes ponderações sobre certos limites de indefinições e incertezas jurídicas. Em menção à existência de três possíveis “trocas” entre o pensar e o aspecto social, aplicáveis, possivelmente e, segundo o autor, de forma mais ampla e, talvez, para além das fronteiras americanas, assim explica: *“Three tradeoffs are central, and explain the appreciable constraints on law’s use of uncertainty-generating mechanisms. First, uncertainty reduces self-interest, but has the obvious cost of reducing the decisionmaker’s information. Under some circumstances, impartial but ignorant decisions will be worse, even from the social point of view, than decisions that are self-interested but well-informed. Second, and less obviously, impartiality trades off against motivation. Self-interest is often the spur to action. An impartial decisionmaker who can select his own activity level and agenda may often be an excessively passive decisionmaker from the social point of view, acting too rarely. Where a decisionmaker has control of his own agenda, yet cannot pursue self-interested projects, the decisionmaker may pursue too few projects, according to some given normative theory of proper activity levels. Third, impartial enactments face more serious commitment problems than self-interested enactments. The former are more likely to be undone after the veil of uncertainty has lifted, whereas self-interested enactments will tend to have an ongoing constituency who will fight fiercely in their defense”* (VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy – Institutional Design Writ Small*. New York: Oxford University Press, Inc., 2007, p. 55-56). É sempre, entretanto, fundamental perceber as diferenças básicas não apenas entre ordenamentos jurídicos, mas também entre estruturas sociais e institucionais de variados países. Falar, por exemplo, em instituições e sua força no Brasil, é completamente distinto do que falar o mesmo de outros países, como, por exemplo, Estados Unidos, Alemanha, Itália, França, Canadá entre outros tantos a serem citados. Cada nação possui sua história não apenas institucional, mas, sobretudo, social e valorativa, o que faz com que reflexos sejam sentidos em todas as áreas de atuação públicas e privadas. E, no âmbito judicial, deve-se ter atenção sempre especial para o papel, a formação e a estrutura existente por trás da figura dos magistrados, os quais, embora possam se deparar com problemas parecidos – mas não necessariamente iguais – em vários lugares do mundo, findam por buscar soluções voltadas para a realidade institucional que os cercam. Do mesmo autor citado, vale a pena também conferir os seguintes trabalhos, ora menos, ora mais voltados às questões aqui enfrentadas e já outrora mencionados ao longo do presente texto

– o que, por um lado e certo ponto de vista, pode ser prejudicial para alguma das partes e, máxime, para o Direito – ou se fazer valer de visões técnicas inerentes a outras e muito mais específicas áreas do saber, a fim de prestigiar uma decisão mais abalizada e ancorada em especificidade?

A *a priori*, a segunda opção pode parecer naturalmente mais vantajosa, em significativos aspectos. Contudo, se inserida tal decisão em um contexto institucional complexo e permeado por questões várias – tais como políticas, econômicas etc. –, pode tornar-se um obstáculo na consecução dos próprios ideais democráticos. Uma coisa é a assistência pericial processual em um processo judicial específico. Outra, é a norma técnica institucionalizada a partir de poderes conferidos a determinados órgãos, entes e, logicamente, instituições. Se, por exemplo, na seara tecnologicamente tão avançada das telecomunicações, um órgão técnico (ligada a uma Agência Reguladora, por exemplo, nos moldes como no Brasil concebida⁴) emite uma norma, pela qual se afirma que uma certa torre para instalação de antena não pode ser instalada em certa localidade, como compatibilizar tal normatização com eventuais direitos à telecomunicação de moradores da mencionada região? Qual a real extensão da norma técnica e quais os seus limites diante de legislações, isto é, diante de normas aprovadas, vigentes e válidas⁵ dentro de um ordenamento jurídico que privilegia, ainda, a atuação legislativa como resultado do poder do povo? E, enfim, o que fazer diante de vicissitudes institucionais que possam comprometer a própria confiabilidade das citadas normas técnicas? Uma coisa, certamente, são os vícios inegáveis, múltiplos e inerentes a cada um dos poderes da Federação brasileira – por exemplo – e, outra coisa, são vícios de órgãos, entes, agências e instituições não respaldadas da mais direta e constitucional legitimidade conferida a cada um dos poderes, executivo, judiciário e, principalmente, legislativo.

(conferir, entre outras, nota de rodapé nº 03): VERMEULE, Adrian. *The System of the Constitution*. New York: Oxford University Press, Inc., 2011.; VERMEULE, Adrian. *Law and Limits of Reason*. New York: Oxford University Press, Inc., 2009.; POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. *Terror in the Balance: security, liberty, and the Courts*. New York: Oxford University Press, Inc., 2007.; e VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

⁴ “As agências reguladoras foram introduzidas no Brasil sob a forma de autarquias e, consequentemente, com personalidade jurídica de direito público. Estão sujeitas, assim, ao mandamento do art. 37, XIX da Constituição e sua criação somente poderá se dar mediante lei específica. O mesmo quanto à sua extinção, pois ato administrativo não poderia destruir o que se construiu por norma de hierarquia superior. As agências, todavia, são autarquias especiais, dotadas de prerrogativas próprias e caracterizadas por sua autonomia em relação ao Poder Público. A instituição de um regime jurídico especial visa a preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas, inclusive e sobretudo, como assinalado, por parte do estado e de seus agentes. Procurou-se demarcar, por esta razão, um espaço de legítima discricionariedade, com predomínio de juízos técnicos sobre as valorações políticas (...)” (BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 285-286).

⁵ Conforme bem anuncia Luigi Ferrajoli, há diferença marcante entre vigência e validade. É o que adiante melhor se abordará.

Voltar, assim, ainda que de forma recorrente, à questão da separação e independência dos poderes será importante, sobretudo se levada em consideração a estrutura jurídica nacional. Mas para, em seguida, questionar-se o grau de validade da adoção institucional de normas técnicas e de inserção e aceitação no mundo jurídico, principalmente no âmbito judicial. Confiarão os juízes em normas técnicas não emanadas do legislativo? Conhecem os juízes a existência de tais normas? Ignoram, propositalmente sua existência? Aqui provavelmente não serão tais indagações respondidas, mas elementos serão trazidos e alçados ao debate.

Não é o princípio mencionado criação brasileira, tendo sido pelo país importado de nações que, originariamente, dele se fizeram valer e com o mesmo construíram suas respectivas ordens políticas, sociais e jurídicas. Sua análise, neste momento, tem um objetivo também didático, no intuito de enriquecimento daquilo que ora se está desenvolvendo. O princípio, materializado por Montesquieu em seu *Do Espírito das Leis*⁶, tornou-se uma espécie de objetivo máximo na formação de grande número de Estados pós-absolutistas, máxime na Europa Ocidental e América recém independente. Estar-se-ia diante de uma forma de um poder conter o outro ou, até mesmo, como atualmente se pode melhor depreender, de um poder chegar a auxiliar o outro, dado o grau de especificidade de suas atuações. O Brasil, logo após sua independência política, seguindo orientação externa, adotou de pronto o princípio da separação de poderes, empregando, todavia, nuança específica, fato que lhe conferiria esqueleto estatal peculiar, vale dizer, impregnado pela existência de quatro Poderes, a saber: os tradicionais Executivo, Legislativo e Judiciário, acrescidos do Poder Moderador.

Frise-se, a doutrina instituidora do princípio da separação dos poderes vislumbrou três atividades essenciais do Estado, quais sejam, as de elaboração das leis, a de execução das leis e a de sua interpretação e aplicação em casos concretamente acontecidos, valendo destacar a semelhança dos dois últimos, convergindo na figura da aplicação da lei. O Brasil, entretanto, embora de forma semelhante, adotou postura levemente diversa⁷, com a determinação de um quarto e suplementar poder.

Portanto, o país adotou, nos primórdios de sua formação política, uma quádrupla partição de funções e competências, fato que, na verdade, restou

⁶ Sobre o papel de Montesquieu na ascensão do princípio, assim se manifesta Paulo Bonavides: "Se não foi ele o autor deste valioso preceito da ciência política, teve ao menos o mérito de expô-lo e recomendá-lo do modo mais eficaz à atenção da humanidade" (BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1976, p. 150). Em sentido semelhante, assim declara J. Soriano: "(...) o que pertence a Montesquieu é ter completamente ilustrado o princípio da separação dos poderes como garantia da liberdade, fazendo d'esse modo que ella entrasse na sciencia política" (SORIANO, J. *Princípios Geraes de Direito Publico e Constitucional*. Rio de Janeiro: Livraria Machado, [s/d], p. 90).

⁷ Assim estatuiu o artigo 10, da Constituição Imperial brasileira: "Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial".

sobremaneira prejudicado. Isto porque, como a História pôde demonstrar e comprovar, um Poder que, em tese, cumpriria o papel de harmonizador, foi pragmaticamente utilizado como instrumento de superioridade do Chefe do Poder Executivo sobre os demais Poderes constituídos na então formada Monarquia brasileira. Ressalte-se, o Poder Moderador foi o modo pelo qual se viu munido o Imperador para fazer constantemente prevalecer suas vontades diante de possíveis obstáculos instalados pelos demais Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Em resumo, claro instrumento de dominação.⁸

Não obstante ter, tal sistema, vigido no país por mais de meio século, suas bases ruíram-se em conjunto com a Monarquia, a qual gradativamente foi perdendo seus pontos de apoio e sustentação, até a sua derrocada final com a proclamação da República em 1889. A instauração da República no Brasil, em 1889, juntamente com a subsequente criação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, em 1891, pôs termo ao período de prevalência dos Quatro Poderes no país, o qual jamais experimentaria tal modelo novamente. Pela Carta Constitucional de 1891, iniciava-se a era, até hoje em vigor, em que a tripartição dos Poderes passou a se apresentar como princípio fundamental e basilar de diversos Governos e países ao redor do Globo⁹.

Daí por diante, todas as Cartas Constitucionais brasileiras viriam a inserir o princípio da tripartite separação de poderes em seu bojo de normas

⁸ Sobre esta divisão de poderes, sobressai a figura de Benjamin Constant, bem abordado por José Luiz de Anhaia Mello: *"Em 1814, surge a obra de Benjamin Constant que tanto interesse despertou e que representou, sobretudo para o Brasil, um estupendo supedâneo para as primeiras manifestações de ordem política, no Império. O nosso poder moderador nada mais foi que o poder real de Constant"*. Mas, advertindo a formação liberal de Constant, assim declarou: *"Benjamin Constant se apresentou na história como um liberal em idéias políticas, avêssos a tudo aquilo que redundasse em concentração, em unificação exagerada"* (MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1968, p. 20-21). Ainda na linha traçada, referindo-se ao Poder Moderador imperial, aborda Paulo Bonavides: *"Esse poder, juiz dos demais poderes, seria o poder real, que segundo Benjamin Constant, deveria existir ao lado do poder executivo, do poder representativo (legislativo) e do poder judiciário. (...) Enfim o poder real (verdadeiro poder moderador) assenta no rei que, pôsto entre os três poderes, deve exercer uma autoridade neutra e intermediária, porquanto – argumenta Benjamin Constant não tem ele nenhum interesse em perturbar o equilíbrio, mas ao contrário todo o empenho em mantê-lo. O poder real – conclui Benjamin Constant é de certo modo o poder judiciário dos demais poderes"* (BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1976, p. 159). Enfim, comporta menção o fato de Benjamin Constant ter previsto cinco poderes, vale dizer, além dos três clássicos e do Moderador, ora delineado, o poder municipal (SORIANO, J. *Princípios Gerais de Direito Público e Constitucional*. Rio de Janeiro: Livraria Machado, [s/d], p. 91). Todavia, conforme já bem salientado, não foi essa a performance do Poder Moderador no Brasil, o qual manifestou inconstante e inconscusa inclinação para a concentração de poderes em torno do Imperador, ao mesmo concedendo faculdade de ingerência em todos os outros Poderes. Calha sempre lembrar de que D. Pedro I, primeiro governante brasileiro, teve formação educacional primordialmente absolutista, apesar da aglutinação de interesses diversos por ele suportada à época da Declaração de Independência do Brasil.

⁹ Assim, a Constituição de 1891, sob a inspiração de sistemas e movimentos consagrados algures, estatuiu: *"Art. 15. São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmonicos e independentes entre si"*.

consideradas fundamentais, restando aquele, por conseguinte, devidamente solidificado pelo constitucionalismo brasileiro.

O princípio em voga, desde sua fecundação, teve como finalidade precípua a contenção de poderes, vale dizer, a restrição e delimitação de poderes que, em muitas localidades, quedavam-se concentrados nas mãos de uma só pessoa¹⁰, geralmente Chefes de Estado e de Governo, em sistemas predominantemente absolutistas. Desta forma, os Poderes¹¹ do Estado assumiriam o papel de frenagem nas vastas, amplas e indefinidas funções dos governantes, separando-se as responsabilidades de criação e aplicação das leis, sem se olvidar a maior e mais efetiva possibilidade de implantação de um sistema de controle sobre os atos exercidos por quaisquer dos Poderes constituídos.

O princípio da separação dos poderes, em termos jurídicos, embora tenha em Montesquieu marco histórico irrefutável, já em outras épocas tivera seus contornos definidos. Assim, Aristóteles, em sua conhecida obra, *Política*, poderia ser considerado seu precursor¹², valendo citar alguns de seus escritos, no Capítulo XI, do Livro Sexto, no que se refere aos Corpos Deliberativos:

Existe em todo governo as três partes nas quais o legislador consciente deve fazer valer o interesse e a conveniência particulares. Quando elas são bem formadas, o governo é necessariamente bom, e as diversidades existentes entre tais partes formam os diversos governos. Uma dessas três partes está com o encargo de resolver sobre os negócios públicos; a segunda é aquela que desempenha as magistraturas – e aqui é necessário estabelecer quais as que devem ser criadas, qual precisa ser a sua autoridade especial, e como devem ser eleitos os juízes. A terceira é aquela que fornece a justiça.¹³

¹⁰ Assim detalha José Luiz de Anhaia Mello: “É quase impossível, mesmo em coletividades menores, a alguém ser o poder e, ao mesmo tempo, exercitá-lo. A divisão das partes para maior eficiência do todo é, na verdade, um princípio natural que cedo ou tarde desabrocharia nas práticas de governo” (MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1968, p. 13).

¹¹ Ainda se mostra interessante notar que, para alguns autores, melhor nomenclatura seria a de Funções do Estado, ao invés de Poderes: “A soberania é uma e indivisível, como já ficou dito; ou é toda ou não é. Se, porém, a soberania em si mesma é indecomponível, as suas funções sociais, podem ser desempenhadas por órgãos ou agente diferentes. Seria, portanto, mais correcto fallar de divisão de funções, do que de divisão de poder” (SORIANO, J. *Princípios Geraes de Direito Publico e Constitucional*. Rio de Janeiro: Livraria Machado, [s/d], p. 89).

¹² Alguns autores identificam em Platão as origens de uma divisão de funções do Estado: “Já na ‘República’, de Platão, com efeito, pode-se encontrar um embrião da tese, por sob a teoria antropomórfica do Estado ali exposta, em que se comparavam as diversas classes sociais aos órgãos do corpo humano: cada um com a sua função, coordenados e orientados pelos governantes. Introduzia-se assim a noção de distribuição de funções entre os membros da sociedade, para a realização de objetivos comuns” (CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle Judicial e Processo Legislativo*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 139).

¹³ ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, p. 199.

Dentre outros, o próprio John Locke¹⁴, tempos adiante, também ferrenho combatente do absolutismo em Inglaterra, estabeleceria um esboço de separação de poderes, anunciando poderes por ele chamados de legislativo, executivo e federativo.

Entrementes, conforme já devidamente assinalado, foi com os trabalhos de Montesquieu que adquiriu a separação de poderes a atual linha demarcatória de sua abrangência, conquistando o poder de estabilidade e durabilidade no decorrer dos anos e séculos subsequentes. Assim, merece sempre destaque o desenvolvido pelo clássico estudioso, que de forma nítida e transparente se reporta à temática dos poderes, em investigação da constituição inglesa da época:

Há em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamaremos este último o 'poder de julgar', e o outro chamaremos, simplesmente, 'o poder executivo do Estado'.¹⁵

Nessa ordem de ideias, o conteúdo da expressão separação de poderes poderia ser compreendido sob dois pontos de vista distintos, quais sejam, a proibição de interferência de um dos órgãos do Estado sobre outro e a obrigatoriedade de que nenhum órgão possa escapar ao controle dos demais.¹⁶

¹⁴ John Locke antecede Montesquieu em suas ideias, declarando que deveriam existir, *a priori*, três poderes dentro de cada Estado: o poder legislativo, o poder executivo e o poder federativo. O primeiro responsável pela elaboração das leis, o segundo pela sua correta execução e o terceiro pela capacidade de decretar guerra ou de manter a paz, pelo poder de realizar ligas e alianças etc. Pelas palavras do próprio clássico estudioso, respectivamente sobre o poder legislativo e executivo: "*O poder legislativo é o que tem o direito de estabelecer como se deverá utilizar a força da comunidade no sentido da preservação dela própria e dos seus membros. Como se tem de pôr constantemente em prática as leis, que devem continuar sempre em vigor mas que se podem elaborar em curto prazo, não há necessidade de manter-se tal poder permanentemente em exercício, pois que nem sempre teria no que se ocupar. Todavia, como as leis elaboradas imediatamente e em prazo curto têm força constante e duradoura, precisando para isso de perpétua execução e observância, torna-se necessária a existência de um poder permanente que acompanhe a execução das leis que se elaboram e ficam em vigor. E desse modo os poderes legislativo e executivo ficam freqüentemente separados*". E acerca do poder dito federativo aduz: "*Aí se contém, portanto, o poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e comunidades estranhas à sociedade, podendo-se chamar 'federativa', se assim quiserem*" (WEFFORT, Francisco C. (Org). *Os Clássicos da Política*. Vol. 1, 13. ed., 2.v., São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 101-102).

¹⁵ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, p. 165-166.

¹⁶ CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle Judicial e Processo Legislativo*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 146.

Hodiernamente, no entanto, assumiu o princípio da separação dos poderes fronteiras mais tênues e flexíveis, visto que uma rigidez absoluta de seus preceitos poderia simbolizar uma inviabilização de diversas atividades estatais, transformando-se, ao invés de fomentador do desenvolvimento estatal, num empecilho à sua evolução.¹⁷ Destarte, é hoje um tanto relativizada a noção de separação, com forte tendência à ideia de preponderância¹⁸.

Neste sentido, no rumo de uma harmonia e coordenação dos poderes já em distante época se posicionava J. Soriano, para quem:

A divisão dos poderes, tomada em sentido real, de facto não existe, nem pôde existir em nenhum governo; nunca um d'aquelles poderes pertenceu exclusivamente a certos agentes da soberania, nunca nenhum d'elles foi dado inteiramente a um dos corpos do Estado.¹⁹

Enfim, a teoria da separação dos poderes, base de princípio até os dias de hoje vigente, pode ser alçada à categoria de sustentáculo mor de um Estado Democrático de Direito, sendo de extrema relevância a sua correta aplicação e o respeito incondicional a suas consequências práticas. Portanto, a função legiferante é atribuição predominantemente atinente ao Poder Legislativo, apenas se admitindo exceções para a regulação de assuntos e questões internas de cada Poder da Federação brasileira. E, na mesma linha, cabe ao Judiciário julgar, com base nos casos concretos que lhe são submetidos, mas com a sempre possibilidade de criação racional do Direito²⁰, quando se

¹⁷ J. A. Guilhon Albuquerque assevera, calcado, principalmente, em análise realizada por L. Althusser, que a teoria da separação dos poderes de Montesquieu já nascera com o estigma da relativização. Neste viés, assim destaca: *"Vale ressaltar, entretanto, que seria curioso buscar a separação e independência entre legislativo e executivo justamente no regime britânico. Montesquieu ressalta, aliás, a interpenetração de funções judiciárias, legislativas e executivas. Basta lembrar a prerrogativa de julgamento pelos pares nos casos de crimes políticos para perceber que a separação total não é necessária nem conveniente. A equi-potência, ou equivalência dos poderes também é refutada implicitamente por Montesquieu, quando afirma que o Judiciário é um poder nulo, 'os juizes (são)... a boca que pronuncia as palavras da lei'. (...) Montesquieu mostra claramente que há uma imbricação de funções e uma interdependência entre o executivo, o legislativo e o judiciário"* (WEFFORT, Francisco C. (Org). *Os Clássicos da Política*. Vol. 1, 13. ed., 2.v., São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 119).

¹⁸ Paralela e logicamente, de acordo com o já anunciado anteriormente, a interligação entre os Poderes e a mitigação da ideia de separação permite, por exemplo, uma constante atuação dos Tribunais, a qual não representa uma afronta à neste breve estudo examinada separação dos poderes. A harmonia e coordenação entre Legislativo e Judiciário, *verbi gratia*, já era defendida há décadas, pois também já se percebia que o Direito não era estático e a interpretação normativa devia suprir a carência pelo dinamismo evolutivo.

¹⁹ SORIANO, J. *Obra citada*, p. 92. E, com maior proximidade temporal, cumpre destacar o declarado por Orlando Soares: *"Como vimos, a teoria da divisão dos poderes políticos do Estado está centrada na concepção de que os poderes públicos, como órgãos da soberania nacional, exercem funções distintas, independentes e harmônicas. Tais princípios, entretanto, não são absolutos, pois há casos em que um dos poderes do Estado exerce certas funções, que a rigor competiriam a outro poder"* (SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. 11. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 356).

²⁰ Tal criação racional de normas é a aqui reputada pautada no que permite a Constituição e todo

deparar com a insuficiência de normas: tudo em nome da solução e pacificação de conflitos.

E feitas as considerações acima, teóricas e baseadas em tradicional enfrentamento da temática relativa à separação e relação entre os Poderes, com foco finalmente direcionado à República do Brasil, parte, como no início anunciado, para breves abordagens de específicas e recortadas relações entre decisões judiciais e a paralela utilização ou não, pelo Judiciário, de apoio técnico especializado. O grau de especificidade desta pesquisa levará à utilização de exemplo, com finalidade meramente ilustrativa, conforme a seguir melhor detalhado.

II. INSTITUIÇÕES E JURIDICIDADE NO BRASIL: QUESTÕES PONTUAIS E O EXEMPLO DO ESPECÍFICO ADVENTO E CONSOLIDAÇÃO DE AGÊNCIAS REGULADORAS

Vistas dadas à relação e separação dos Poderes, sobretudo enquanto princípio constitucionalmente consagrado, assim como à possibilidade de cada Poder exercer funções atípicas, isto é, para além suas atividades consideradas predominantes, direciona-se o foco para o papel mais diretamente exercido pelo Poder Judiciário. Nessa linha, é hoje fato real a necessidade de o Judiciário equilibrar-se em dilema, pautado na dicotomia *“necessidade de solução e julgamento dos casos concretos, de um lado, e necessidade de aprimoramento não somente jurídico, mas também técnico-específico de suas decisões, de outro”*. Nesse viés, cada vez mais se mostra fundamental que o mesmo Judiciário se adapte ao avanço técnico e científico de variadas áreas do saber. Não, logicamente, que deva o magistrado dominar informações, conceitos e conteúdos para além das suas normais e ordinárias atividades judicantes. Contudo, deve estar sempre pronto a examinar se será útil ao Processo o pedido de auxílio técnico especializado²¹ quando este se mostrar necessário.

ordenamento brasileiro. Preenchimento racional e justificado de lacunas legais, por exemplo. Embora não seja o objetivo deste estudo aprofundar o exame de questões ligadas a fenômenos diversos, tal como o ativismo judicial, os autores deste estudo vêm majoritariamente condenando a intensidade de sua ocorrência, principalmente em uma democracia ainda imatura, sob inúmeros aspectos, como a brasileira.

²¹ E aqui se refere, principalmente, ao auxílio buscado em normas, pareceres e opiniões formais técnicas, entre outras formas de manifestação do saber especializado, oriundas de Instituições com capacidade técnica para tal. Informações oriundas de procedimentos informais de captação (tais como palestras, seminários e eventos organizados por instituições privadas e/ou públicas, com participação proporcionada a magistrados), embora possam ser úteis, não são aqui, neste estudo, levadas em consideração como meios de aprimorar, formal e oficialmente, a atividade judicante, ou de estimular uma maior aproximação do Poder Judiciário de instituições específicas. Conforme logo adiante se verá, na área da saúde – direito social previsto, entre outros, no Art. 6º da Constituição de 1988 – são já milhares as decisões judiciais no país, principalmente na área privada, isto é, da relação entre consumidor/beneficiário e Operadora de Plano de Saúde (Saúde Privada Complementar, constitucionalmente prevista e autorizada), nas quais, ora se observa que magistrados pretendem dominar e melhor se informar sobre diversos, específicos e técnicos assuntos sobre o tema e ora se nota que nenhum esforço existe neste sentido, sendo a por vezes já aqui referida juridicidade invocada, em sentido puro e estrito, para a tomada de decisões.

Claro que as problemáticas transcendem estas breves induções, pois, sobretudo, inúmeras confianças e desconfianças políticas findam por sugerir condutas distintas ao julgador que, às vezes, julga, com base em leis ou normas constitucionais – em muitas ocasiões de aplicação um tanto quanto geral para o caso concreto analisado – sem apoio técnico institucional específico quando este se mostra essencial.

A abordagem já tradicional entre nós e supra enfrentada deixa claro, ainda que com atualizações múltiplas que se possam apresentar, tais como o advento de teorias e práticas dialógicas entre os Poderes, superações de normas atributivas de deveres a um Poder mediante relação com demais etc., que a divisão de funções a partir da separação dos Poderes ainda é realidade a ser, inclusive, respeitada. Nesse viés, por mais que o Executivo possa tecnicamente agir em prol de mais precisos entendimentos, interpretações e aplicações da lei, quem elabora a lei, em primeira e última instância, é o Legislativo. E, por fim, por mais que Executivo e Legislativo ajam na linha apenas ressaltada, é o Poder Judiciário que, uma vez provocado e sendo obrigado a decidir um caso concreto, deve tomar decisões finais de maneira a pacificar um litígio e/ou a estabelecer uma conduta específica a ser tomada. Será ao Estado-Juiz que caberá, repita-se, no caso com o qual se deparar, julgar com base na lei, em normas técnicas ou, quiçá com base em elementos outros de convencimento, tais como experiência comum, formação do magistrado ou, entre outros, questões éticas, morais e valorativas.²²

Portanto, ao se examinar teorias internacionais, com especial foco nas norte-americanas – o que já brevemente se apresentou, em linhas anteriores –, percebe-se que uma visão institucional mais forte e impregnada naquele país não nos pode simplesmente contaminar de maneira impensada e avassaladora. Como comparar, institucionalmente, Brasil e Estados Unidos, por exemplo? A fenda é gigantesca e toda força institucional que até em excesso se observa nessa nação, a nós, brasileiros, falta em largas medidas. Boa parte das instituições brasileiras carece de independência e forças política e econômica necessárias para uma atuação qualificada. Conferir, assim, poderes extras ou, simplesmente, enrobustecer poderes já existentes e ligados a certas instituições, pode, embora em um primeiro momento, levar a possíveis projetos solucionistas, conduzir a uma perigosa formação de ninhos paralelos de poder. E, tais ninhos, podem ser perniciosos, respeitados ou não respeitados.

A fim de melhor se entender a problemática, tome-se, mais uma vez, o exemplo das Agências Reguladoras no Brasil. Utilizou-se, ainda que sem maiores detalhamentos e, indiretamente, já menção à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). No afã de tecnicamente melhor serem enfrentadas questões concretas ligadas, por exemplo, aos serviços de telecomunicação

²² Sem que aqui se adentre a esfera de análise densa da teoria do direito voltada ao estudo destes tão complexos elementos que são responsáveis não somente pela formação de opiniões, mas também por inúmeras criações legais e jurisprudenciais.

no país, a partir da conferência de poder normativo às referidas agências em matérias, logicamente, de grande especificidade técnica, normas pontuais são editadas e, em um primeiro momento, mereceriam cumprimento e obediência por todos, entes públicos e privados. Afinal de contas, por que discutir uma norma oriunda de trabalho técnico qualificado, voltado a uma temática de conhecimento distante dos operadores do Direito?

Entretanto, a liberdade judicial de atuação conferida ao magistrado e a própria imaturidade institucional brasileira faz com que muitas decisões tomadas pelo Poder Judiciário abandonem normas técnicas provenientes de Agências Reguladoras, seja por vontade de aplicação de outras normas legais ou constitucionais, seja por desconfiança clara com relação aos referidos trabalhos técnicos, seja, ainda, por desconhecimento de sua existência. Pois, não se esqueça, a formação jurídica brasileira é ainda extremamente focada na lei e nas principais funções exercidas diretamente por cada um dos três Poderes da Federação.

De qualquer forma, conforme anunciado e, avançando especificamente com relação ao tema central proposto, um dos problemas, por exemplo, que aqui se apresenta, após essencial exame prévio algumas teorias jurídicas clássicas e contemporâneas, diz respeito à apenas mencionada desconfiança de magistrados em geral no que concerne às referidas normas técnicas, umas das quais as emanadas de Agências Reguladoras, não se olvidando, logicamente, a existência de outras tantas normatizações provenientes de instituições diversas²³. A tecnicidade de tais normas muitas vezes se mostra comprometida por inserções políticas indevidas, sob uma primeira análise, em seu processo de elaboração. Desprover qualquer procedimento, relativo a qualquer ente ou órgão, político ou não, de influências políticas é tarefa

²³ No que concerne à problemática lançada, é oportuna menção ao chamado “*Dilema Institucional*”, noticiado por Adrian Vermeule. Segundo o referido autor – que já anuncia, de forma clara, os temas centrais do livro ora consultado desde as primeiras linhas –, acadêmicos e pesquisadores podem esperar pelo resultado de suas investigações empíricas para escolher que caminho teórico tomar. Entretanto, poderiam os juízes também se valer da mesma espera para interpretar leis e tomar suas decisões? Assim expõe Vermeule: “*If all this is right, what exactly are judges to do? Academics can afford to wait until empirical findings emerge. Judges, however, must interpret legal texts now. Which procedures they should follow will vary with findings about institutional capacities and systemic effects. Such findings, however, do not currently exist, for the most part*”. E, ao alertar para o fato de questões empíricas em um sistema legal possuírem, geralmente, um caráter transcience, retoma seus comentários sobre os julgadores: “*(...) judges are boundedly rational: their capacity to process the information they can obtain is limited, in part because of cognitive failings*” (VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006, p. 03). Perceba-se, é extremamente complexa a abordagem aqui proposta e se deve evitar escorregar e cair em armadilhas simplistas de condução, exame e soluções de questões como as que neste estudo ventilam-se. Críticas à atuação dos magistrados são de perto acompanhadas por críticas a todo Sistema legal de um país, que, muitas vezes, faz com que o magistrado tenha que agir, sobretudo diante de problemas institucionais variados e específicos que possam inviabilizar consultas e um melhor e considerado mais adequado entendimento de questões técnicas, para além do natural seu próprio e natural conhecimento.

inalcançável e, sob determinados pontos de vista, indesejável, impossível, entre outras características que se queira aqui conferir. Contudo, o grau de amadurecimento institucional em um país é capaz de mostrar elementos mínimos do nível de influência política no tecnicismo ligado a inúmeros processos. Ou vice-versa. Isto é, o próprio nível a que se fez menção pode também ser um dos indicativos do amadurecimento institucional e, até mesmo, democrático, de uma nação. De qualquer maneira, é indubitável que este quadro, genericamente considerado, é entrave claro a uma série de tomadas de decisões e finda por limitar e entravar a atividade estatal, sobretudo jurisdicional, em inúmeras situações.

Ademais, não é incomum perceber-se, diante da desuniformização de diversas decisões judiciais, pela própria natureza e estrutura da Justiça brasileira, várias decisões conflitantes em casos semelhantes. Basta apenas reproduzir o logicamente já inferível a partir do até aqui brevemente exposto: se um magistrado, em determinado caso, acha por bem confiar em certa normatização técnica não oriunda diretamente do Poder Legislativo, sua decisão poderá tomar um caminho absolutamente distinto e, às vezes, diametralmente oposto a de outro magistrado, que opta por não aplicar, no caso concreto com o qual se depara, a mesma norma técnica, muitas vezes impregnado de preconceito, outras de desconhecimento, outras, ainda, conforme já dito, de vontade própria muito calcada, que se diga, em sua própria formação jurídica, ligada à escola brasileira.

Para se exemplificar o acima exposto, tire-se agora, a título ilustrativo, conforme em linhas pretéritas anunciado, o caso da atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). A ela foram conferidas inúmeras atribuições após sua criação, algumas das quais normativas. Realmente, qual magistrado se encontra obrigado a saber o que significa, para que serve e como deve ser ministrado um medicamento de última geração, tal como um *interferon*²⁴? Teria sido tal matéria objeto do edital do concurso para juiz no qual logrou o referido magistrado êxito? É certo que a resposta é negativa. No entanto, nem tão certa a maneira pela qual agirá tal juiz no futuro para proferir suas decisões. E a fraqueza institucional (ou força compartimentalizada, separada e corporativista) excessiva e de inúmeras instituições brasileiras – com o perdão de eventual redundância – apenas fomenta o alargamento de um caminho pernicioso para o Direito brasileiro e para a própria Justiça nacional.

²⁴ Para uma descomprometida, mas informativa definição, os imunomoduladores biológicos são constituídos por um grupo de moléculas com propriedades específicas, algumas bem caracterizadas e outras por descobrir. Um elemento desse grupo é o *interferon*. Os *interferons* são glicoproteínas que possuem diversas ações biológicas e dentre elas têm-se os efeitos anti-virais, imunomodulares e antiproliferativos complexos com importantes aplicações clínicas. Em linguagem medicamente leiga, remédios, portanto, denominados *interferons*, são indicados para patologias específicas, tais como, principalmente, para o tratamento de hepatite do tipo c. E, seu custo elevado, associado à necessidade de utilização por longo período, fazem com que sejam comumente requisitados junto ao Poder Judiciário, mediante negativas de cobertura de custos por parte de Poder Público e Operadoras de Planos de Saúde.

De forma mais precisa, veja-se a Decisão abaixo, relativa a caso concreto submetido à apreciação e decisão do Poder Judiciário, mais precisamente, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, relativo à aplicação de normas técnicas na área de saúde. Na referida decisão, decide o Tribunal fazer valer o Rol de Procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS – Agência Reguladora para a área de saúde privada no país). Em outras palavras, decide que o trabalho técnico especializado da referida Agência Reguladora deve ser prestigiado e levado em consideração para o julgamento do caso concreto em tela. Entendeu o Tribunal, neste caso específico, que a atuação técnica específica e especializada é fundamental para o julgamento de casos como o que foi submetido à sua apreciação. Valorizou-se o trabalho técnico oriundo, em última instância, do Poder Executivo, promovendo-se, senão um diálogo, uma aproximação de instituições, em sentido amplo, em prol de maior tecnicidade na promoção de atos jurisdicionais. Tecnicidade e juridicidade. Eis o teor de parte da Decisão:

0061739-49.2012.8.19.0001 - APELAÇÃO TJ/RJ

1ª Ementa DES. ROGERIO DE OLIVEIRA SOUZA - Julgamento: 13.08.2012
- NONA CÂMARA CÍVEL

DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE SEGURO SAÚDE. REEMBOLSO DE DESPESAS. CIRURGIA REFRACTIVA OCULAR. ROL DE REFERÊNCIA BÁSICA FIXADO POR REGULAMENTAÇÃO DA ANS. INCLUSÃO DA CIRURGIA REFRACTIVA OCULAR PARA DIOPTRIAS ACIMA DE - 0,5. PROCEDIMENTO COBERTO. ILEGALIDADE DA NEGATIVA DE REEMBOLSO. A ANS tem competência para elaborar o rol de procedimento e eventos em **saúde** que constituirão referência básica aos planos de **saúde**. A Resolução RDC - ANS nº 67/2001, que foi alterada pela Resolução Normativa ANS nº 167/2007, revogada posteriormente pela **Resolução Normativa - RN nº 211 de 11.01.2011** **que, revendo as diretrizes para cobertura assistencial instituída, atualizou o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial nos planos privados de assistência à saúde.** No anexo da Resolução Normativa - RN nº 211/2011 consta expressamente a cobertura para cirurgia refrativa PRK ou LASIK, sendo assegurada tal cobertura obrigatória aos pacientes com mais de 18 (dezoito) anos e grau estável há pelo menos um ano de miopia moderada, de graus entre - 0,5 a - 10,0. **O atendimento do rol de referência básica de procedimentos de saúde é obrigatório a qualquer plano de saúde regulamentado.** Ilegitimidade da recusa, posto que ausente base legal ou contratual. Reembolso devido. Manutenção da sentença. Conhecimento e negativa de seguimento ao recurso.

Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 13.08.2012

E, em seguida, analise-se a Decisão abaixo, em que se afasta regulamentação institucional decorrente do modelo regulatório adotado no Brasil e se prefere invocação de outra Resolução, relativa a outra instituição, qual seja, o Conselho Regional de Medicina. Em outras palavras, também o

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em outro caso concreto, afasta a aplicação do Rol de Procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar, para fazer valer normatização do Conselho Regional de Medicina. O tratamento pleiteado pelo consumidor/beneficiário de Plano de Saúde, embora não considerado de cobertura obrigatória pela Operadora de Plano de Saúde, em razão de estudos técnicos, específicos e especializados oriundos da Agência Reguladora acima e apenas citada, é concedido pelo Poder Judiciário, o qual cria uma obrigação de fazer para a Operadora de Plano de Saúde, ré no Processo abaixo mencionado. Obrigação de fazer pautada em critério de decisão distinto se comparado com o caso concreto anteriormente destacado. Eis a decisão para a qual agora se chama a atenção:

0009091-92.2008.8.19.0014 - APELAÇÃO

1ª Ementa DES. PATRICIA SERRA VIEIRA - Julgamento: 02.04.2012 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÕES CÍVEIS. Ação cautelar de obrigação de fazer e ação indenizatória apensadas. Rito Ordinário. CABERJ. Plano de **Saúde**. Regularidade na representação processual, porquanto atestada por especialista a capacidade de fato do autor, quando da outorga de poderes. A relação de consumo se caracteriza pelo objeto do **contrato**, a revelar a legitimidade passiva ad causam da associação, ainda que sem fins lucrativos, que oferece plano e/ou seguro-saúde. PRELIMINARES AFASTADAS. Autor portador de problemas psiquiátricos que apresenta quadro depressivo grave com sintomas psicóticos, o qual foi submetido a tratamento de eletroconvulsoterapia no Hospital da Gávea, integrante da rede credenciada. Risco de vida. **Recusa de autorização sob o argumento de que o referido tratamento não consta do rol de procedimentos elencados pela Agência Nacional de Saúde**, sustentando que o motivo seria o fato de ser um método agressivo, de aceitação não unânime entre os especialistas, a desautorizar a cobertura pelo plano. **Alegação afastada pela disposição da Resolução de nº 1.640/2002, do Conselho Federal de Medicina. Não se pode limitar a autorização de procedimentos às listagens oficiais. Havendo divergência entre o seguro saúde contratado e o profissional responsável pelo procedimento cirúrgico, quanto à técnica a ser empregada, a escolha cabe ao médico incumbido de sua realização.** Enunciado nº 24 do Aviso nº 94/2010 deste Tribunal de Justiça. Prevista a cobertura contratual da doença que aflige o consumidor, é abusiva a recusa à cobertura do procedimento destinado ao seu tratamento, especialmente diante da gravidade do quadro clínico. Obrigação contratual caracterizada. Artigo 51, inciso IV e § 1º, inciso II do CODECON. Autor que logrou êxito em comprovar o fato constitutivo de seu direito. Artigo 333, inciso I, do CPC. Correta a sentença que condena a ré ao ressarcimento do valor desembolsado pelo autor com os consecutórios. Precedentes deste Tribunal. NEGADO SEGUIMENTO AOS RECURSOS.

Casos semelhantes, com fundamentações e decisões distintas, exatamente pelo fato de, em uma, a norma técnica oriunda da Agência Nacional de Saúde

Suplementar (ANS) ter sido ignorada e, em outra, levada em consideração. E isso sem contar as inúmeras e espalhadas Decisões judiciais em que Resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar e de tantas outras Agências Reguladoras tecnicamente impor-se-iam, mas sequer foram mencionadas em razão de entendimento restrito, avesso ou inexistente do Poder Judiciário nacional, representado, de acordo com o modelo federal brasileiro, por todo o país.

Assim é que, por exemplo, se Adrian Vermeule²⁵ e outros teóricos norte-americanos e de outros países, em seu exame dos respectivos Direitos e das suas particularidades institucionais percebe nuances, problemas, virtudes e enfrentam tudo isso de modo, sobretudo, teórico²⁶, não necessariamente se pode fechar os olhos e simplesmente aplicar suas palavras ao contexto brasileiro. É certo que de grande valia são e serão sempre considerações vindas de estudiosos estrangeiros, também no Brasil, mas com a devida atenção de todos os pesquisadores e operadores do ramo para a realidade nacional. Interpretar não é tarefa fácil, assim como se trabalhar com dicotomias como generalidade e especificidade, tecnicidade e juridicidade, idealidade e realidade, enfim, abstração e racionalidade. E tudo isso no âmbito do Direito e da atuação judicial.

Vale também lembrar que, embora numerosas análises e exames do que ora se avalia sejam mais facilmente perceptíveis e absorvíveis de decisões, votos e fundamentações proferidos em tribunais superiores, com destaque para o Supremo Tribunal Federal (STF), a lógica do problema institucional e da juridicidade no Brasil pode e deve ser encarada sob vários ângulos, com recortes específicos, ora se encarando a Justiça brasileira como um todo, ora a Federação, ora cada um dos Poderes, ora os tribunais superiores e o próprio Supremo Tribunal Federal, instância²⁷ máxima judicial brasileira.

²⁵ Adrian Vermeule, juntamente com o sempre lembrado Cass R. Sunstein, foram os principais autores, que se debruçam sobre o direito norte-americano, citados nas linhas anteriores.

²⁶ Com necessários enfrentamentos e críticas a certos entendimentos de outros teóricos. Sobre o assunto, vale a pena conferir, entre outros: SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions* (July 2002). U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper Nº 156; U Chicago Public Law Research Paper Nº 28. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=320245> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.320245>. Neste ensaio, Sustain e Vermeule tecem comparação entre entendimentos de diversos teóricos, a saber: Jeremy Bentham; William Blackstone; H.L.A. Hart; Hart e Sacks; Ronald Dworkin; William Eskridge; e Richard Posner.

²⁷ Embora, após algumas reformas – emendas – constitucionais e consolidação de novas leis e, principalmente, entendimentos daqueles que atuam em prol de uma “corte” constitucional no Brasil, fique clara a pretensão, do próprio Supremo Tribunal Federal, de não mais ser entendido como última instância judicial, mas como Corte constitucional. Entre tantos elementos e requisitos trazidos pelas referidas leis a alterações na Constituição de 1988, o instituto da repercussão geral – conceito jurídico indeterminado, como ainda há pouco se pôde destrinchar –, solidificou uma postura não só ativista, mas elitista – do ponto de vista, principalmente, mas não somente, jurídico – por parte do Supremo Tribunal Federal, assim como abriu espaço para uma nova dinâmica relativa à separação dos Poderes no Brasil, pois tamanha filtragem levou a uma exacerbação dos poderes da pela Constituição de 1988 chamada cúpula do Poder Judiciário e a uma nova dimensão de atuação do STF, órgão judicial aqui entendido como não criado e inicialmente percebido para o exercício de tais funções e cumprimento de tais finalidades, sobretudo se

Nas linhas anteriores, foi conferida atenção a decisões de segunda instância, mas exemplos oriundos de decisões monocráticas de órgãos de primeiro grau de jurisdição ou de tribunais superiores, como dito, podem ser também facilmente extraídos, dia após dia, da Justiça brasileira. Sentenças e acórdãos que versam ou esbarram nas problemáticas aqui levantadas são diária e constantemente proferidos. Repita-se, interpretações e enfrentamentos

levando em conta seu passado, ou seja, sua história, composição, características e demais elementos ligados à sua formação. Nessa linha é que se deve reencaminhar uma série de discussões e pesquisas sobre o tema no Brasil, para que se consolide um real estudo sobre as consequências de institutos, por exemplo, como o da repercussão geral, sobre a relação com o princípio da separação dos poderes e outros tantos (supremacia e unidade da Constituição etc.). Uma “corte constitucional”, adiante-se, no entendimento dos autores, não é o existente no Brasil, em que Ministros do Supremo Tribunal Federal decidem como e quando querem, em votos com fundamentações distintas, com vistas a um resultado final a ser apresentado ao mundo jurídico e à sociedade brasileira, nesta nova função moral, quase que ditatorial, do STF. Como várias vezes assinalado ao longo deste breve estudo, deve-se sempre atentar para a importação de teorias, sobretudo de países que adotam sistemas jurídicos consideravelmente distintos do brasileiro. Entretanto, feita a devida filtragem e dada a aproximação, sobretudo, de algumas características da Suprema Corte Americana do Supremo Tribunal Federal brasileiro (com o perdão da redundância), comporta realce e atenção as palavras de Mark Tushnet, em estudo sobre a Constituição e a Suprema Corte norte-americana: “*Someday, maybe soon, the Court is going to start protecting rights you don’t think should be protected and stop protecting the ones you like. If you think that the issues you care about most today will become much less important in a few years, you won’t care. You’ll take what you have now and go home happy. Then, though, you should acknowledge that it’s not the Constitution that matters, or even the Supreme Court, but this particular Supreme Court. What the Supreme Court says our rights are depends in a complicated way on the state of our politics*” (TUSHNET, Mark. *Why the Constitution Matters*. New Haven: Yale University Press, 2010, p. 04). Mark Tushnet desenvolve a ideia segundo a qual, muito mais importante do que o escrito em uma Constituição, é a maneira pela qual será aplicada, em cada etapa histórica, pelas pessoas integrantes da Suprema Corte Americana, escolhidas pelo Presidente da República que teve a oportunidade de fazê-lo durante seu mandato (ou seus mandatos), e que, por sua vez, foi escolhido/eleito pelo povo norte americano. A questão política indubitavelmente vem à tona, a partir do exame proposto por Tushnet, e finda por direcionar responsabilidades decisórias a um sistema político democrático que é capaz de explicar, em última instância, por que e como a Constituição americana realmente importa. E, distanciando da mera e pura previsão de direitos fundamentais, anuncia, desde o início de seu trabalho: “*The Constitution matters, you’re likely to think, because it protects our fundamental rights. The answer I provide here is different: The Constitution matters because it provides a structure for our politics. It’s politics, not ‘the Constitution,’ that is the ultimate – and sometimes the proximate – source for whatever protection we have for our fundamental rights*” (TUSHNET, Mark. *Obra citada*, p. 01). É certo que semelhanças há entre o sistema constitucional norte-americano e o brasileiro, inclusive capazes de justificar comparações teóricas, como a presente, por exemplo. Entretanto, não se deve jamais perder de vista as substanciais distinções – entre tantas que poderiam ser citadas – ligadas ao regime e grau de amadurecimento democrático, em seu sentido mais amplo, nos dois países. De qualquer forma, o tema gera sempre palpitações cardíacas intensas e incômodos mentais constantes em vários pesquisadores brasileiros, razão pela qual se sugere, para pesquisa detalhada destes temas, no Brasil, o profundo trabalho empírico realizado por Fabiana Luci de Oliveira, a qual detecta, entre tantos outros detalhes, que na história recente republicana, o Presidente da República que mais indicou e teve nomeados Ministros no Supremo Tribunal Federal foi Luiz Inácio Lula da Silva, com um total de 08 (oito) em exatos 08 (oito) anos de mandato presidencial, garantidos por sua reeleição em 2006 (OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *STF: do autoritarismo à democracia*. Rio de Janeiro: Editora Campus Elsevier, 2011).

variam em larga escala pelo Brasil, o que apenas retrata a ainda crueza de sistemas institucionais brasileiros.

E, nos termos do que a seguir se exporá, a citada imaturidade institucional – tanto na esfera prática, quanto, sobretudo, no âmbito de estudos e enfrentamentos teóricos –, associada ao dirigismo constitucional brasileiro²⁸, com a presença de uma série de direitos sociais estampados na Constituição da República brasileira, ávidos por aplicação pelo Judiciário, faz com que paralelamente se forme um quadro ainda mais particular e complexo, em que magistrados não apenas se deparam com o problema ligado à capacidade das instituições no Brasil, mas também com conduta ativista no tocante à aplicação de direitos sociais constitucionalizados, muitos dos quais ligados, embora indubitavelmente normatizados e, portanto, portadores de força normativa, a políticas públicas, atos que se tomados e praticados de forma mais intensa e precisa, diminuiriam a procura judicial por apelo e solução de questões que findam por levar o Judiciário da crença à descrença, do céu ao inferno, enfim, da racionalidade à irracionalidade.

O Capítulo final deste recortado e, frise-se, realmente breve ensaio, objetiva, após abordagens sobre a relação entre Poderes da Federação brasileira e, em seguida, mais precisamente, entre o Poder Judiciário e órgãos institucionais específicos, avançar rumo à demonstração de que a problemática desde o início lançada se agrava com a vasta previsão de direitos (principalmente sociais, conforme delimitação escolhida nesta pesquisa) da Constituição da República, a qual já se aproxima de três décadas de vigência e, pelo menos aparentemente, de também crescente validade.

III. PODERES JUDICIAL E INSTITUCIONAL E DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

Derradeiramente, se até aqui se pôde, ainda que com a por vezes mencionada brevidade, abordar a relação entre Poderes e instituições, com foco posteriormente direcionado para o elo entre decisões judiciais e técnicas institucionais específicas e especializadas, o momento final deste artigo se volta para a conclusão de que direitos, sobretudo sociais, previstos na Constituição da República e gradativamente mais tutelados pela Justiça brasileira, levam a uma realidade de ainda maior complexidade na dicotomia anunciada em capítulo anterior e que ora se repete e reforça: *“necessidade de solução e julgamento dos casos concretos, de um lado, e necessidade de aprimoramento não somente jurídico, mas também técnico-específico de suas decisões, de outro”*. Situação esta que pode sensivelmente se agravar quando o assunto é o atendimento judicial aos pleitos de aplicação dos direitos sociais constitucionais.

Nesse sentido, não bastassem as questões acima já suscitadas, ligadas a uma estrutura política e jurídica pautada em incertezas, sobretudo institucionais

²⁸ A Constituição brasileira de 1988 é caracterizada como dirigente. Para aprofundamento, conferir, entre outros: OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

e quando levadas em conta capacidades de instituições técnicas brasileiras, não se pode deixar de considerar algumas outras e demais consequências do que se anunciou. Em outros dizeres, a desuniforme atuação judicial no tocante à aceitação ou não de normas e opiniões técnicas provenientes de órgãos e entes nacionais específicos, por um lado, findam por se associar, por outro, ao paralelo ganho de força das normas constitucionais portadoras de direitos sociais, muitas vezes buscadas por inúmeros magistrados para o embasamento de decisões que, em vários casos, não se valeram da tecnicidade imanente aos mais especializados e abalizados profissionais, conhecedores de determinado assunto.

Assim é que, nos próximos e finais parágrafos, após, repita-se, o devido e prévio exame de específicas problemáticas relacionadas a teorias das instituições, relações entre Poderes, entre outras, dedicar-se-á ao estudo – direcionado aos fins propostos, evidentemente – dos direitos sociais no Brasil.

Portanto, preliminarmente, qualquer abordagem que tenha por objetivo uma interpretação das normas constitucionais portadoras de direitos sociais não se pode desvincular do exame paralelo de institutos variados, dentre os quais o da fundamentalidade de alguns direitos, o de sua eficácia, efetividade, vigência e validade, além da interdisciplinaridade imanente ao bom intérprete. Neste sentido, ao se pensar em direitos sociais, sobretudo nos presentes e elencados na Constituição brasileira de 1988, deve-se imediatamente pensar, também, em sua posição constitucional, a fim de que se possa, no mesmo rumo, identificar a sua real aplicabilidade no Ordenamento Jurídico brasileiro.

Nesta linha, indubitável se mostra que direitos constitucionalmente previstos como a educação, a saúde, o lazer e a moradia, por exemplo, comportam uma série de desdobramentos epistemológicos, conduzindo o pesquisador a inúmeras divagações e, por conseguinte, a variados pontos de análise e reflexão.

De acordo com o que ora se propõe, entretanto, atenção privilegiada será destinada a apenas alguns destes pontos de reflexão, a partir dos quais se tentará atingir o ideal desejado, qual seja, o de enfrentamento da chamada constitucionalização dos direitos sociais e sua influência na atuação jurisdicional. Em outras palavras, a relação existente entre direitos sociais, em sua essência, e a atuação jurisdicional variável, ora com apoio de normas técnicas ligadas a instituições específicas, ora sem tal sustentáculo e, portanto, desacreditada de capacidades institucionais determinadas.

Em um primeiro momento, assim, proceder-se-á a exame da categoria denominada “direitos sociais”, prevista na Constituição brasileira em vigor.

Nessa linha, é mister declarar desde logo que muitos direitos sociais hoje vigentes em nosso Ordenamento Jurídico e sacramentados em nossa Carta Magna²⁹ são comumente definidos como meras intenções governamentais,

²⁹ Assim estatui o Art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social,

isto é, como programas de governo estampados no Documento Legal Mor do país. Não foi assim à toa que a doutrina nomeou muitas normas portadoras de direitos sociais de normas programáticas, tendo em vista o nítido teor programático de seus conteúdos. Nesse sentido, José Carlos Vasconcellos dos Reis assim atentou para as normas sociais também denominadas programáticas:

Como os direitos sociais são, em regra, típicos direitos a prestações – o que tem consequências importantes no que tange à sua efetivação, especialmente pela via processual –, o reconhecimento de um tal direito público subjetivo não deve e não pode ser feito de maneira precipitada, porque, muitas vezes, um “direito social” constitucional é norma programática.³⁰

Ingo Wolfgang Sarlet, também se debruçando sobre o assunto, já há tempos salientou que as normas ditas programáticas melhor seriam definidas como normas de cunho programático. Neste sentido, declarou:

Assim sendo, entendemos justificada a nossa opção de adotar a expressão genérica “normas constitucionais” de “cunho programático” (e não normas programáticas), para nela enquadrarmos todas as normas (normas-programa, normas-tarefa, normas-fim [ou objetivo], imposições legiferantes, etc.) que, em princípio e independentemente da terminologia utilizada, reclamam uma concretização legislativa, sem desconsiderar eventuais especificidades, já que a diversa carga eficaz (em regra de natureza jurídico-objetiva) destas normas não pode ser abstratamente fixada, dependendo do conteúdo de cada norma. Não esqueçamos, neste contexto, que, dentre as diversas formas de posituação dos direitos sociais prestacionais nos textos constitucionais, a opção do Constituinte costuma – e não apenas no caso brasileiro – recair sobre as modalidades ora referidas.³¹

Portanto, muitos dispositivos hoje presentes na Constituição brasileira são reputados, para parcela da doutrina jurídica nacional, normas de cunho meramente programático. Mas, de maneira mais precisa, o que significa dizer que uma norma é programática?

Para muitos autores, definir uma norma como programática significa afirmar que reproduz apenas um programa de governo, não representando,

a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Vale ressaltar que tal dispositivo já foi duas vezes alterado por decisão do poder constituinte derivado reformador: primeiramente, por meio da Emenda Constitucional nº 26, de 2000, que acrescentou o direito à moradia no rol de direitos sociais do dispositivo; e, posteriormente, por meio da Emenda Constitucional nº 64, de 2010, que inseriu mais um direito social na Constituição, qual seja, o direito à alimentação.

³⁰ REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 66.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001, p. 269.

pelo menos em um primeiro momento, nenhum direito subjetivo do cidadão. Com efeito, quando previu o legislador constituinte originário pátrio o direito à saúde como direito social básico, assim como o direito ao lazer e ao salário mínimo, nos termos do Art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal brasileira, antes de mais nada, estabeleceu objetivos a serem atingidos, desvinculando-se, de forma imediata, da criação de direitos subjetivos incontinenti pleiteáveis em face do Poder Judiciário.

Uma das principais argumentações utilizadas tanto por juristas, quanto por membros integrantes dos Poderes da União, a fim de sustentar o caráter programático de tais normas, é justamente a precária situação financeira do Estado brasileiro. Ou seja, por não ter recursos suficientes para o cumprimento e atendimento de todas as normas sociais existentes na Constituição, deve-se realmente considerá-las simples intenções governamentais, materializando-as o Estado na exata medida de suas verbas disponíveis.

No rumo dessas considerações, manifesta-se, novamente, Ingo Wolfgang Sarlet:

Como já assinalado, em virtude da relevância econômica do objeto dos direitos sociais prestacionais, estes se encontram (ao menos de acordo com a doutrina majoritária) sob uma reserva do possível, circunstância que, por sua vez, implica uma necessária tomada de decisão a respeito da destinação de recursos públicos, cometida aos órgãos políticos e para tanto legitimados.³²

Certamente, sabendo-se da existência desta reserva do possível³³, poder-se-ia perfeitamente afirmar que a Constituição não é espaço destinado a depósito de programas governamentais. É documento, antes de tudo, legal, com força jurídica e, portanto, normativa³⁴. Desta maneira, suas normas traduziriam, invariavelmente, direitos, pleiteáveis por seus destinatários a qualquer tempo perante o Poder Judiciário. Deveria o legislador constituinte ter-se preocupado, no momento da elaboração do texto, com a quantidade e

³² SARLET, Ingo Wolfgang. *Obra citada*, p. 292. Vale a pena também conferir: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993.

³³ Pensa-se em reserva do possível, mas que sejam também ressaltados os problemas estruturais que corroem as finanças do país. Entre muitas outras mazelas que poderiam ser aqui citadas, tais como a própria política de juros adotada durante anos por governos do país, a máquina da corrupção é verdadeiro trator que esmaga qualquer tentativa de melhor direcionar as arrecadações do Estado. Além disso, má-gestão dos recursos públicos, falências de diversas instituições e a própria cultura política nacional – umbilicalmente ligada à história brasileira, desde os primórdios de sua formação, quando era formalmente o país uma colônia de exploração sob os domínios de Portugal, metrópole então revestida da condição de exploradora –, conduzem o país a uma pobreza paradoxal, máxime se considerada a posição do país no ranking internacional de economias, que insere o Brasil, já há muito tempo, entre as 10 (dez) maiores economias do planeta.

³⁴ Com relação à força normativa da Constituição, a expressão é muito bem trabalhada por Konrad Hesse, em seu *A Força Normativa da Constituição* (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991).

a qualidade dos direitos a serem inseridos na Constituição, levando-se em conta, principalmente, as capacidades financeiras do Estado. Desanimador realmente se torna retirar a aplicabilidade imediata de muitas e importantes normas constitucionais, sob o argumento de que o Estado não possui condições financeiras de arcar com sua aplicação. Nestes termos, conduz-se a Constituição, Lei Maior pátria, ocupante do ápice da pirâmide normativa, a posição de mera 'folha de papel', conforme bem observado por Ferdinand Lassale³⁵, emprestando um sentido sociológico à Constituição.

Portanto, em que pese a qualidade acadêmica indiscutível de muitos entendimentos de juristas e variados estudiosos, no sentido de conferir aos direitos sociais a marca programática, hodiernas concepções já denotam uma nova abordagem do Texto Magno, deveras muito mais comprometida com os interesses de cada cidadão tutelados pela Constituição. Por consequência, os direitos sociais ultrapassariam a esfera de previsões constitucionais representativas de intenções de melhoria do Estado e, em última análise, das condições de vida no país, passando a ser considerados normas não apenas vigentes, mas também plenamente válidas. E, com a proclamação de tal validade, o Judiciário passaria a ser o ponto central de apoio daqueles que porventura não tivessem acolhidos tais direitos por decisão direta e marcante da figura estatal.

Conforme bem anuncia Luigi Ferrajoli, há diferença marcante entre vigência e validade. Nos termos do por ele definido, a vigência de uma norma mais se aproximaria da ideia de norma regularmente elaborada. Em palavras mais precisas, norma vigente é aquela criada e formada em respeito incondicional ao devido processo legal processual. Seguindo o legislador rigorosamente as regras impostas para a elaboração das variadas espécies normativas, a lei resultante de tal trabalho será necessariamente vigente, ou seja, vigorará no Ordenamento Jurídico brasileiro.

Segundo literalmente expõe Luigi Ferrajoli, acerca de vigência e validade:

Se trata, pues, de dos conceptos asimétricos e independientes entre sí: la vigencia guarda con la forma de los actos normativos, es una cuestión de subsunción o de correspondencia de las formas de los actos productivos de normas con las previstas por las normas formales sobre su formación; la validez, al referirse al significado, es por el contrario una cuestión de coherencia o compatibilidad de las normas producidas con las de carácter sustancial sobre su producción.³⁶

³⁵ Conferir: LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 5. ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2000.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: la ley del más débil*. 3. ed., Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 21-22. Do mesmo autor, entre varios estudos, conferir o trabalho: FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del Diritto e della Democrazia*. V. I, II e III. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007.

Portanto, conforme acima se arriscou defender, não devem os direitos sociais previstos na Constituição da República serem reputados normas apenas vigentes. Além de vigentes, uma vez que foram elaboradas sob os rigores do processo constituinte, a elas deve ser emprestada também a validade, a fim de que transcendam a esfera da existência e alcancem o patamar da efetividade.

A grande problemática, nos dias de hoje, contudo, envolve exatamente o grau de efetividade e validade atingido pelos direitos sociais no Brasil. E não em razão deste reconhecimento de sua força normativa, mas por motivos mais ligados à maneira pela qual vem o Poder Judiciário agindo; pela forma como vem tentando suprir a não atuação pelo Poder Público, amplamente considerado; enfim, pelos meios mais diretos empregados para tentar fazer valer o que, no caso concreto, supõe-se um direito. Ordenar, conforme anteriormente exposto, o custeio de um medicamento a um jurisdicionado, sem qualquer amparo em normas técnicas especializadas e se valendo, apenas, do direito social à saúde, em sentido mais genérico?

Todavia, retomando a análise do grau de força normativa dos direitos sociais previstos na Constituição brasileira de 1988, algumas considerações comportam ainda o devido realce, a fim de que melhor se possa compreender as proposições apresentadas. Além das características da vigência e validade, deve ser também salientada uma característica intermediária, denominada eficácia.

Segundo o que ora se propõe, pode uma norma ser vigente, ineficaz e inválida; vigente, eficaz e inválida; e, por fim, vigente, eficaz e válida³⁷. No primeiro caso, está-se diante de norma perfeitamente elaborada, mas não eficaz, nem mesmo válida, em razão, muitas vezes, da dependência desta norma de legislação posterior complementadora e que lhe confira eficácia. Assim, a norma, apesar de estar em vigor, não produz efeitos imediatos, uma vez que sua eficácia dependeria da elaboração de nova lei complementadora. Da mesma forma, muitas normas programáticas são definidas como ineficazes, já que, mesmo que não dependam de lei complementadora, estariam vinculadas a possibilidades políticas para a sua aplicabilidade. Já no segundo caso, está-se diante de norma perfeitamente elaborada, não dependente de legislação complementar, mas não adequada aos anseios do grupo social para a qual foi direcionada. Neste caso, a invalidade é patente, tendo em vista que a norma não defende nem traduz nenhum interesse dos cidadãos. Enfim, na terceira situação anteriormente levantada, a norma vigente, eficaz e válida

³⁷ A ideia de validade aqui apresentada muito se aproxima da noção de efetividade, bem trabalhada por diversos autores, dentre eles Luis Roberto Barroso, segundo o qual: “*A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social*” (BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 4. ed., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000, p. 85).

é aquela que, elaborada nos exatos termos da lei, apta a produzir plenos efeitos no momento de sua entrada em vigor, também corresponde aos interesses das classes ou grupos em respeito aos quais foi elaborada. Assim, estar-se-ia diante de norma consentânea aos fins para os quais foi criada.

Por conseguinte e, na linha proposta, entende-se que os direitos sociais devem ser enquadrados no terceiro caso apenas mencionado: encarados como normas vigentes, eficazes e válidas, facultando ao cidadão interessado em seu cumprimento a possibilidade de invocar a prestação jurisdicional para ver seu direito garantido. Entre não se ter qualquer atendimento e o ter de forma ainda que desmedida, principalmente em decorrência da própria imaturidade democrática brasileira para a administração do tema, melhor, acredita-se, que sejam tutelados. Entretanto, com espaço aberto para que se cultivem novas abordagens teóricas e práticas sobre sua maior incidência no âmbito das decisões judiciais brasileiras. E tal espaço, certamente, conduz à atual necessidade de se dosar, medir e melhor definir a atuação judicial sobre matérias com alto grau de tecnicidade, isto é, ligadas a questões de domínio intelectual mais restrito e para além do mundo e universo denominados jurídicos, principalmente em sentido estrito. Se o advento da maior eficácia, efetividade e validade dos direitos sociais significou um avanço democrático vestibular, que não se entrave e paralise o avanço inicial com a reincidência constante de práticas impensadas e sem concomitante desenvolvimento teórico.

Deve o Poder Judiciário avançar no âmbito de aplicação da lei e de normas técnicas específicas, assim como igualmente precisa a estrutura estatal brasileira avançar em credibilidade institucional. Tarefa árdua, é certo, tendo em vista a história e cultura brasileiras, enraizadas em descrenças variadas no Poder Público, integralmente considerado. E, realmente, que não se busquem soluções, por meio de propostas e visões pueris e providas de inocência política, jurídica, social e econômica.

Por outro lado, conforme já sustentado, se os magistrados, a Justiça brasileira e todos os poderes constituídos têm grande responsabilidade quando da aplicação dos direitos e, principalmente e, antes de tudo, da própria lei, os direitos sociais constitucionalmente previstos nada têm a ver com isso: tratados de forma isolada merecem e precisam ser entendidos como direitos, gozar das correspondentes prerrogativas e reforçar a normatividade constitucional. Nesse viés, Luigi Ferrajoli traz mais uma distinção, desta vez entre expectativas positivas e expectativas negativas dos cidadãos:

Así, los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer.³⁸

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Obra citada*, p. 23-24.

Nesta linha, entendendo os direitos sociais como expectativas positivas, pode o cidadão interessado agir em busca da satisfação do seu direito, invocando, repita-se, a prestação jurisdicional para a consecução de seus objetivos. E ao Estado competirá agir no rumo da satisfação destas expectativas positivas, em prol da salvaguarda maior dos direitos fundamentais, mas sem nunca desvincular-se das particularidades e necessidades do caso concreto, uma delas voltada ao exame atento da incidência ou não de normas técnicas específicas e especializadas, da necessidade ou não de sua aplicação, em resumo, das capacidades institucionais no Brasil.

E tarefa anunciada ganha ainda mais em relevância e exige aprofundamento cada vez mais intenso se se levar em conta a fundamentalidade dos direitos sociais. E, ressalte-se, afirmar que os direitos sociais são fundamentais, implica, necessariamente, em defender sua petrificação, nos termos do Art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal. Entendendo 'direitos individuais' como fundamentais³⁹, tem-se que todo o rol de direitos fundamentais previsto na Constituição Federal não comportaria qualquer modificação redutiva. Isto é, a imutabilidade relativa levaria à impossibilidade de alteração de direitos fundamentais, a não ser no intuito de aprimorá-los ou incrementá-los.

Esta realidade, portanto, faz com que contemporaneamente o país conviva com dilemas vários, alguns dos quais salientados ao longo deste texto. Relação entre Poderes e instituições são fundamentais e devem, finalmente, conviver com as mais cristalinas vontades do legislador constituinte originário e derivado. Especializações e especificidades ligadas a áreas precisas do saber, que não a jurídica, devem aproximar-se da Justiça brasileira em seu sentido mais amplo, sobretudo porque é esta última a responsável pelo atendimento aos proclames diretos do povo brasileiro, o qual cada vez mais enxerga na Constituição meios de buscar para si o que o Estado diretamente àquele não provê.

CONCLUSÃO

Todo o examinado neste breve artigo jurídico pautou-se na investigação, intensamente delimitada, relativa à relação entre os Poderes da Federação brasileira, suas instituições e a realidade constitucional do país. De forma mais precisa, percebe-se que vicissitudes institucionais históricas do Brasil fazem com que variadas problemáticas surjam na contemporaneidade nacional. A necessidade crescente de maior técnica especializada de decisões judiciais, em diversas searas, mostra que, no âmbito específico de abordagem

³⁹ Para os fins ora propostos são considerados fundamentais os direitos sociais previstos na Constituição brasileira de 1988. Empréstimo de interpretação específica ao Art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição, a fim de que se repute também imutáveis os direitos fundamentais e não apenas os individuais. Neste sentido, todos os direitos sociais, por serem também fundamentais, não comportam qualquer alteração, salvo em caso de acréscimo de direitos. Na mesma linha, conferir Ingo Wolfgang Sarlet para quem "os direitos e garantias individuais referidos no art. 60, § 4º, inc. IV, da nossa Lei Fundamental incluem, portanto, os direitos sociais e os direitos da nacionalidade e cidadania (direitos políticos)" (SARLET, Ingo Wolfgang. *Obra citada*, p. 367).

das Decisões judiciais e suas relações com os referidos órgãos técnicos, muito tenha que se amadurecer. E tudo sob a égide de uma Constituição dirigente e repleta de direitos sociais, elevados à categoria de direitos fundamentais, expletivas positivas dos cidadãos.

Assim, a judicialização constante de matérias múltiplas merece ser revista e debatida com atenção e profundidade. A busca excessiva pela atuação judicial pode realmente refletir fendas institucionais, mas finda por conduzir a nação a um certo, determinado e, infelizmente, ainda inevitável domínio do Poder Judiciário⁴⁰ sobre questões, muitas vezes, que escapam de suas funções típicas e áreas principais de atuação. E, em outros casos, para além disso, finda por realmente provocar o mesmo Judiciário a agir quando, definitivamente, não deveria se pronunciar. E se aguça ainda mais o problema quando se percebe uma distância na relação existente entre poderes e teorias institucionais e atuação jurisdicional. A questão inicial, assim, relativa à exacerbação e concentração de poderes nas mãos dos magistrados brasileiros, em última instância representados pelo Supremo Tribunal Federal, acresce-se mais complexa e um tanto nebulosa problemática, que é a que versa sobre uma visão ampliada da distribuição dos poderes, dos sistemas e estruturas institucionais brasileiras. Em tempos de análises, exames e investigações sobre os chamados diálogos institucionais, aqui se direciona preocupação para o que se entende ser a preponderante tendência contemporânea brasileira: o isolamento institucional.

Portanto, se os direitos sociais são preciosos para qualquer sociedade, sobretudo na Era dos “pós” e “neos” (pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, pós-neoliberalismo etc.), também é de suma importância que se, pelo menos, objetive um acerto das engrenagens dos mais variados setores privados e públicos, no intuito de que se caminhe mais para um equilíbrio de forças do que para uma concentração e de poderes e competências. Se tantos teóricos estrangeiros citados desde o início do presente estudo, têm total razão ao se preocuparem com teorias da interpretação e institucionais, incertezas jurídicas e sistemas constitucionais, que no Brasil também se reforce o estudo sobre a temática, mesmo que em um nível ainda um tanto inicial. E, outrossim, ainda que com a necessária ajuda e amparo em estudos estrangeiros, em matéria de teorias da instituição deveras muito mais avançados, como no caso do direito norte-americano, entre tantos outros que poderiam

⁴⁰ Vários são os trabalhos, aqui e em outros países, que estudam o fenômeno de inchaço do Poder Judiciário. Entre vários que poderiam ser aqui citados, conferir: MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. A judicialização de inúmeras e variadas questões, sobre os mais diversos assuntos e temáticas, conforme anunciado, leva o Judiciário, sobretudo por meio de sua cúpula, com maior exposição social e, por consequência, também maior poder de influência, composição de ideias e formação de opiniões, a se transformar – perigosamente, que se ressalte – em um condutor moral e cultural dos rumos da nação, chegando inúmeras vezes ao ponto de substituir não apenas legisladores ou executores, mas também outras forças sociais, para além do próprio poder público brasileiro.

ser assinalados. A magnitude do tema é incontestável e seus efeitos marcantes e absolutamente influentes no funcionamento de uma nação.

Que apenas se separem, no Brasil, com consciência, inteligência e sem inocências – ainda que muitas vezes, propositais –, as características ao redor das quais se quer e deseja aplicar, utilizar, estruturar e interpretar as conclusões advindas de teorias formadas a partir de realidades distintas, onde, embora semelhanças possam existir e problemas se repetir ou até, eternizar-se, histórias foram diferentemente escritas e povos e nações diversamente constituídos e desenvolvidos.

Juridicidade, tecnicidade institucional e direitos sociais no Brasil, sob os mais variados aspectos acima enfrentados, ou seja, desde clássicas teorias da separação dos Poderes, exames específicos e exemplificativos sobre a atuação da Justiça brasileira e o apoio ou não em, entre outros órgãos, Agências Reguladoras, até, por fim, a atuação da própria Justiça mencionada, sob a égide de direitos constitucionalizados que não podem ser jamais desprezados, definem não apenas o recorte investigativo deste artigo, mas uma complexa teia de interesses, relações e história a serem contínua e crescentemente inseridos nas agendas políticas, econômicas e sociais do país.

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 4. ed., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1976.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle Judicial e Processo Legislativo*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

ELLMAN, Lisa M.; SAWICKI, Andres; SCHKADE, David; SUNSTEIN, Cass R. *Are Judges Political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*. Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del Diritto e della Democrazia*. V. I, II e III. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007.

_____. *Derechos y Garantías: la ley del más débil*. 3. ed., Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

LANCHESTER, Fulco. *La Costituzione degli Altri – Dieci Anni di Trasformazioni in Alcuni Ordinamenti Costituzionali Stranieri*. Milano: Giuffrè Editore, 2012.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 5. ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2000.

- MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da Separação de Podêres à Guarda da Constituição*. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1968.
- MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *STF: do autoritarismo à democracia*. Rio de Janeiro: Editora Campus Elsevier, 2011.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. *Terror in the Balance: security, liberty, and the Courts*. New York: Oxford University Press, Inc., 2007.
- REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.
- SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. 11. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.
- SORIANO, J. *Princípios Gerais de Direito Público e Constitucional*. Rio de Janeiro: Livraria Machado, [s/d].
- SUNSTEIN, Cass R. *Why Groups Go To Extremes*. Washington, DC: American Enterprise Institute, 2008.
- SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions* (July 2002). U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper Nº 156; U Chicago Public Law Research Paper Nº 28. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=320245> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.320245>.
- TUSHNET, Mark. *Why the Constitution Matters*. New Haven: Yale University Press, 2010.
- _____. *Taking the Constitution away from the Courts*. 3. ed., Princeton: Princeton University Press, 2000.
- VERMEULE, Adrian. *The System of the Constitution*. New York: Oxford University Press, Inc., 2011.
- _____. *The Atrophy of Constitutional Powers*. (January 6, 2011). Harvard Public Law Working Paper Nº 11-07. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1736124> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1736124>.
- _____. *Law and Limits of Reason*. New York: Oxford University Press, Inc., 2009.
- _____. *Mechanisms of Democracy – Institutional Design Writ Small*. New York: Oxford University Press, Inc., 2007.
- _____. *Judging under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006.
- WEFFORT, Francisco C. (Org). *Os Clássicos da Política*. Vol. 1, 13. ed., 2.v., São Paulo: Editora Ática, 2000.