

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
ESPECIALIZAÇÃO EM ADVOCACIA DE ESTADO E DIREITO PÚBLICO

Carlos Augusto Troyack

DIREITOS SOCIAIS E SUA EFETIVAÇÃO EM JUÍZO

Porto Alegre  
2016

Carlos Augusto Troyack

DIREITOS SOCIAIS E SUA EFETIVAÇÃO EM JUÍZO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Advocacia de Estado e Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel

Porto Alegre  
2016

Dedico este trabalho à minha esposa e filhos que me impulsionam a sempre buscar novos conhecimentos.

## **AGRADECIMENTOS**

Nesse momento, quero agradecer aos meus amigos da Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em Novo Hamburgo-RS que sempre me ajudaram ao longo do curso.

”Se você pensa que pode ou se pensa que não pode, de qualquer forma você está certo.”

***Henry Ford***

## RESUMO

A situação dos serviços públicos em nosso país é cada vez mais precária. A CRFB no art. 6º, *caput* elenca uma série de direitos sociais, dentre eles o direito à saúde. Garantir a implementação de tais direitos é dever do Estado através do Poder Executivo, porém, ocorre que, na grande maioria das vezes, este não tem conseguido fazer políticas públicas eficazes. Em virtude disso, faz-se necessário que o poder judiciário atue ativamente na efetivação dos direitos sociais, assegurando, muitas das vezes, que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana seja aplicado em nosso país, fazendo valer, assim, o que determina a Constituição.

**Palavras-chave:** Direitos Sociais. Efetivação. Poder Judiciário

## **ABSTRACT**

The situation of public services in our country is increasingly precarious. The CRFB in art. 6, caption lists a series of social rights, including the right to health. Ensure the implementation of such rights is the duty of the state through the executive branch, however, is that in most cases, this has failed to make effective public policy. As a result, it is necessary that the judiciary actively act in attaining social rights, ensuring, often, that the Principle of Human Dignity is applied in our country, enforcing thus what determines the Constitution.

**Key-Words:** Social rights. Effective. Judicial power.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	09
2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE.....	11
2.1 O Direito Fundamental Social à Saúde e sua Efetividade .....	14
3 O ATIVISMO JUDICIAL E SUA IMPORTÂNCIA NA EFETIVIDADE DE DIREITOS SOCIAIS.....	19
3.1 A Judicialização dos Direitos Sociais .....	21
4 O PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO E O CUMPRIMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS QUE TUTELAM DIREITOS SOCIAIS .....	27
CONCLUSÃO.....	37
REFERÊNCIAS .....	39



## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade civil brasileira tem experimentado a carência de direitos sociais, sobretudo na implementação e efetivação do direito social à saúde, sendo este um direito de todos e obrigação do Estado, conforme preceitua o Art. 195 da nossa Lei Maior, e que está intimamente vinculado a algo fundamental: o direito à vida.

Diariamente, vemos na imprensa, casos de verdadeiro abandono de hospitais e postos de saúde, onde a população é humilhada e abandonada por quem tem o dever de protegê-la e ampará-la. Falta de médicos e de medicamentos, inexistência de leitos para internamento e UTI, superlotação das unidades de saúde são apenas alguns exemplos das deficiências existentes.

É enorme a quantidade de pessoas carentes, portadoras de patologias graves e sem recursos suficientes para pagar um plano ou seguro de saúde privado, que procuram os hospitais públicos tentando conseguir vaga para atendimento e/ou internamento. Não é raro acontecer o falecimento, antes mesmo de se receber os primeiros cuidados médicos. Sem falar, ainda, nas epidemias de dengue e febre amarela que assolam diversas regiões do país. Tais fatos, sem sombras de dúvidas, expõem os cidadãos a intensos sofrimentos e constrangimentos afrontando diretamente a dignidade de tais pessoas.

Tal situação também não é diferente quando se está diante do direito social à educação. É comum vermos crianças fora das escolas, ausência de repasse de verbas para aquisição da merenda escolar, alunos estudando em condições degradantes, professores desvalorizados e desmotivados e etc.

Para justificar o não cumprimento da sua obrigação constitucional, o Estado, muitas vezes, alega a inexistência de recursos em virtude de limitação orçamentária.

Não se discute que é função primária do Legislativo e do Executivo, a prerrogativa de formular e executar as políticas públicas, porém cabe ao Judiciário, de forma excepcional, determinar que elas sejam implementadas, sempre que os órgãos estatais descumprirem os encargos sob sua responsabilidade e vierem a

comprometer, com a sua omissão e incompetência, a eficácia e a integridade dos direitos sociais, consagrados em nossa Constituição.

O Judiciário possui um papel preponderante e importante neste tema. Ele pode, e deve, garantir a efetivação dos direitos sociais determinando que o Estado providencie os recursos necessários, seja através da suplementação de créditos orçamentários, ou do remanejamento/transferência de uma categoria menos importante, como propaganda governamental, por exemplo, para áreas vitais da sociedade.

## 2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

Os princípios transmitem a ideia do núcleo do próprio ordenamento jurídico. Como bases de um sistema, funcionam como orientadores para as normas jurídicas, de modo que se estas apresentarem preceitos que não se encontram no rumo indicado, imediatamente esses seus preceitos serão invalidados. Assim, consiste em disposições fundamentais que se irradiam sobre outras normas, servindo de critério para uma exata compreensão. A irradiação alcança todas as demais normas jurídicas, moldando-as conforme as suas diretrizes de comando.

Princípio é o mandamento basilar de um sistema, ou seja, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

A dignidade da pessoa humana<sup>1</sup> encontra-se no âmago da ordem jurídica brasileira tendo em vista que concebe a valorização da pessoa humana como sendo razão fundamental para a estrutura de organização do Estado e para o Direito. O legislador constituinte elevou à categoria de princípio fundamental da República. O princípio da dignidade da pessoa humana impõe um dever de abstenção e de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana. É imposição que recai sobre o Estado de o respeitar, o proteger e promover as condições que viabilizem a vida com dignidade. Ingo Wolfgang Sarlet amplia-lhe a abrangência:

Para além desta vinculação (na dimensão positiva e negativa) do Estado, também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.(...) Que tal dimensão assume particular relevância em tempos de globalização econômica.<sup>2</sup>

---

1 AFONSO DA SILVA, José. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 146.

2 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 109/140.

O princípio da dignidade da pessoa humana adquiriu contornos universalistas, desde que a Declaração Universal de Direitos do Homem o concebeu em seu preâmbulo<sup>3</sup>. Em sequência, o seu artigo 1º proclamou que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Partindo dessa proclamação, Jorge Miranda sistematizou características da dignidade da pessoa humana, como segue:

a) a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; c) o primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade; d) a proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição de direitos; e) a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.<sup>4</sup>

No Brasil, apesar do elevado grau de indeterminação, o princípio da dignidade da pessoa humana, constitui critério para integração da ordem constitucional, prestando-se para o reconhecimento de direitos fundamentais mesmo que não positivados.

O constituinte quando elencou o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento da República Federativa do Brasil, no art. 1º, inciso II da CRFB, não somente carregou em simbolismo mas também o erigiu como valor supremo de nossa ordem jurídica ou como valor fonte fundamental do direito.

Porém, conceituar o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana não é uma tarefa das mais fáceis, contudo, isso não importa em esvaziamento de seu conteúdo. Já disse o prof. Daniel Sarmento em sua obra que:

---

3 A Declaração Universal de Direitos do Homem o concebeu em seu preâmbulo: "Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo... Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla."

4 MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo IV .Coimbra:Coimbra, 1991, p. 169.

A essência do princípio em questão é difícil de ser capturada em palavras. Esta fluidez, porém não diminui a importância do Princípio mas antes enriquece-o possibilitando a sua incidência sobre uma infinidade de situações que, dificilmente, poderiam ser previstas de antemão pelo legislador constituinte.<sup>5</sup>

A pessoa humana é o valor fonte do ordenamento jurídico sendo dever do Estado promover a dignidade humana em todas as suas proporções.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ganhou força com o advento dos ideais iluministas a partir do século XVIII, conjuntamente com o constitucionalismo.

Ademais, com o advento das duas grandes guerras surgidas na primeira metade do século XX, a dignidade da pessoa humana assumiu o status de parâmetro, inclusive das relações internacionais. Durante essas guerras e, principalmente após a Segunda Guerra mundial, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi incrementado, tendo em vista os sofrimentos causados aos seres humanos.

Em virtude de tais acontecimentos este princípio começou a figurar primeiramente nas declarações dos direitos do homem, promovida pela ONU em 1948 e, depois, foi sendo, aos poucos, acrescentado em vários textos constitucionais.

Entretanto este princípio só ganhou status constitucional no Brasil, após a CRFB de 1988.

É importante lembrar que a alocação deste princípio em nosso ordenamento se deu de forma privilegiada tendo em vista o mesmo ser objetivo fundamental de nossa ordem Constitucional.

Verifica-se, portanto, considerando a posição estratégica do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e este sendo o valor axiológico de fundamentação dos direitos fundamentais que toda a interpretação constitucional e toda a ação estatal deve estar pautada para a efetividade deste princípio, não restando dúvidas

---

<sup>5</sup> Sarmiento, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 58

que a ausência ou a prestação deficitária dos serviços públicos de saúde, por exemplo, afetam sobremaneira a dignidade do ser humano.

## **2.1 - O Direito Fundamental Social à Saúde e sua Efetividade**

O direito à saúde do cidadão está previsto no art. 6º, caput da CRFB, sendo este um direito social fundamental.

A eficácia dos direitos fundamentais sociais não é tema pacífico em nossa doutrina e jurisprudência tendo em vista que eles dependem de regulamentação.

Todavia, são direitos com um conteúdo diferente, mas não no sentido de se contraporem aos direitos fundamentais de liberdade, por exemplo, mas sim no sentido de complementá-los, já que sem os direitos sociais a liberdade não seria real, como quer nossa constituição.

O cerne desta questão está justamente na juridicização dos direitos fundamentais sociais, pois, não só se deve reconhecer a vinculação do legislador como também admitir que se trata de direitos cuja eficácia deve ser imediata não dependendo de provimentos legislativos ulteriores.

Apesar disso, uma grande parcela da doutrina defende o entendimento de que tais direitos são normas constitucionais de eficácia limitada. De certa maneira, tal posicionamento acaba por relegar a sua eficácia ao poder discricionário do administrador ou do legislador já que a estes compete a elaboração das normas, sua regulamentação e a implantação de políticas públicas.

Entretanto, não se pode atribuir caráter programático ao direito fundamental à saúde sob pena de simplesmente deixar de se aplicar a Constituição e, conseqüentemente, legitimar uma ofensa ao Princípio Fundamental da Dignidade Humana, pois uma vida sem direito à saúde é uma vida sem dignidade.

Pode-se dizer com certeza que quando o legislador constituinte elegeu o direito à saúde como fundamental, deu-lhe uma proteção jurídica diferenciada já que tais direitos devem gozar de uma proteção jurídica mais efetiva.

Ingo Sarlet, ao dissertar sobre o tema, com amparo na Lei Federal 9.313/96 – a qual institui o programa de atendimento dos portadores do vírus da AIDS -, sustenta que o direito à saúde previsto no caput do art. 6º da CRFB/88 autoriza a propositura de demandas individuais em face da administração pública.

[...] sempre onde nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente – em se cuidando da saúde – da própria vida, integridade da pessoa física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em juízo.<sup>6</sup>

O direito fundamental social à saúde deve ser visto sob o aspecto formal e material.

Sob o aspecto formal, este direito faz parte de nossa constituição escrita e, desta forma, está no ápice de nosso ordenamento jurídico. E, sendo norma fundamental, está garantida dentro dos limites formais e materiais quais, sejam, as cláusulas pétreas, não podendo ser modificada simplesmente por simples vontade do legislador constituinte derivado. Por fim, tendo o legislador constituinte originário elencado o direito à saúde como direito fundamental e, diante do que preceitua o art. 5º § 1º da CRFB, que diz que normas definidoras de direito têm aplicação imediata, percebe-se que tal direito é diretamente aplicável, independentemente da atuação legislativa ulterior ou de discricionariedade do administrador público. E, no que diz respeito à fundamentalidade material, não é preciso se estender muito, pois está na importância do bem jurídico tutelado. Ora, não há que se falar em dignidade se não se possui saúde.

Sabe-se que os direitos fundamentais possuem uma eficácia irradiante, ou seja, os valores em que se baseiam os direitos fundamentais incidem em todo ordenamento jurídico e, por conseguinte condicionam a interpretação das normas e formam diretrizes para o legislador, a administração e o judiciário. Esta eficácia enseja a humanização da ordem jurídica, pois no momento de aplicação destas

---

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. In; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O Direito Público em Tempos de Crise: Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 131

normas elas deverão estar revestidas de dignidade humana, igualdade substancial e justiça social.

Ingo Sarlet<sup>7</sup> diz que o direito fundamental à saúde goza de proteção em seu duplo aspecto, quais sejam: é direito de defesa à medida que impede o Estado de ingerências indevidas na saúde do titular sendo também impeditivo aos particulares de acordo com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Pelo aspecto positivo tem-se as internações, os fornecimento de remédios e etc.

O STF entende o direito fundamental à saúde como sendo direito público subjetivo, conforme exposto em trechos do Agravo de Instrumento nº 547758/RS abaixo transcrito.

[...]Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa. A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa. Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput" e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas. Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. [...]8

---

7 SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988**. Revista diálogo jurídico, Salvador, CAJ-Centro de atualização Jurídica, n. 10, janeiro de 2002, p. 8. Disponível na internet: [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br). Acesso em 25 de Agosto de 2015.

8 STF, AI 54.7758/RS, DJ 04/08/2005 PP-00072



No Recurso Extraordinário nº 394820/SP o STF reafirma sua posição de que o direito à saúde é uma garantia individual do homem sendo portanto indisponível, devendo ser prestado pelo Estado a todo aquele que necessite.

[...] Prima facie, cabe asseverar que os serviços de saúde, enquanto direitos sociais, constituem dimensão das garantias fundamentais do homem, exigindo prestações positivas proporcionadas, direta ou indiretamente, pelo Estado, que, vinculado aos princípios da universalidade e igualdade de acesso às ações que objetivam promover, proteger ou recuperar a saúde, deve intervir em favor dos seus destinatários, que não podem, por razões óbvias, ficar relegados aos interesses econômicos das empresas seguradoras. Em tal contexto, não há falar em direito disponível, caráter que, estabelecido como premissa pelo acórdão recorrido, representa um desfoque de compreensão e torna insubsistentes seus fundamentos. 9

Os tribunais superiores não poderiam dar outro enfoque ao direito social à saúde que não o dado acima, pois o art. 196 da CRFB determina a todos sua observância.

Não há dúvidas que, em face do princípio da efetividade, toda norma constitucional é dotada de eficácia jurídica e deve ser interpretada buscando sempre sua máxima efetivação.

Grande parte da doutrina, hoje em dia, prega o chamado direito fundamental à efetivação da Constituição. Tal direito apresenta-se em uma dupla dimensão, subjetiva e objetiva. Pela dimensão subjetiva, ele investe o cidadão da posição jurídica de exigir, até mesmo junto ao Judiciário, o desfrute imediato de todos os direitos e garantias fundamentais, bem como de exigir a emanção de normas ou atos materiais de concretização da Constituição. Pela dimensão objetiva é irradiada uma eficácia dirigente, impondo ao Estado o dever jurídico permanente de concretizar e realizar todas as normas constitucionais, incumbindo a todos os órgãos e a todas as entidades estatais o poder-dever de efetivá-las.10

Assim, nessa perspectiva fundamental do direito à efetivação da constituição, deverão ser aceitos pela ordem jurídica o direito subjetivo ao gozo imediato das posições consagradas nas normas definidoras de direitos e o direito

---

9 STF, RE 394820/SP, DJ 27/05/2005 PP-00076,RDDP n. 29, 2005, p. 151-152

10 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público: Em Busca de uma Dogmática Constitucional Transformadora à Luz do Direito Fundamental à Efetivação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004

subjetivo à emanção de atos legislativos, administrativos e judiciais de concretização constitucional para a satisfação das necessidades do ser humano. A dignidade da pessoa humana eleva o ser humano como um fim em si mesmo e o fim natural de todos os homens é ir em busca de verem satisfeitos seus desejos e necessidades.

A não efetividade da Constituição, em razão da omissão dos órgãos do poder, representa um lastimável obstáculo ao desenvolvimento da dignidade humana, o que significa uma desmedida incongruência, pois a dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser do Estado e de todo o sistema jurídico.

Pelo acima exposto, vemos que o direito fundamental à saúde, por íntima ligação ao Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana não necessita de legislação ulterior para que tenha eficácia. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível e é assegurado à generalidade das pessoas pela própria Constituição, traduzindo bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência em saúde. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política, que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro, não pode se converter em promessa constitucional sem eficácia.

Cabe ressaltar que o fim principal da Carta Política de 1988 é o de promover o bem-estar social, de modo que sejam asseguradas as condições mínimas de existência, a fim de que, a partir desse ponto, haja a possibilidade de uma otimização de tal existência.

Sendo assim, é imprescindível ter em mente que sempre que os argumentos contra o reconhecimento dos direitos sociais como direitos subjetivos a prestações esbarrarem no bem maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da ponderação de valores constitucionais resultar a prevalência do direito social prestacional, haverá que se reconhecer tais direitos

como subjetivos e definitivos, ou seja, que possam ser buscados pela via judicial, possibilitando, dessa maneira, sua efetivação.

### **3 – O ATIVISMO JUDICIAL E SUA IMPORTÂNCIA NA EFETIVIDADE DE DIREITOS SOCIAIS**

O ativismo judicial surge com o novo patamar alçado pela constituição e o papel dado ao poder judiciário de garantir sua fiel aplicação. No Brasil, a constituição de 1988, reflete bem a tendência mundial iniciada após a segunda guerra de se dar vital importância a direitos e garantias fundamentais, sobretudo os de cunho social.

Tal ideia acompanha as inúmeras mudanças do Direito Constitucional que geraram uma alteração no modo de pensar e praticar o direito. Barroso afirma que tais mudanças podem ser compreendidas por meio da análise de pontos de vistas históricos, filosóficos e teóricos, denominados, pelo autor, como os “três marcos fundamentais” da nova “percepção da Constituição e de seu papel na interpretação em geral”.

Conforme já mencionado acima, uma nova concepção de democracia, após a Segunda Guerra Mundial, em alguns países, bem como, na década de 70, os novos modelos de Constituição adotados na Europa, caracterizam o marco histórico do novo Direito Constitucional. No Brasil, é constatado a partir da Constituição Federal de 1988, em que se passou de um Estado ditatorial para um Estado Democrático de Direito, onde as atenções foram voltadas para a efetivação de direitos, como igualdade, justiça social, e, ainda, com a garantia de direitos fundamentais.

Alguns autores entendem que, após a Segunda Guerra Mundial, observa-se uma terceira forma de Estado de Direito. A preocupação com os direitos fundamentais e com a democracia – pilares do novo modelo de Direito Constitucional – proporcionaram um grande avanço nas constituições que, até então, eram voltados aos interesses de um estado intervencionista.

O marco filosófico ocorre pela superação da filosofia jurídica positivista, denominada de pós-positivismo. No Brasil, é observada pelo reconhecimento da normatividade dos princípios, mesmo que não positivados. Da mesma forma, identifica a dignidade da pessoa humana como o princípio fundamental mais importante, conferindo-lhe caráter norteador aos demais direitos fundamentais.

Nesse sentido, são oportunas as lições de Barroso:

“O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana”.<sup>11</sup>

Por fim, valendo-se da classificação de Barroso, tem-se o marco teórico caracterizado por três grandes mudanças de paradigmas, são eles: a) o reconhecimento da Constituição como força normativa; b) a expansão da jurisdição

---

11 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 30 de dezembro de 2014

constitucional e c) o desenvolvimento de novas categorias da interpretação constitucional.

A partir dos marcos mencionados, observa-se no Brasil o surgimento de dois fenômenos: a constitucionalização do Direito e a judicialização das relações sociais, os quais, conseqüentemente, fizeram emergir uma postura ativa Supremo Tribunal Federal e demais órgãos do judiciário.

### **3.1 - A Judicialização dos Direitos Sociais**

Entende-se por judicialização a resolução de conflitos realizada pelo Poder Judiciário. Na seara dos direitos sociais, tal judicialização se dá, principalmente, em face dos Poderes Executivo e Legislativo, em virtude, geralmente, de omissão destes. Esta omissão recebe pela doutrina o nome de síndrome da ineficácia das normas constitucionais, uma vez que determinados dispositivos constitucionais originam uma obrigação legislativa. O Judiciário muitas vezes, visando garantir o gozo dos direitos previstos nos dispositivos constitucionais, que, em tese, só poderiam ser exercidos com criação de uma norma infraconstitucional pelo legislador, é obrigado a exceder sua competência, fato que caracteriza a judicialização.

Nesse sentido, citam-se os apontamentos de Castro:

“A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo mostra-se falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um ‘direito’ e um ‘interesse político’, sendo possível se caracterizar o desenvolvimento de uma ‘política de direitos’.”<sup>12</sup>

---

12 CASTRO, Marcos Faro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. Revista de Ciências Sociais, São Paulo, n. 34, v. 12, 1997, p. 27.

Com efeito, não restam dúvidas que a judicialização é um meio de se concretizar a Constituição, pois representa um aumento do seu rol de intérpretes. Assim, percebe-se que a preocupação maior é com o bem estar social, garantir aos cidadãos, mesmo diante da falta de regulamentação ou de omissão, o exercício de seus direitos.

A democracia e a separação dos poderes são analisadas em conjunto, fornecem ao Poder Judiciário uma forma de atuação independente. Ademais, a Constituição protege uma série de direitos, inclusive os políticos, fato que facilita a atuação dos juízes e, conseqüentemente, conduz a judicialização, pois através do reconhecimento dos direitos e garantias individuais da minoria têm-se um controle das ações da maioria, neste caso, representadas pelo legislativo e executivo.

Ronald Dworkin, em sua obra, “Uma questão de princípios”, explica que:

“[...] Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas. [...]”<sup>13</sup>

É necessário salientar que só é viável a judicialização das relações sociais em países onde há constituições cujo enfoque principal paira na igualdade e na dignidade humanas. No Brasil, o fenômeno é observado a partir da Constituição Cidadã de 1988 que instituiu uma série de princípios e conferiu ao Poder Judiciário o dever de garantir tais direitos fundamentais.

Nesse diapasão, tem-se a inefetividade das instituições majoritárias. Tal inefetividade ocorre quando os Poderes Legislativo e Executivo, sejam por falta de representatividade ou funcionalidade, não conseguem desenvolver políticas públicas eficazes, cabendo, desta forma, ao Poder Judiciário atender as demandas.

---

13 DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.32.

Nesse sentido, faz-se pertinente observar os ensinamentos de Barroso, acerca da judicialização no Brasil:

“No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal podem pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz européia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.”

Segue, ainda, Barroso:

“O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o deficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais [120]. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.”

Assim, não restam dúvidas acerca da importância da judicialização, sobretudo dos direitos sociais, pois o Poder Judiciário tem a obrigação de agir sempre que provocado, a fim de que não incida no mesmo vício omissivo dos demais Poderes.

Nesse momento, é necessário salientar que o ativismo judicial deve ser entendido como um mecanismo de pró-atividade de um judiciário a partir do momento em que for provocado a sair de sua inércia, nos termos da constituição de 1988.

A aplicação do ativismo judicial ganha relevo de importância ímpar na vida da sociedade.

Quando um hipossuficiente se encontra necessitado de um medicamento que vai além de seus recursos, e este não restou fornecido por meio de políticas públicas regulares e eficazes, ou quando o hipossuficiente vai aos hospitais públicos e não encontra leito para se internar, é a Função Jurisdicional, que provocada diante da ineficiência do Estado-Administração, será capaz de obrigá-lo a pagar o remédio e a providenciar a internação, ainda que em hospital privado caso não haja realmente vaga disponível em hospitais públicos, para que desta forma se faça cumprir o direito fundamental à saúde.

Frise-se por oportuno, que a tutela jurisdicional não pode ser difundida sem provocação, e sim prestada materialmente a quem procurou o judiciário. Seja em uma demanda individual ou por intermédio dos diversos legitimados à propositura de demandas coletivas.

O judiciário, nesse caso, atuará diante de um caso concreto em que foi identificada a violação de um direito social, por ação ou inércia do Legislativo ou do Executivo, e aplicará mecanismos para implementá-lo e torná-lo efetivo.

Não cabe mais pensar na repartição de poderes como mera divisão burocrática de funções no organograma do Estado. Sua função é muito mais nobre



e fundamental para a preservação do governo democrático e dos direitos e garantias fundamentais. Quando um poder anda mal, como no mencionado caso das escolhas feitas nas políticas públicas de saúde em detrimento de direitos básicos dos cidadãos, deve outro agir de forma a sanar, o mais prontamente possível, a omissão.

Temos, então, dois pontos importantes preconizados pelas doutrinas do processo de massa e da efetividade da prestação jurisdicional. Não só o Poder Judiciário deve garantir ao maior número possível de pessoas o bem da vida a que têm direito, não podendo excluir de apreciação lesão a direito (Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV), como deve garanti-lo em tempo hábil de ser fruído (CF, art. 5º, inciso LXXVIII).

A atuação mais vigorosa do Judiciário, verificada nos últimos anos, tem flagrante apoio da população em geral, sobretudo daqueles que sofrem diariamente com a inação e ineficiência das instituições públicas. O povo é o verdadeiro juiz da qualidade da legislação e da atuação judicial.

O político brasileiro, parlamentar (Legislativo) ou agente da Administração Pública (Executivo), ao lançar uma grande expectativa por meio do texto da lei – e esta no sentido lato, podendo ser Constituição, lei infraconstitucional, decreto presidencial etc– tende a frustrar a população, se não houver possibilidade real de cumprir a norma estabelecida.

No Brasil, o ambiente democrático reavivou a liberdade e fortaleceu a imprensa, que municiou a população de informações dando-lhe melhor percepção da realidade.

Uma população bem informada tem consciência de seus direitos e garantias fundamentais e sabe identificar com mais clareza as deficiências do sistema. Diante da constatação da inação estatal, esse indivíduo pode buscar junto ao estado-juiz a efetivação de seu direito.

Não se prega aqui uma atuação judicial desprovida de limites e parâmetros, nem tampouco uma ruptura com o princípio da separação dos poderes,

mas sim a necessidade de se buscar a correção de distorções observadas, sobretudo na fiel efetivação dos direitos sociais. Se os Poderes Legislativo e Executivo não cumprem adequadamente seu papel, não é concebível que a sociedade fique desamparada, vindo o Poder Judiciário a “equilibrar a balança” e possibilitar a fruição dos direitos sociais previstos na constituição.

As transformações pelas quais o mundo tem passado, refletem na organização social, na forma de atuação do Estado e, conseqüentemente, nas relações entre os Poderes de Estado e o Direito.

No Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988, inúmeros deveres exigíveis pelos cidadãos foram atribuídos à Administração Pública.

Com a finalidade de construir um Brasil melhor e garantir a efetivação dos direitos sociais constitucionalmente previstos, todas as esferas de Poder devem colaborar. E na própria constituição está a competência do Poder Judiciário de analisar qualquer violação ou ameaça a direito, assim como, e principalmente, a de proteger seu texto contra ofensas de toda ordem mesmo que provenientes dos demais Poderes.

Neste sentido, no sistema jurisdicional brasileiro contemporâneo é permitido ao Judiciário interferir na atuação do poder político mediante análise das políticas públicas e a implementação, quando necessário, de sua execução.

Nos casos em que o Poder Executivo ou Legislativo não têm tomado frente às necessidades sociais, o cidadão não pode ficar à mercê da benevolência daqueles que estão inertes em suas funções típicas, restando então ao Judiciário a tarefa de suprir essa inércia.

De fato, não se pode falar em afronta à democracia pelo fato de o Poder Judiciário, através de suas decisões, implementar direitos e garantias fundamentais. O Direito não estará substituindo a Política, mas sim vindo ao encontro do que preconiza a constituição.

#### **4 - O PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO E O CUMPRIMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS QUE TUTELAM DIREITOS SOCIAIS**

Não se nega mais a possibilidade de o poder judiciário efetivar direitos sociais constitucionalmente previstos quando é negada ao cidadão a sua fruição. Para tanto, são necessários mecanismos jurídicos aptos a fazer com que os omissos efetivamente cumpram a decisão judicial proferida. O descumprimento voluntário de medidas judiciais, além de ensejar o reconhecimento de ato atentatório à dignidade da justiça, pode gerar sanções de natureza material e processual.

Noutro giro, a mais abalizada doutrina tem defendido o chamado poder geral de efetivação, que consistiria na possibilidade de o magistrado adotar as medidas que entender necessárias para fazer cumprir a decisão judicial por ele proferida. Tal mecanismo é de vital importância para a cabal efetivação dos direitos sociais.

O direito processual contemporâneo cada vez mais busca encontrar mecanismos para fazer com que a demanda jurisdicional possibilite a obtenção do resultado prático equivalente ao adimplemento voluntário, instigando, assim, que o devedor cumpra a obrigação.

Não se pode perder de mira, outrossim, que deixar de cumprir ordem expressa emanada de órgão jurisdicional em uma demanda, além de se traduzir em mofa do Poder Judiciário, consiste em ato atentatório à dignidade da justiça, possibilitando a aplicação de sanções.

Nesse diapasão, os artigos 600, III e 601 do Código de Processo Civil dispõem que:

Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que:

(...)

III - resiste injustificadamente às ordens judiciais;

Art. 601. Nos casos previstos no artigo anterior, o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, **sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material**, multa essa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução. (Grifei)

Os texto legal acima transcrito, coaduna com o espírito que embasou a edição dos artigos 461 e 461-A, também do Código de Processo Civil, que conferem poderes ao magistrado de tomar medidas efetivas e eficazes para fazer cumprir suas decisões.

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1o A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2o A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3o Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4o O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5o Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, **determinar as medidas necessárias**, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6o O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 1o Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2o Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 3o Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1o a 6o do art. 461.

Vê-se que, no parágrafo 5º do artigo 461, o legislador fez constar de forma expressa que o magistrado poderá se valer das **medidas que entender necessárias** para o fim de obter o cumprimento da obrigação.

Com efeito, vale destacar que o artigo 601 do CPC também prevê de forma expressa que o magistrado poderá aplicar multa de até 20% do valor da execução, **além de outras sanções de natureza processual e material** àquele que descumpre ordem judicial em demanda executiva, sendo que tal previsão, valendo-se do sistema e do espírito do código de processo civil, poderia ser utilizada em outras espécies de demanda que não apenas a executiva.

O Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) mantém a mesma sistemática para o cumprimento das decisões judiciais. Vejamos:

Art. 536 No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

§ 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, se houver necessidade de arrombamento.

§ 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

§ 4º No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o art. 525, no que couber.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

(...)

Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que:

(...)

IV - resiste injustificadamente às ordens judiciais;

(...)

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.

Nesse diapasão, o arcabouço de normas processuais acima citado converge no sentido de conferir ao magistrado poderes de efetivar suas decisões, valendo-se dos meios que entender necessários para tanto.

Acerca da aplicação do §5º do artigo 461 do Código de Processo Civil e do chamado poder geral de efetivação leciona a doutrina:

“Como se vê, o dispositivo legal lança mão de uma cláusula geral executiva, na qual estabelece um rol meramente exemplificativo das medidas executivas que podem ser adotadas pelo magistrado, outorgando-lhe poder para, à luz do caso concreto, valer-se da providência que entender necessária à efetivação da decisão judicial.

Claramente, ao lançar mão dessa cláusula geral executiva, o objetivo do legislador infraconstitucional foi o de municiar o magistrado para que possa dar efetividade às suas decisões. Trata-se ele noção já assente na doutrina a

ele que todo jurisdicionado tem o direito fundamental de obter do Poder Judiciário uma prestação jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, seja em decorrência do princípio do devido processo legal (art. 5º, LI V, CF), seja em decorrência do princípio da inafastabilidade da atividade jurisdicional (art. 5º, XXXV, Cf).

O § 5º do art. 46 1 do CPC tem por objetivo permitir a concretização do direito fundamental à tutela executiva e é com essa finalidade que deve ser interpretado e aplicado, exigindo-se do magistrado - destinatário que é da determinação legal - que atue no sentido de garantir à parte o acesso à tutela jurisdicional (resultado) efetiva.

Com os olhos postos nessa finalidade, tem-se admitido que o julgador imponha qualquer medida que, à luz do caso concreto, se mostre necessária, adequada e razoável para a realização do direito reconhecido, seja mediante cognição exauriente ou sumária. É o caso concreto que vai revelar o meio mais adequado.”<sup>14</sup>

Uma das medidas adotadas, na maioria das vezes, para compelir o executado a cumprir o comando judicial, consiste na fixação de multa periódica pelo descumprimento. Saliente-se, inclusive, que tal medida poderá ser tomada diretamente em face do representante de pessoa jurídica responsável pelos seus atos e decisões.

Destaca-se que não se está a falar em desconsideração da personalidade jurídica, mas sim em medida adotada com escopo de fazer o réu cumprir ordem judicial, obrigação esta a ser cumprida na pessoa daquele que tem poderes de representar/presentar a pessoa jurídica.

Nesse momento, invoca-se as sábias lições de Cássio Scarpinella Bueno, acerca da possibilidade de fixação de multa diária diretamente em face do representante da pessoa jurídica:

---

14 DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 5. Salvador: Podivm, 2014, p. 450.



**“(…) Por fim, mas não menos importante, é da especial peculiaridade decorrente da natureza jurídica da multa do art. 461 que deriva o entendimento de que não há qualquer óbice para que as pessoas físicas, que tenham, por força de lei, de estatutos ou contratos sociais, representação (material e processual) de pessoas jurídicas (de direito privado ou de direito público), venham a ser responsabilizadas pessoalmente pelo pagamento da multa, sem prejuízo, evidentemente, de eventual apenação das próprias pessoas jurídicas.** A razão para este entendimento, não obstante sua polêmica em sede doutrinária e jurisprudencial, é a seguinte: as pessoas jurídicas só têm vontade na exata medida em que as pessoas físicas que as representam a manifestem. Se a multa é mecanismo que visa a influenciar decisivamente esta vontade (que, por definição, só pode ser humana), não há como afastar sua incidência direta e pessoal sobre os representantes das pessoas jurídicas, sejam elas privadas ou públicas.(…) 15 (Grifei)”

Sobre o tema, também são oportunas as lições de Fredie Didier Jr., Leonardo J. C Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

“Ainda dentro deste tópico, vale indagar se é possível que o destinatário da multa seja um terceiro (é dizer, sujeito estranho ao processo). É possível que, por exemplo, o magistrado imponha ao réu, pessoa jurídica, um dever de fazer ou não fazer, fazendo previsão de multa a ser imposta à pessoa física (presentante, representante, preposto, agente etc.)que tem poderes para determinar o cumprimento daquela ordem?

Parece-nos que a resposta é positiva. Se a multa é uma técnica de efetivação da tutela jurisdicional e se o magistrado tem autorização legal (calcada num direito fundamental constitucionalmente assegurado) para impor qualquer medida que se mostre necessária à obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente ao adimplemento (art.46 1 , § 5º, CPC), decerto que a imposição de multa a terceiro não pode ser excluída, a priori, do rol de providências que podem ser adotadas pelo juiz.

Não se diga que, com isso, se está confundindo a multa coercitiva com a

---

15 BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 419.

punição por *contempt of court*. Bem se sabe que têm elas caráter distinto - e sobre o assunto falaremos mais adiante. Se a multa é prevista no provimento judicial com o objetivo de obter o cumprimento do comando decisório, inegável é o seu caráter coercitivo. Por isso mesmo, acaso descumprida a obrigação principal, nada impede que a esse terceiro se imponha, além da multa (que visa a forçar o cumprimento), a sanção por prática de ato atentatório à dignidade da justiça (que visa a punir a desobediência já praticada).

Para bem diferenciar uma hipótese da outra, basta ver que, se esse terceiro deixa de ter poderes para efetivar o dever imposto ao réu (p. ex., se ele deixa de ser funcionário ou preposto da empresa devedora), a multa coercitiva cessará sua incidência em relação a ele, passando a incidir quanto àquele que vier a ocupar a sua posição; a despeito disso, o terceiro continuará responsável pelo pagamento da multa pelo *contempt of court*, por ter ela caráter sancionatório.

Admitindo a possibilidade de cominação de multa a terceiro, e tratando de hipótese em que esse terceiro é um agente público, EDUARDO TAI,AMINI faz importante alerta:

"Obviamente, a cominação da multa diretamente ao agente público deve cercar-se de cautelas ainda maiores do que as que se deve ter na cominação da multa contra a própria parte. Por exemplo, em muitos casos, é razoável que tal medida seja deixada para um segundo momento, quando se evidenciar a injustificável resistência do agente público. Além disso, deverá sempre ficar claro no ato da intimação do agente que a multa lhe está sendo cominada pessoalmente". Naturalmente, o mesmo raciocínio se aplica ao terceiro que não é agente público."<sup>16</sup>

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, o julgado abaixo transcrito:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIDOR PÚBLICO. REENQUADRAMENTO FUNCIONAL. ILEGALIDADE. NULIDADE DECRETADA. ORDEM DE RETORNO AO CARGO ANTERIOR. MULTA COMINATÓRIA. PRELIMINARES E ARGÜIÇÃO DE PRESCRIÇÃO

---

16 DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 5. Salvador: Podivm, 2014, p. 464

REJEITADAS. RECURSO PELO MÉRITO PARCIALMENTE PROVIDO. (1) Impõe-se o julgamento antecipado da lide quando a matéria em discussão é unicamente de direito. (2) A investigação realizada pelo Ministério Público, via inquérito civil, é unilateral e tem índole meramente informativa, destinada apenas a colher elementos para o ajuizamento, se for o caso, da ação civil pública, por isso não se fazendo necessário nessa fase estabelecer o contraditório. (3) É possível a declaração incidental de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos em sede de ação civil pública, desde que não constitua hipótese tendente a burlar o sistema de controle constitucional, fato que não se verifica quando a decisão, em caráter incidental, seja destituída de efeito erga omnes, vindo a obrigar apenas as pessoas que concorreram para o ato impugnado. (4) A regra do art. 114, inc. I, da Carta da República não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária. (5) O ato administrativo de reenquadramento funcional que ofende os princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade e isonomia de pretendentes ao cargo público pode ser impugnado via ação civil pública, pois nesse caso o Ministério Público, diante do interesse social relevante, está a defender o próprio patrimônio público. (6) Se o ato administrativo é viciado na sua origem, não gerando efeitos válidos, não se pode entender esteja sujeito à prescrição. (7) Nulo é o reenquadramento funcional que concede acesso a cargo público com atribuições e responsabilidades diversas daquele que compunha o antigo quadro e para o qual o servidor prestou o concurso público. **(8) A responsabilidade pelo cumprimento da ordem judicial que impõe uma obrigação de fazer é do próprio administrador, por meio de quem se exterioriza a pessoa jurídica de direito público a que pertence, de modo que pela desobediência haverá de ser pessoalmente responsabilizado, mesmo pela imposição de sanção de natureza pecuniária, pois o que interessa à Justiça não é a aplicação da multa em proveito do exequente, mas o cumprimento da obrigação imposta e, por conseguinte, a efetividade do provimento jurisdicional.** (TJPR, Acórdão nº 30542, Ap. Cível nº 0424021-9, 4ª Câmara Cível, Rel. Juiz Subst. Adalberto Jorge Xisto Pereira, DJ. 02/05/2008) (Grifos não constantes no original)

Contudo, fixação de multa, não obstante ser a medida adotada na maioria dos casos, não é a única de que pode se valer o magistrado.

Conforme mencionado acima, o art. 461, § 5º do CPC quando traz a expressão “**determinar as medidas necessárias**” dá ao magistrado o poder de escolher o meio que entender adequado e necessário ao fiel cumprimento da obrigação descumprida. O escopo do dispositivo é fazer com que o devedor prefira cumprir a obrigação negada do que suportar os efeitos do seu descumprimento.

Na seara dos direitos sociais, tais mecanismos são de vital importância para efetivar as previsões constitucionais, sobretudo no caso de apatia do poder público, que, em alguns momentos, se mantém inerte mesmo quando deparado com uma decisão judicial executiva *lato sensu* ou mandamental.

Conforme salientando acima, a medida poderá ser tomada diretamente em face da pessoa física que tem a competência para torná-la efetiva, o que aumenta sobremaneira sua eficácia.

Diante da inércia no pronto cumprimento das decisões judiciais, poderá o magistrado determinar as medidas que entender necessárias para compelir a parte a cumpri-la.

Não há dúvidas de que o poder geral de efetivação é um poderoso instrumento nas mãos do poder judiciário com o escopo de possibilitar a concessão da tutela específica buscada em juízo, efetivando, assim, direitos.



## 5 - CONCLUSÃO

Ao observar-se a sociedade, nota-se a necessidade de um novo enfoque dos problemas sociais, em especial no que tange às políticas de saúde pública. A falta de verbas para a satisfação de todas as necessidades da população é notória.

Tal falta de recursos traz a necessidade de uma ponderação entre a essencialidade de uma prestação e a excepcionalidade da situação, ou seja, mesmo um padrão mínimo de existência pode esbarrar na absoluta escassez de recursos materiais, mas apenas na hipótese de uma extrema excepcionalidade.

Caso se constate a existência de verbas e recursos, no qual a problemática reside em sua distribuição, é necessário que os Juízes e Tribunais, quando decidirem sobre a eficácia e efetividade das pretensões em casos específicos, fundamentem suas decisões admitindo o modo como os custos afetam a intensidade e consistência dos direitos, examinando abertamente a competição por recursos escassos que não são capazes de satisfazer a todas as necessidades sociais, implicando em escolhas que favorecem a uns em detrimento de outros. Para tanto, imprescindível ter em mente que sempre que os argumentos contra o reconhecimento dos direitos sociais como direitos subjetivos a prestações esbarrarem no bem maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da ponderação de valores constitucionais resultar a prevalência do direito social prestacional, haverá que se reconhecer tais direitos como subjetivos e definitivos, ou seja, que possam ser buscados pela via judicial.

Saliente-se que a finalidade principal da Constituição é de promover o bem-estar social, de modo que sejam asseguradas as condições mínimas de existência, a fim de que, a partir desse ponto, haja a possibilidade de uma otimização de tal existência. Assim, o argumento da falta de meios financeiros para a implementação dos direitos sociais, em regra, não deve prosperar, uma vez que estes devem ser exatamente os destinos prioritários dos recursos orçamentários. Somente após a destinação de verbas para as prestações sociais caberá o debate sobre o investimento dos recursos estatais remanescentes para outros fins. Portanto, deve-se partir da presunção de que não há sujeição das medidas de

política social à disponibilidade de recursos, sendo que tal presunção somente poderá ser afastada mediante justificção, diante da análise do caso concreto. No que diz respeito ao papel essencial do Judiciário na efetivação do direito social à saúde, deve-se ter em mente que, face aos problemas sociais presentes no Brasil, o princípio tradicional da Separação de Poderes deve ter parâmetros e dimensões novas e diferentes daqueles das nações centrais. Exige-se cada vez mais a influência do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas de saúde e no controle da qualidade das prestações dos serviços básicos, tendo um papel ativo na criação das condições sociais na comunidade. Em outras palavras, o Judiciário brasileiro deve se afastar do formalismo exacerbado e exercer seu importante papel no processo político da realização dos Direitos Fundamentais Sociais através da melhoria gradual dos serviços públicos básicos.

Dessa forma, uma vez não efetivados os direitos fundamentais consagrados na Carta Política pelos poderes ditos legitimados, quais sejam, Poderes Executivo e Legislativo, cabe ao Judiciário intervir, a fim de concretizar os ditames insculpidos na Constituição Federal, através de prestações positivas. Assim, ao dispor sobre as prestações estatais, o Judiciário apenas determina a realização prática da norma constitucional, não permitindo que esta se torne mera diretriz abstrata e inaplicável, ato para o qual é competente. Noutras palavras, não é papel do Judiciário criar novas medidas referentes a direitos sociais, o que consistiria em violação ao princípio da Separação dos Poderes, mas sim trazer uma real efetividade às políticas públicas já existentes, de modo a não permitir que um apego excessivo a formalidades acabe por obstar a concretização das metas principais do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. Poder Constituinte e Poder Popular. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 30 de Dezembro de 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Revista Consultor Jurídico, 22 de dezembro de 2008. Disponível em: < [http://www.conjur.com.br/2008-dez-2/judicialização\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-2/judicialização_ativismo_legitimidade_democratica)> Acesso em 29 de Dezembro de 2014.

BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASTRO, Marcos Faro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. Revista de Ciências Sociais, São Paulo, n. 34, v. 12, 1997.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle Judicial das Omissões do Poder Público: Em Busca de uma Dogmática Constitucional Transformadora à Luz do Direito Fundamental à Efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004

DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 5. Salvador: Podivm, 2014.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001.



MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo IV .Coimbra:Coimbra, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). O Direito Público em Tempos de Crise: Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. Revista diálogo jurídico, Salvador, CAJ- Centro de atualização Jurídica, n. 10, janeiro de 2002, p. 8. Disponível na internet: [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br). Acesso em 25 de agosto de 2015.

SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição. Rio de Janeiro:Lúmen Júris, 2000.