

A JUSTIÇA SOCIAL COMO FUNDAMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS

SOCIAL JUSTICE AS A GROUNDWORK OF JUDICIAL DECISIONS

Lara Bonemer Azevedo da Rocha^{*}

Marcia Carla Pereira Ribeiro^{**}

RESUMO: O presente artigo é voltado ao estudo da aplicação do princípio da justiça social pelo Poder Judiciário como resultado da participação política que lhe conferiu a Emenda Constitucional 45/2004. O estudo se inicia com a análise do princípio do livre convencimento motivado do julgador, com as observações a respeito da restrição imposta a esta liberdade, que deve estar de acordo com o que prescreve a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional em vigor. Em seguida, parte-se para o estudo do princípio da justiça social em suas duas vertentes trazidas pela Constituição Federal de 1988, ou seja, tanto a que compreende os valores referentes à ordem social, como aquela que se relaciona aos preceitos reguladores da ordem econômica. Estuda-se, então, como os Tribunais pátrios têm aplicado o princípio da justiça social, mediante a análise de alguns casos práticos, com as observações sobre a necessidade de atenção à justiça social como um todo. Ao final, serão tecidas considerações a respeito de quem é, de fato, o responsável pela implementação de políticas públicas e quais os efeitos gerados pela prática levada a efeito pelo Poder Judiciário brasileiro ao desconsiderar o viés econômico do princípio da justiça social.

Palavras-chave: Decisões Judiciais; Justiça Social; Livre convencimento

ABSTRACT: In this article it is intended to study the application of the principle of social justice by the Judiciary, which has conceived a large political participation after the implementation of the Constitutional Amendment 45/2004. The study begins with the analysis of the principle of free conviction motivated of the judge, with observations about the restriction of this freedom, which must comply with the prescriptions the Federal Constitution and constitutional legislation in force. Then, we proceed to the study of the principle of social justice in their two biases introduced by the 1988 Constitution, which includes the values inherent of the social order, but also the ones that are related with the economic order. It is studied, then, how has been the application of this principle in the courts in Brazil, through the analysis of some practical cases, with observations on the need for attention to social justice as a whole. At the end, it will be woven some considerations about who is actually responsible for the implementation of public policies and what effects are generated by the practice carried out by the Brazilian Courts in disregard the economic bias of the principle of social justice.

* Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá/PR. Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica – PUCPR, em Curitiba/PR, Brasil.

** Professora Titular de Direito Societário na PUCPR. Professora Associada de Direito Empresarial UFPR. Procuradora do Estado do Paraná. Estágio de Pós-doutorado pela FGVSP (2005-2006). Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa (2011/2012). Pesquisadora Convidada da Université de Montréal - CA (2007). Pesquisa desenvolvida no âmbito do projeto Eficiência do acesso à justiça como fator de desenvolvimento: a instabilidade das decisões judiciais - Chamada MCTI/CNPQ/MEC/CAPES no. 43/13.

Keywords: Judicial Decisions; Social Justice; Free conviction

INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional n. 45/2004 conferiu ao Poder Judiciário uma maior participação no que se refere aos assuntos que envolvem política, implementação de políticas públicas e outros que até então eram resguardados à apreciação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Como consequência, incrementou-se o ativismo judicial, ou, no mesmo sentido, judicializou-se parte das ações políticas. Algumas questões relacionadas à implementação de políticas públicas foram transferidas aos magistrados, aos quais se delegou o poder de decidir de acordo com seu livre convencimento, tendo por parâmetro os novos princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988 e, dentre eles, o da justiça social.

A noção de justiça social, embora não seja objeto de artigo específico que a conceitue no corpo da Constituição Federal, compõe-se especialmente por três preceitos trazidos pela Carta da República descritos no teor do art. 3º e seus respectivos incisos, no art. 170 e no art. 193.

Estes artigos evidenciam que a justiça social não se associa apenas aos valores sociais, como também àqueles que regulam a ordem econômica. Ou seja, preceitos da ordem social e da ordem econômica dão significado ao princípio da justiça social.

Desta forma, ao fundamentar seu entendimento no princípio da justiça social, é imprescindível que o julgador volte sua atenção a todos os valores a ele inerentes, não podendo, sob o pretexto desta aplicação, desvirtuar, por exemplo, a função estritamente econômica de determinado instituto.

Contudo, em que pese à clara existência das vertentes social e econômica que compõem a justiça social, a análise de casos práticos demonstra que este princípio tem sido concebido unicamente em sua vertente social, com o potencial de causar efeitos prejudiciais à economia do país, na medida em que pode onerar o particular com a implementação de uma política pública que integra o rol de competências do Estado.

O presente artigo será desenvolvido por meio da metodologia científica, utilizando-se o método dedutivo, de modo a se obter conclusões a partir das premissas que serão trabalhadas e fundamentarão o presente trabalho, objetivando solucionar a problemática proposta. Será utilizado também o método indutivo, partindo-se de dados particulares para

que, a partir de seu estudo, se possa inferir uma verdade geral não verificada nas partes examinadas.

Sendo assim, de início faz-se necessária uma análise do princípio do livre convencimento motivado do julgador, com especial enfoque na restrição imposta a esta liberdade, que deve estar de acordo com o que prescreve a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional em vigor.

Em seguida, será estudado o princípio da justiça social tanto em sua vertente econômica, quanto em sua vertente social, de acordo com as diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, será verificada a forma com que os Tribunais pátrios têm aplicado o princípio da justiça social, o que será feito mediante a análise de alguns casos práticos colacionados ao presente artigo.

Ao final, considerando a necessidade de observação de que o princípio atenda à justiça social conforme estabelecida na Constituição Federal de 1988, serão tecidas considerações a respeito da responsabilidade pela implementação de políticas públicas, destacando-se, por fim, quais os efeitos gerados pela desconsideração do viés econômico do princípio da Justiça Social, pelo Poder Judiciário brasileiro.

1 A LIBERDADE DECISÓRIA DO JUIZ

O artigo 131 do Código de Processo Civil atribui ao julgador liberdade de convencimento quanto à apreciação das provas juntadas ao processo pelas partes, condicionada esta liberdade à efetiva motivação da decisão.

Desta forma, ao decidir de acordo com o seu convencimento, deverá expor as razões que o motivaram naquele sentido, que, por sua vez, deverão estar em consonância com o que estabelece o ordenamento jurídico vigente.

Neste aspecto, Nelson Nery Junior (2002, p. 481) explica com clareza, ao comentar o referido dispositivo de lei, que “[...] o juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos, devendo decidir de acordo com o seu convencimento [...]”. Assevera, ainda, que “[...] cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento [...]” não podendo “[...] utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem [...]”, fazendo-se necessário que “[...] diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável no caso concreto [...]”.

A fundamentação das decisões judiciais deve, portanto, estar adequada aos preceitos estabelecidos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional vigente, não

podendo constituir mera explicação, já que segundo ensina José Cretella Neto (2002, p. 113) “[...] resguarda a administração da Justiça na prática de dois dos mais intoleráveis vícios, o arbítrio e a parcialidade [...]”.

O que se observa é que o convencimento é livre, porém condicionado às diretrizes estabelecidas pelo ordenamento jurídico vigente. É como diz Humberto Theodoro Junior (1999, p. 65): “[...] livre, mas não arbitrário, posto que deverá ser fundamentado e apenas poderá assentar-se sobre os fatos e circunstâncias do processo [...]”.

O objetivo é de se evitar a arbitrariedade imotivada do julgador no momento em que proferirá sua decisão, decorrente, muitas vezes, da influência de preferências pessoais na adoção de determinada corrente de pensamento.

Pensar em sentido contrário poderia gerar imensa insegurança jurídica, na medida em que deixaria de lado todos os princípios que regem o processo e, em especial, o direito processual civil. Uma vez conferido um grau ilimitado de liberdade de decidir aos julgadores, a previsibilidade das decisões judiciais, que na atualidade já se mostra gravemente comprometida, tornar-se-ia totalmente inócua.

Por tais razões é que se concebe essencial que a compreensão do livre convencimento do julgador deve ser necessariamente atrelada à devida fundamentação das suas razões de decidir que, por seu turno, deve estar em harmonia com a Constituição Federal e com as leis infraconstitucionais em vigência.

1.1 O CRESCIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL

A sociedade, pela sua complexidade, está em um contínuo processo de mudanças e transformações, o que repercute invariavelmente no Poder Judiciário. Este contexto, conforme acentua Claudia Maria Barbosa (2007), “[...] acentua uma crise que era (pode-se dizer) pontual no Estado Liberal, ampliou-se no Estado-providência e, na pós-modernidade, ameaça a própria identidade do Poder Judiciário, cuja demanda assume outras feições [...]”. Por conseguinte, destaca a autora que a judicialização dos direitos sociais e a efetivação dos direitos fundamentais leva à exigência de um novo padrão de desenvolvimento, baseado na sustentabilidade, nos termos do que estabelece a Agenda 21, ou do estabelecimento de outro paradigma para a vida na terra, consoante estabelece a economia ecológica.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e, em especial com a Emenda Constitucional n. 45/2004 houve um aumento da participação política do Poder Judiciário, na

medida em que foi conferido à Justiça um papel de grande relevância no que se relaciona à definição e implementação de políticas públicas.

Como conseqüência, aumentou significativamente o ativismo judicial, principalmente de parte das Cortes Superiores, em especial, do Supremo Tribunal Federal, que passou a protagonizar decisões envolvendo questões políticas e relativas à instrumentalização de políticas públicas.

Este ativismo judicial representa a “[...] liberdade consciente e prudente, com respeito aos princípios constitucionais, dentre eles o da segurança jurídica, de criação dos tribunais pautada na interpretação legal e com o fulcro supremo na efetivação de direitos contidos na Constituição [...]” (SOUZA JUNIOR; MEYER-PFLUG, 2013, p. 467-490). É como leciona Edival da Silva Ramos (2010, p. 70): “[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário, atuar resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias de natureza objetiva (conflitos normativos).”.

Luís Roberto Barroso (2009), neste contexto, afirma que em decorrência da Constituição Federal de 1988 houve o que ele denomina de uma “judicialização da vida” uma vez que “[...] uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial [...]”, citando o exemplo da garantia ao ensino fundamental ou ao meio ambiente equilibrado, afirmando a possibilidade de “[...] judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas [...]”.

Esta participação mais ativa do judiciário na política, na implementação de políticas públicas e, conseqüentemente na vida dos cidadãos em matérias que anteriormente competiam em maior parte aos poderes Executivo e Legislativo, gerou novos fundamentos utilizados nas razões de decidir, pautados em princípios constitucionais interpretados pelas Cortes a fim de satisfazer as expectativas da sociedade no que se relaciona aos problemas sociais.

A propósito, Claudia Maria Barbosa e Danielle Anne Pamplona (2009, p. 71), ao tratarem da judicialização da política e dos fatores que facilitam seu processo, afirmam que:

A teoria constitucional contemporânea, que vem sendo desenvolvida a partir dos anos 60 na Europa e anos 80 na América Latina, também favorece a judicialização da política. A leitura moral da Constituição, a formulação de uma teoria dos princípios, a afirmação da juridicidade das normas então tidas por programáticas, a previsão constitucional de direitos sociais e o amplo rol de direitos fundamentais consagrados, impõem prestações positivas do

Estado, preferências políticas por um ou outro princípio, muitas vezes contrapostos, formulação de políticas públicas que priorizem determinados bens e direitos em detrimento de outros (também exigíveis). Enfim, opções que tradicionalmente se fazia na esfera política e que se tornaram questões constitucionais, cujo controle cabe ao Poder Judiciário.

Barroso (2009), em seu estudo sobre Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, traz no corpo de seu artigo três situações em que se percebe o aumento do ativismo judicial brasileiro. A primeira delas trata de um caso em que houve “[...] aplicação direta da Constituição a situações expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário: o da fidelidade partidária [...]”. Nesta situação, o Supremo Tribunal Federal declarou que a vaga no Congresso Nacional pertence ao partido político, criando uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, não obstante aquelas já existentes na Constituição Federal. Segundo ele a Corte Suprema “[...] em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade [...]” teria extraído “[...] uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa [...]”.

Em seguida, traz a evidência o caso da verticalização, em que o Supremo declarou a inconstitucionalidade de atos normativos emanados do congresso “[...] com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição [...]” (BARROSO, 2009). Neste caso, o Supremo declarou a inconstitucionalidade da aplicação de novas regras sobre coligações eleitorais à eleição que se realizaria em menos de um ano de sua aprovação. Para tanto, assevera Barroso (2009), “[...] precisou exercer a competência – incomum na maior parte das democracias – de declarar a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, dando à regra da anterioridade anual da lei eleitoral (CF, art. 16) o *status* de cláusula pétreia [...]”.E, por fim, cita a categoria de ativismo “[...] mediante imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas [...]”, como é o caso da questão que envolve a “[...] distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial [...]”.

Ao final do seu estudo, traz no Anexo II, dez casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2008 aptos a representar o marco da judicialização da política, dentre os quais convém citar o caso da ADIN 3.510/DF, sobre a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias; da ADC 12 e do RE 579.951/RN, sobre a vedação do nepotismo nos três Poderes; da inexigibilidade e vida pregressa de candidatos a cargos eletivos, conforme ADPF 144/DF; das restrições ao uso de algemas, de acordo com o HC 91.952/SP; e sobre o passe livre para deficientes no transporte coletivo, nos termos da ADIn 2.649/DF.

Estas decisões decorreram de interpretações atribuídas pelos membros do Supremo aos artigos da Constituição Federal, pautadas em princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, da moralidade, da impessoalidade, da presunção de inocência, do devido processo legal, da isonomia, da livre iniciativa, do direito de propriedade, entre outros, os quais, em razão da maior participação do judiciário na fixação de seus conteúdos, adquiriram nova feição.

Também é o que ocorreu como o teor do princípio da justiça social, que será objeto de análise a seguir.

2 O PRINCÍPIO DA JUSTIÇA SOCIAL: VERTENTES DA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA

A Constituição Federal de 1988 traz em seu preâmbulo a justiça como um dos “[...] valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...]” (BRASIL, Constituição, 1988) e, ao longo do texto constitucional, associa o conceito à ideia de justiça social.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (1981, p. 192-193), o conteúdo da justiça social pode ser extraído dos princípios que, de alguma maneira, lhe guardam correspondência, caso do art. 3º, da Constituição Federal, que expressa em seus incisos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, do art. 170, da Constituição Federal, que traz os conceitos de ordem econômica, valorização do trabalho humano, livre iniciativa, existência digna, justiça social e princípios e do art. 193 que trabalha com os objetivos do bem-estar e que expressamente menciona a justiça social (JUNKES, 2005).

Observa-se, portanto, que o princípio da justiça social pode ser visto em duas vertentes: uma delas relacionada à ordem econômica, que prima pela valorização do trabalho humano e pela livre iniciativa e a outra atinente à ordem social.

Sérgio Luiz Junkes (JUNKES, 2005) destaca que o primeiro deles, relacionado à ordem econômica, envolve o art. 170, da Constituição Federal e seus nove incisos, que são vinculados à realização da justiça social, de modo que a inobservância, da valorização do trabalho humano, da livre iniciativa e da existência digna a todos, prejudica, pelo sentido da ordem econômica, a realização da justiça social.

Neste aspecto, afirma o autor (JUNKES, 2005) que o princípio da valorização do trabalho humano exige a primazia do trabalho humano sobre o capital e os demais valores da

economia de mercado. A atividade estatal deve ser orientada à proteção da valorização do trabalho humano, promovendo os valores sociais do trabalho, pressuposto necessário à promoção da dignidade humana e à geração de oportunidades de emprego, que representam bases para o desenvolvimento. Do mesmo modo, pontua que a livre iniciativa, deve estar relacionada à possibilidade do agente econômico atuar livremente, sem interferência externa propiciando o desenvolvimento e expansão da atividade empresarial. O crescimento econômico e a geração de riquezas, na medida em que contribuem para a redução da pobreza, coadunam-se com os fins propostos pela justiça social, propiciando à sociedade uma existência digna.

Nos termos do que aduz Sérgio Luiz Junkes (JUNKES, 2005), a propriedade privada, por seu turno, confere a um indivíduo o direito de explorar o bem, devendo ser respeitado seu direito exclusivo de propriedade. Por óbvio que, conforme preceitua a Constituição Federal, esta deve exercer sua função social, devendo ser produtiva, gerando a produção e circulação de riquezas, de bens e serviços. E prossegue afirmando que a livre concorrência, por sua vez, deve assegurar a concorrência de todos no mercado econômico, evitando-se condutas voltadas à sua eliminação e respeitando-se o direito do consumidor. A concorrência, se praticada corretamente, estimula o desenvolvimento do mercado, incentivando o surgimento de novos produtos e mantendo a qualidade disponibilizada no mercado e o patamar do sistema de preços.

Do mesmo modo, a defesa do meio ambiente constitui fator determinante da atividade econômica, na medida em que reserva grande parte da produção das matérias-primas utilizadas para o consumo humano, do qual depende a sobrevivência humana. A degradação ambiental prejudica o desenvolvimento, trazendo efeitos negativos à vida da sociedade.

Ainda, quanto à busca pelo pleno emprego, afirma o autor que deve ensejar no máximo aproveitamento possível de todos aqueles que estejam aptos a exercer as atividades produtivas, criando-se oportunidades de trabalho para que todos possam viver de forma digna.

Por fim, no tocante ao favorecimento às micro e pequenas empresas, é importante destacar que considerando a sua importância no cenário nacional, na medida em que movimentam o mercado de trabalho, descentralizam as atividades produtivas e comerciais do poder das grandes empresas. Desta forma, seu favorecimento, com prerrogativas administrativas, tributárias, previdenciárias, creditícias e de acesso à justiça, tem o condão de estimular o desenvolvimento econômico do país.

O viés atinente à ordem social está, por sua vez, relacionado ao desenvolvimento em uma sociedade livre, justa e solidária, com o objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização, reduzidas as desigualdades sociais e regionais e de forma a promover o bem de todos, sem preconceitos ou qualquer outra forma de discriminação.

Os três artigos, portanto, o art. 3º, da Constituição Federal, que expressa em seus incisos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o art. 170, da Constituição Federal, que traz os conceitos de ordem econômica, o art. 193 que expressamente menciona a justiça social, e todos os valores trazidos em cada um deles, quando analisados em cotejo, resultam no que define a Constituição Federal como sendo o princípio da justiça social.

Desta forma, por estar o princípio da justiça social expressamente previsto na Constituição Federal, obriga que todos os órgãos do Estado tenham sua conduta pautada na realização da justiça social, o que significa não apenas a adequação da atuação legislativa e executiva, mas também a do próprio judiciário.

2.1 O DEVER PRESTACIONAL DO ESTADO EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS

Ao se considerar que a ideia de justiça social incorpora não apenas os valores relacionados aos direitos sociais, mas também aqueles que regulam a ordem econômica, há que se considerar que para sua correta promoção, deve haver uma atuação conjugada e harmoniosa entre o Estado e o setor privado da economia.

Neste aspecto, já asseverou Eros Grau, na condição de então Ministro do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.950/SP (BRASIL, Supremo, 2006, p. 59) que tratou da questão da meia-entrada garantida aos estudantes devidamente matriculados em estabelecimentos de ensino em eventos relacionados à cultura, lazer e desporto, que:

A ordem econômica ou Constituição econômica pode ser definida, enquanto parcela da ordem jurídica, mundo do dever ser, como o sistema de normas que define, institucionalmente, determinado modo de produção econômica. A ordem diretiva contemplada na Constituição de 1988 propõe a transformação do mundo do ser. Diz o seu artigo 170 que a ordem econômica [mundo do ser] deverá estar fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa e deverá ter por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados determinados princípios. É Constituição diretiva. Mais do que simples instrumento de governo a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos vinculados pelos seus

artigos 1º, 3º e 170. Os fundamentos e fins definidos em seus artigos 1º e 3º são os fundamentos e os fins da sociedade brasileira.

Isto porque, se de um lado, conforme salienta Marcia Carla Pereira Ribeiro (2006, p. 127):

Os direitos sociais configuram deveres positivos do Estado, condicionados, porém, “à capacidade económica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento económico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa” que condicionam a existência e proteção de tais direitos (Canotilho, 1999:443). Podem ser enquadrados na categoria dos direitos derivados a prestações, ou seja, traduzidos como o direito do cidadão a uma participação igual nas prestações estatais concretizadas por lei na medida da capacidade existente (Canotilho, 1999:449).

De outro, deve o Estado, de acordo com o que estabelece a Constituição Federal em matéria da ordem econômica, permitir ao particular uma atuação no mercado a fim de que se possa assegurar o predomínio da iniciativa econômica privada, opção chancelada pela Constituição da República. Permanece, porém, na alçada do Estado, editar normas e tomar medidas voltadas a assegurar que o mercado se desenvolva de forma socialmente desejável.

Deste modo, não se pode conceber que o Estado, fazendo uso de seu direito intervencionista assegurado pela Constituição de 1988, atue em vias de imputar ao agente privado a promoção de direitos que lhe competiria assegurar, tal como eventualmente ocorre em relação aos serviços básicos de saúde, educação e cultura, principalmente.

É certo que tais prestações podem também ser tomadas via iniciativa privada, mas segundo os ditamos do próprio texto constitucional, o dever primordial que prestação destes valores, assim considerados sociais é do Estado. É que como expressão dos direitos sociais, vincula-se aos direitos fundamentais na medida em que dependem de uma estrutura a ser organizada e custeada pelo Estado para que possam ser efetivados.

Um problema, de natureza ideológica, pode ser destacado no sentido de provocar um enfrentamento da questão do papel do Estado e do mercado quanto ao acesso aos direitos sociais. Isto porque, admitindo-se a incapacidade estatal de atender de forma direta e adequada a prestação dos direitos sociais de acordo com o que estabelece a Constituição Federal, abre-se espaço para o compartilhamento da oferta pública e privada. E, nesta linha, como salienta Marcia Carla Pereira Ribeiro (2006, p. 134):

Ora, se o propósito é tornar efetiva a oferta relacionada aos direitos sociais,

se o Estado não pode cumprir satisfatoriamente o papel de ofertante, e se a oferta se produz no mercado, é preciso enfrentar questões concernentes ao poder do Estado para interferir e, por conseguinte, cotejar os direitos sociais ao princípio da liberdade de iniciativa. É preciso que se reconheça, por uma questão de coerência, a extensão do dever do Estado de realizar a oferta e de seu poder no controle da oferta privada.

Ademais, considerando que a oferta da prestação dos serviços sociais estará sujeita às normativas legais gerais estabelecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, de caráter geral e que não acarrete a desconsideração do princípio da liberdade de iniciativa, é importante pontuar que a interferência legislativa e do Poder Judiciário que extrapole a definição destas normas gerais orientadoras das interpretações contratuais, elaboração de planos de desenvolvimento e criação de mecanismos de compensação e fomento de atividades, tende a desestimular a oferta privada, aumentando o déficit de oferta no sistema capitalista (RIBEIRO, 2006, p. 136).

3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA JUSTIÇA SOCIAL COMO FUNDAMENTO DAS RAZÕES DE DECIDIR

Um dos fatores que compromete a eficiência do acesso à justiça é a falta de previsibilidade das decisões judiciais que impede de antemão o cálculo das consequências das condutas.

No campo empresarial, por exemplo, a segurança jurídica demanda que as regras do jogo sejam claras e estáveis, já que a insegurança adiciona riscos – além daqueles inerentes a sua natureza – às relações jurídicas econômicas, pois “[...] as bases em que estas se calcam ficam mais instáveis, seus efeitos mais difíceis de prever, e seus custos e benefícios mais complicados de calcular [...]” (PINHEIRO; GIAMBIAGI, 2006, p. 192).

Como dito anteriormente, um dos fatores que compromete a previsibilidade das decisões judiciais reside na extensão da busca pela justiça social, sem que seja reservado um espaço de consideração com relação às consequências econômicas das decisões.

Vale lembrar a já notória pesquisa levada a efeito por Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 08) com 741 magistrados brasileiros, das justiças estadual, federal e do Trabalho que demonstra que a politização das decisões judiciais é muito frequente e que “[...] as decisões judiciais no Brasil são ocasionalmente baseadas mais nas visões políticas do juiz do que em uma visão rigorosa da lei [...]”, o que segundo os autores, ocorre em casos

envolvendo privatizações, bem como que aqueles que se relacionam com a regulação de serviços públicos e contratos de trabalho e crédito.

O fenômeno é também observado nas situações em que os magistrados buscam a proteção de “[...] certos grupos sociais vistos como a parte mais fraca nas disputas levadas aos tribunais. Os próprios magistrados costumam se referir a esse posicionamento como um reflexo do papel de promover a justiça social que cabe aos juízes desempenhar.” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 08).

Ainda, a pesquisa elucida que:

[...] quando perguntados se levados a optar entre duas posições extremas – respeitar contratos, independentemente de suas repercussões sociais, ou tomar decisões que violem os contratos, na busca da justiça social -, uma larga maioria dos entrevistados (73,1%) respondeu que optaria pela segunda alternativa (...) “o juiz tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 08).

Sendo assim, afigura-se possível constatar decisões tanto das Cortes Superiores, como também de Tribunais dos Estados que, inobstante a função claramente econômica dos institutos, como por exemplo, dos contratos, contrariam as normas prévia e livremente estipuladas pelas partes, para fazer valer a generalidade de um princípio, como aquele da função social ou da justiça social.

3.1 ANÁLISE DE CASOS PRÁTICOS

A invocação da justiça social nas razões de decidir é verificada, em grande parte, nas ações em que se discutem cláusulas de contrato de plano de saúde. Em tais hipóteses, ainda que existente a expressa exclusão do procedimento solicitado pelo consumidor, este aciona o plano de saúde em juízo e exige a prestação do serviço. O julgador, diante da pretensão, entende que, por se tratar de uma relação de consumo e em razão da necessidade de realização do procedimento, deve o plano autorizar a sua execução, arcando com todas as despesas que se fizerem necessárias.

Vale ressaltar, neste contexto, que a hipótese em discussão não diz respeito a procedimentos, equipamentos e demais itens cuja cobertura é obrigatória pela Agência Nacional de Saúde, mas sim, de serviços que poderiam, facultativamente, estar abrangidos pela cobertura ofertada pelo plano de saúde, mas que não estão.

O resultado é que o plano de saúde acaba por ser onerado mediante a prestação de um serviço cuja exclusão de cobertura expressamente consta do contrato que foi livremente firmado com o consumidor, sob o pretexto de que se está atendendo à função social do contrato.

É o que se verifica, por exemplo, do Agravo de Instrumento n. 1109428-7 (BRASIL, Tribunal, 2013), julgado pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em que restou destacado que:

[...] o significado de uma cláusula que limita a o atendimento do serviço na modalidade home care deve ser examinado a partir de um critério necessário para assegurar-se simultaneamente a posição do consumidor, que é titular de um direito ao tratamento o mais adequado possível, e a posição da fornecedora, analisada a posição da operadora especificamente a partir do princípio da justiça contratual [...]. Isso equivale a dizer que, de modo geral, o sistema home care é mais econômico e ao mesmo tempo mais eficiente ao paciente, a recomendar a falta de rompimento do equilíbrio contratual somada aos benefícios ao paciente a decretação da ilegalidade da cláusula que a proscreeve do contrato de seguro saúde.

O mesmo se verifica da Apelação Cível n. 1376968920118260100 (BRASIL, Tribunal, 2012), julgada pela 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *in verbis*:

[...] é nesse contexto que entram em cena os planos privados de saúde, o que, aliás, é uma tendência contemporânea.[...] Se a função desse tipo de contrato é justamente garantir a saúde e a vida num momento de grande necessidade, constitui absoluta violação a este princípio norteador a exclusão total ou parcial de algumas doenças, procedimentos, equipamentos, exames ou tratamentos. 7. Quanto à arguição de que a seguradora não está obrigada a custear procedimentos ainda não inclusos na lista da ANS, tampouco é de se acolher e a mesma lógica é aplicada, considerando-se também que o avanço científico é sempre muito mais dinâmico que o Direito. Assim, não se pode negar o direito do segurado a uma vida com dignidade, quando houve um tratamento idôneo a aliviar seu sofrimento, restituindo sua qualidade de vida e estendendo sua sobrevivência, em especial sob o argumento de que a ANS ainda não atualizou o referido rol e a seguradora não está obrigada a cobrir.

Ainda, neste mesmo sentido, convém trazer à evidência a Apelação Cível n. 9000042182009826 (BRASIL, Tribunal, 2011), julgada pela 4ª Câmara de Direito Privado em que foi determinado que a operadora do plano de saúde fornecesse uma prótese importada, quando a cobertura contratual estava limitada ao fornecimento de uma prótese nacional:

[...] a simples existência de próteses nacionais indicadas para a modalidade de cirurgia a que se submeteu o autor não as tornam, automaticamente, aptas a substituir a indicação médica. O intuito, no tratamento da moléstia, não é apenas o sucesso no momento da realização da cirurgia, ou afastar o risco de morte do paciente, mas, sempre que possível, restituir-lhe ou outorgar-lhe a possibilidade de uma vida saudável, em respeito à dignidade como ser humano [...]além do mais, é bom que se esclareça que o rol de coberturas obrigatórias trazido pela ANS se refere às coberturas mínimas e não impedem que as operadoras ofereçam planos com cobertura mais extensa. Este rol de procedimentos funciona apenas como orientação para as prestadoras de serviços, que não podem excluir ou limitar tratamentos médicos sem expressa previsão legal ou contratual.

O mesmo se observa na Apelação Cível n. 0263725-6 (BRASIL, Tribunal, 2004), julgada pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que, sobre a renovação de contrato de seguro de vida, entendeu que:

A liberdade de contratar tem de cumprir sua função social, tão ou mais importante do que o aspecto econômico do contrato. Assim sendo, os fins econômico-sociais do contrato são diretrizes para a aferição de sua existência, validade e eficácia. Sendo a função social cláusula geral, caberá ao juiz conotar o seu significado com os valores jurídicos, sociais, econômicos e morais do contrato. 2. Por conseguinte, não pode uma pessoa de idade ser privada da manutenção do vínculo contratual de seguro de vida, sob a alegação de que não convém financeiramente à seguradora manter o contrato, o que acarretaria à segurada frustração de sua expectativa de segurar a própria vida, prejuízo irreparável, pois talvez não possa contratar outro seguro de vida, caso não disponha mais de saúde integral.

De maneira mais abrangente, sob a ótica de contratos em geral, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a função social do contrato “[...] é um princípio determinante e fundamental que, tendo origem na valoração da dignidade humana (art.1º. da CF), deve determinar a ordem econômica e jurídica, permitindo uma visão mais humanista dos contratos que deixou de ser apenas um meio para obtenção de lucro [...]”, conforme asseverou o Exmo. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Especial de n. 1272995/RS (BRASIL, Superior, 2012).

A interpretação atribuída, neste caso, ao conceito de função social do contrato desconsideram que o princípio da justiça social como um todo que, conforme delineado no tópico antecedente, comporta quatro grupos de preceitos distintos que, quando somados e apenas assim, são aptos a proporcionar a justiça social, ao permitirem a conjugação de preceitos atinentes à ordem econômica e à ordem social, nos termos estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

Na contramão dos posicionamentos jurisprudenciais já comentados, a Exma. Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial de n. 803481/GO (BRASIL, Superior, 2007, p. 462), julgado em 28.06.2007, asseverou que a função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico e que este não pode ser ignorado, a pretexto de cumprir-se uma atividade beneficente. Prossegue afirmando que ao contrato incumbe uma função social, mas não de assistência social e por mais que o indivíduo mereça tal assistência, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. Conclui no sentido de que o instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser postos de lado pela lei e muito menos pelo seu aplicador.

Neste sentido é o ensinamento de Armando Castelar Pinheiro que assinala que para os empresários, a justiça social deve ser concretizada “[...] essencialmente através da redistribuição da receita de impostos, notadamente através das políticas públicas nas áreas de educação, saúde, habitação etc.” (PINHEIRO, 2008, p. 43). Do contrário, estaria apenas prejudicando a economia, desrespeitando contratos, aumentando riscos nas transações econômicas e introduzindo prêmios de riscos que reduzem salários, aumentam juros, burocracias e preços em geral (PINHEIRO, 2008, p. 43).

A aplicação da justiça social não pode comprometer o dever de que o convencimento dos magistrados esteja motivado de acordo com o que estabelece o ordenamento jurídico. Com relação ao princípio da justiça social, devem ser considerados todos os seus perfis e, particularmente o econômico, também essencial à promoção da justiça social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que a Emenda Constitucional n. 45/2004 conferiu uma maior participação política ao judiciário, que passou a protagonizar decisões envolvendo questões da ordem do político e de implementações de políticas públicas.

Neste contexto, trouxe a obrigação de que todos os órgãos públicos tenham suas condutas pautadas de acordo com o princípio da justiça social que comporta não apenas os valores compreendidos na ordem social, mas também aqueles que se relacionam com a ordem econômica.

Por esta razão, não pode o Judiciário, a pretexto de concretização dos valores infligidos à justiça social, se tornar agente implementador de políticas públicas quando para isto for necessário desconsiderar preceitos econômicos que se relacionam à questão no caso concreto.

Não se está a aduzir que o Judiciário deve agir sem considerar a questão da justiça social ou mesmo contrariá-la, mas sim que deve pautar sua atuação na aplicação desta diretriz em seu sentido mais completo, esquivando-se, todavia, da função de promoção de políticas públicas que devem ser fixadas pelo Poder Legislativo e Executivo, de forma a que possam ser consideradas em seus aspectos orçamentários e financeiros, evitando-se o colapso de valores atinentes à ordem econômica.

Nesta seara, a atividade econômica privada não pode ser prejudicada com decisões fundadas apenas no viés social do conceito de justiça social, de forma a que resulte no aumento extraordinário dos riscos já inerentes às relações econômicas e introduzindo prêmios de riscos que acabam tendo por consequência a redução dos salários, o aumento de juros, da burocracia e preços em geral.

A justiça social, como já pontuado, deve ser concretizada mediante a redistribuição da receita de impostos, bem como com a instrumentalização de políticas públicas nas áreas de educação, saúde, habitação e outras, uma vez que de outro modo, teria apenas o condão de prejudicar a economia, na medida em que desrespeita os contratos, aumenta os riscos dos negócios e traz efeitos prejudiciais ao sistema de preços.

Cabe ao Estado, por meio do Poder Legislativo e Executivo, a promoção de políticas públicas para que se alcancem os valores assegurados pela Constituição, não podendo o Poder Judiciário, a pretexto de aplicação do princípio da justiça social provocar onerações injustificáveis e imprevisíveis que possam comprometer o ideal de transformação da sociedade por meio do desenvolvimento social que é indissociável do desenvolvimento econômico.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Claudia Maria. Poder Judiciário: reforma para quê? **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano X, n. 46, out. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=2339>. Acesso em: 17 jan. 2014.

_____; PAMPLONA, Danielle Anne. A judicialização da política e as audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. **Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 18, p. 71-80, 2009. Ribeirão Preto: UNAERP, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n.13, jan./mar. 2009.

BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 0263725-6**. Relator: Des. Wilde de Lima Pugliese, julgado em 10/09/2004. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5179682/apelacao-civel-ac-2637256-pr-apelacao-civel-0263725-6>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 1950. Relator: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2005, DJ 02-06-2006 PP-00004 EMENT VOL-02235-01 PP-00052. LEX: STF, v. 28, n. 331, 2006, p. 56-72.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 803481/GO**. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi, julgado em 28/06/2007, DJ 01/08/2007. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8921921/recurso-especial-resp-803481-go-2005-0205857-0/inteiro-teor-14073702>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **APL 9000042-18.2009.8.26.0506**. 4. Câmara Cível de Direito Privado. Relator: Enio Zuliani. Data de Julgamento: 07/07/2011. Data de Publicação: 11/07/2011. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20064530/apelacao-apl-9000042182009826-sp-9000042-1820098260506>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1272995/RS**. Primeira Turma. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 07/02/2012, DJe 15/02/2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21250438/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1272995-rs-2011-0197420-7-stj>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **APL 0137696-89.2011.8.26.0100**. 2. Câmara de Direito Privado. Relator: José Carlos Ferreira Alves. Data de Julgamento: 26/06/2012. Data de Publicação: 27/06/2012. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22256264/apelacao-apl-1376968920118260100-sp-0137696-8920118260100-tjsp>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Agravo de Instrumento 1109428-7**. 9. Câmara Cível. Relator: Des. Horácio Ribas Teixeira, julgado em 12.08.2013. Diário de Justiça do TJPR, n. 1172.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JUNKES, Sérgio Luiz. A justiça social como norma constitucional. **Resenha Eleitoral – Nova Série**, v. 12, n. 1, jan./jun. 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de Direito Público**, v. 14, n. 57/58, p. 233-256, jan./jun. 1981.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor**: Atualizado até 15.03.2002. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____; GIAMBIAGI, Fábio. **Rompendo o marasmo**: a retomada do desenvolvimento no Brasil. Rio de Janeiro: Campus, 2006.

_____; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

RAMOS, Edival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Educação e cultura: direito ou contrato? **Revista Direito GV**, v. 2, n. 2, p. 117-138, jul./dez. 2006.

SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. Acesso à justiça II. In: XXII Encontro Nacional CONPEDI/UNICURITIBA, 2013, Curitiba. **Capítulo**, p. 467-490. Curitiba: JUNJAB, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil Anotado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.