

La dogmática de la seguridad social: análisis de las expectativas jurídicas de derechos fundamentales a partir de casos brasileños*

The social security theory of law: fundamental rights and legal expectations from brazilian cases

Carlos Luiz STRAPAZZON^{†}**
Universidad del Oeste de
Sta. Catarina, UNOESC (Brasil)
carlos.strapazzon@unoesc.edu.br

Resumen: Las omisiones inconstitucionales que violan derechos fundamentales han sido muy discutidas en Brasil. Este trabajo discute algunas importantes insuficiencias de la teoría de las omisiones para las especificidades de derechos fundamentales densamente prestacionales. El artículo desarrolla el argumento de que la teoría de los derechos fundamentales debe ofrecer un tratamiento específico para el sentido y para el alcance de la eficacia de las expectativas jurídicas en sede de derechos fundamentales de seguridad social. La metodología adoptada es la de revisión teórica de la literatura en combinación con amplia análisis de *leading cases*.

* Este artículo es la versión revisada y ampliada de un paper para discusión presentado en el II Ciclo de Debates “Direitos Fundamentais e o STF”, del Curso de Derecho de la Unoesc-Joaçaba, Brasil, realizado en 29 de septiembre de 2011, de un artículo aprobado en el XX CONPEDI, de Vitória-ES, Brasil y de una serie de conferencias proferidas en la IX Convención Latino-americana de Derecho (COLAD), en la sede de la Justicia Federal, en Curitiba-PR, en la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona, en la Facultad de Derecho de ESADE, Barcelona y en Universidad Autónoma de Barcelona. Agradezco a todos los participantes del Seminario, en especial a mis compañeros de Grupo de Investigación en derechos fundamentales sociales – Seguridad social, en especial al Dr. Cristhian Magnus de Marco, por los comentarios críticos y sugerencias; también al Profesor Gerson L.C. Branco, por las generosas contribuciones sobre la dogmática civil de las legítimas expectativas. La elaboración de este artículo sólo fue posible gracias al apoyo institucional de la UNOESC.

** Estagio posdoctoral (PUC-RS), bajo orientación de Doctor Ingo W. Sarlet, Doctor en Derecho Constitucional (UFSC). Profesor investigador de la Universidad del Oeste de Santa Catarina (UNOESC).

Abstract: The unconstitutional omissions that violate fundamental rights have been much discussed in Brazil. This paper discusses some important shortcomings of the theory of the specific failures to densely fundamental rights. The article develops the argument that the theory of fundamental rights must provide specific treatment for the meaning and scope of the effectiveness of legal expectations of fundamental rights of social security. The methodology adopted is that of theoretical review of the literature in combination with comprehensive analysis of *leading cases*.

Palabras clave: Derechos fundamentales de seguridad social. Expectativas imperativas. Judicialización de omisiones inconstitucionales.

Keywords: Fundamental rights of social security. Imperative expectations. Judicial protection of fundamental rights against unconstitutional omissions.

Sumario:

- I. Introducción.**
- II. Omisiones ilícitas y/o que causan daños.**
- III. Omisiones y frustración de expectativas imperativas.**
- IV. Omisiones delante de justas expectativas de efectivación de derechos fundamentales.**
- V. Desvinculación de recetas tributarias de la Seguridad Social y expectativas de efectivación de derechos fundamentales sociales.**
- VI. Protección judicial de expectativas imperativas: análisis de la STA 175.**
- VII. Responsabilidad judicial y tutela de expectativas imperativas.**
- VIII. Expectativa imperativa: categoría-llave de la teoría brasileña de los derechos densamente prestacionales.**
- IX. Conclusiones.**
- X. Referencias bibliográficas.**

Recibido: octubre de 2012.

Aceptado: diciembre de 2012.

I. INTRODUCCIÓN

Aunque de la doctrina del *judicial review* más tradicional sea dedicada al tema de la inconstitucionalidad por acción, o sea, del conflicto normativo (antinomía) entre enunciados constitucionales e infraconstitucionales, hay otra dimensión de esta misma doctrina que avanzó mucho en Brasil: se trata del control judicial de la omisión inconstitucional en sede de derechos fundamentales.

Las omisiones inconstitucionales que violan derechos fundamentales han sido muy discutidas en Brasil, sin embargo el tema predominante aún sea la integración judicial de lagunas o silencios legislativos. El constitucionalismo brasileño desarrolló garantías jurisdiccionales específicas para superar ese tipo de omisiones: lo destaque va para el *Mandado de Injunção* y para la *Acción Directa de Inconstitucionalidad por Omisión*. Estas son garantías que, en los últimos 23 años, vienen recibiendo soluciones legislativas y jurisprudenciales evolutivas lo que, por su turno, viene definiendo mejor el papel institucional que tales institutos deben desempeñar. Es verdad que el alcance de la aplicación de esos institutos aún es cuestionado, en muchos sentidos, pero no hay más resistencias ideológicas cuánto a la identidad genética de ellos con el modelo de Estado Constitucional adoptado por Brasil; también es cierto que todavía hay alguna controversia respecto a los criterios y circunstancias en las que el Poder Judicial podría estar legitimado a integrar lagunas legislativas, pero es ampliamente reconocido el efecto garantista de esos nuevos institutos frente a las omisiones del Poder Legislativo.

Todo indica, sin embargo, que los avances científicos realizados en relación a la comprensión de la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales, y en relación a sus condiciones de aplicabilidad, están exigiendo ahondamientos en la dogmática brasileña de los derechos fundamentales. Otras dimensiones de las *omisiones inconstitucionales*, más allá de las *omisiones legislativas*, ya vienen siendo exploradas y deben hacerse cada vez más importantes en los círculos especializados de investigaciones jurídicas.

La teoría brasileña de los derechos fundamentales debe avanzar. Eso no representa un juego de palabras. La protección y la promoción de los derechos

humanos es la primera responsabilidad de los gobiernos signatarios de la Declaración de Viena y de su Programa de Acción, de junio de 1993. Y la interpretación progresiva de los derechos fundamentales es una regla del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966. Además de eso, la Convención Americana de Derechos Humanos determina que los Estados-parte deben desarrollar posibilidades de amparo judicial, simple y rápido, para dar efectividad a los derechos humanos.

Protección, promoción y progresión son directivas jurídicas para los Estados comprometidos con la efectividad de los derechos humanos. Paso importante, en esa dirección protectora y evolutiva, será dado cuando el tema de las *omisiones inconstitucionales* pueda ser abordado de forma integral, es decir, cuando soluciones conceptuales e institucionales, como las del Mandado de Injunción y de la Acción Directa de Inconstitucionalidad por Omisión, contemplen todos los efectos decurrentes del principio de la indivisibilidad de los derechos fundamentales. El desafío teórico e institucional, por lo tanto, pasa por la identificación de los medios para hacer evolucionar la protección y la promoción de la eficacia de los derechos fundamentales, ahora entendidos en la perspectiva de la Declaración de Viena.

Este trabajo pretende discutir esa carencia de *teoría garantista* de los derechos fundamentales a partir de especificidades de los derechos de seguridad social. A rigor, ese camino se justifica porque las *omisiones* son el punto opuesto de la eficacia de los derechos fundamentales *densamente prestacionales*. En este trabajo serán calificados de derechos fundamentales *densamente prestacionales* aquellos que demandan prestaciones de todos los poderes de la República, y también de la sociedad civil. Así, *densamente prestacionales* son los derechos fundamentales que, para su efectivación demandan *legislación, dotación de presupuesto, políticas públicas y actuación de la sociedad civil*. De ese tipo son los derechos fundamentales de seguridad social.

Admitiendo, por lo tanto, que ninguna teoría de la eficacia de los derechos fundamentales puede ser desarrollada sin un adecuado tratamiento del sentido y del alcance de las *omisiones inconstitucionales*, el objeto preferencial de este estudio son las *expectativas jurídicas* y las omisiones en sede de derechos fundamentales de seguridad social. Todo indica que para hacer progresar las soluciones que enfrentan el problema de las *omisiones inconstitucionales* en sede de derechos fundamentales *densamente prestacionales* será preciso superar los prejuicios cuanto al papel y la función que las *expectativas* desempeñan en el ámbito de los derechos fundamentales. La tesis principal del trabajo es que la teoría de los derechos fundamentales de seguridad social, así como de otros derechos fundamentales que, como esos, son *densamente prestacionales*,

necesita revisar la funcionalidad de una de las más conocidas categorías del derecho, desarrollada en el seno del paradigma del derecho civil-liberal: la noción de *expectativa* de derecho. La necesidad de revisión da funcionalidad de esa categoría (las expectativas) en el interior de la teoría de los derechos fundamentales transcurre del hecho de la ciencia del derecho subestimar la naturaleza *imperativa* de las *expectativas* generadas por los *derechos fundamentales densamente prestacionales*.

II. OMISIONES ILÍCITAS Y/O QUE CAUSAN DAÑOS

En buena medida, las innovaciones institucionales, doctrinarias y jurisprudenciales en relación al control judicial de las *omisiones legislativas inconstitucionales* derivan de una bien asentada tradición de *justicialización* de dos tipos de *omisiones*: las que *causan* daños y las que *frustran legítimas* o *justas expectativas*. Las dos, por fuerza de la tradición, son desarrollos del paradigma civil-liberal del derecho. Relevante es saber cómo la tradición, y las innovaciones desarrolladas para el control de las omisiones legislativas, pueden ser útiles a una dogmática de la eficacia de los *derechos fundamentales densamente prestacionales*, como son los de seguridad social.

Cuánto al primer tipo de omisiones - las que causan daños - hace muy tiempo que el paradigma civilista admite su justiciabilidad. En ese paradigma se desarrollaron institutos *reparatorios* y *punitivos* a servicio de los derechos violados por omisiones que atenten bienes jurídicos (públicos y privados). Ahí están la *indemnización* (esfera civil) y la *pena* (esfera criminal).

En el paradigma liberal la omisión se hizo (a) *penalmente* relevante. Los ordenamientos jurídicos democráticos admiten que se alguien tiene la *obligación legal de cuidar, de proteger o de vigilar*, y no cuida, no protege, ni vigila, puede estar cometiendo un ilícito penal se la omisión es voluntaria (consciente) o fruto de un descuido injustificable. También es penalmente relevante la omisión cuando alguien asume la *responsabilidad de impedir un resultado* sancionado por el derecho penal y, *por omisión, no impide*; o, aún, cuando el comportamiento *crea el riesgo de la ocurrencia* de resultado penalizado y, más una vez, el sujeto no actúa para evitar la concretización de ese resultado¹. La sanción penal imputada a los sujetos que practican ese tipo de *omisión* se justifica, en primer lugar, porque alguien, por *omisión*, realiza la hipótesis normativa que tiene como consecuencia una sanción penal (realiza un tipo penal). En segundo lugar, porque esa conducta omisiva *frustra expectativas* socialmente muy

¹ Código Penal brasileño, Art. 13 § 2°.

importantes, expectativas de convivencia social interesada con el bien estar de todos, sobre todo de aquellos que están en situación más vulnerable.

El instituto de la (b) *responsabilidad civil* es análogo, sin embargo no exige conducta típica: sólo daño. Es ampliamente reconocido que a *responsabilidad civil* es instituto que se desarrolló en el paradigma civilista como medio de proteger los bienes jurídicos particulares de aquellas acciones y *omisiones* que, por negligencia, imprudencia o impericia, violan derechos y *causan daños*² a bienes jurídicos *civiles*. En ese ámbito, la omisión es relevante - como explica la doctrina de la responsabilidad civil³ - si hay nexo de causalidad entre el daño y el comportamiento *negligente*, o sea, si alguien *no toma* las precauciones exigibles, y deja de hacer lo que, por buen senso, sea *factible*. La sanción civil reparadora se justifica como medio de equilibrar el ejercicio de los derechos civiles y de las libertades individuales de modo a que nadie sea autorizado a agredir el patrimonio particular ajeno. Es una especie de regla de justicia conmutativa, porque restauradora. Importante, para los fines de este trabajo, es que ese instituto *contempla reparación de daños* causados por *omisiones*.

La aplicación de esos institutos penales y civiles evolucionó de las relaciones privadas para el derecho público. Pero fue el mismo paradigma civilista que les dio las nuevas funcionalidades. El paradigma civilista, como se sabe, es afirmativo de los derechos civiles y de las libertades individuales. La extensión del control judicial de las omisiones para la esfera de la administración pública representó importante superación de antiguos argumentos autoritarios, como lo de las *razones de Estado*, el de la *irresponsabilidad* de la *soberanía estatal*, *el de la supremacía del interés estatal*. De ese modo, amplió la protección de la esfera jurídica individual y la eficacia de los derechos individuales y civiles contra los usuales daños que acciones y omisiones de la administración pública⁴ podrían causar - como siguen causando - al patrimonio jurídico privado.

Omisiones administrativas pasibles de responsabilización reparatoria transcurren, normalmente, de la *negligencia* estatal en supervisar bienes y de ejecutar servicios públicos a que, por ley, el Estado está obligado. En la esfera administrativa los daños son causados tanto por la *omisión* de la administración, cuánto por su actuación *insuficiente* (tardía o incompleta)⁵. En un y en otro caso la actuación *negligente/desidiosa* de la administración favorece la ocurrencia de daños al

² Código Civil brasileño, Art. 186

³ DIAS, J. de A., *Da Responsabilidade Civil*. São Paulo, Renovar, 2006, p. 150.

⁴ Constitución de la República Federativa del Brasil, Art. 37 § 6°.

⁵ BANDEIRA DE MELLO, C. A., *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2011.

patrimonio jurídico de particulares. En esos casos, lo *no hacer* de la administración la sujeta al mismo principio de responsabilización que el paradigma civil-liberal desarrolló para ser aplicado en las relaciones entre particulares, en sus obligaciones privadas, cual sea: el principio restaurador, decurrente de la filosofía de justicia conmutativa, según el cual comete acto ilícito⁶ aquel que, por acción o omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, violar derecho y causar daño a alguien, aunque exclusivamente moral.

Hay otros institutos jurídicos igualmente importantes para la comprensión del régimen de control judicial de las *omisiones*. Si los institutos de la *indemnización* y de la *pena* son garantías reparatorias (una) y punitivas (otra) de omisiones que causan *daños a bien jurídicos civiles y penales*, como visto, el ordenamiento jurídico brasileño no se limita, por cierto, a regular sólo ese tipo de consecuencias (dañosas). Hay instituciones jurídicas creadas con el propósito de prevenir posibles omisiones dañosas.

Véase, por ejemplo, la aplicación del (c) instituto procesal de la *tutela inhibitoria positiva*. Esa es una garantía jurisdiccional vigente en el derecho brasileño para que alguien pueda buscar, en juicio, protección *preventiva de ilícito* o *de daño*. La tutela inhibitoria positiva es una orden judicial constitutiva de un deber de actuar. Habiendo omisión indebida, es providencia judicial para que *el sujeto omiso no permanezca en el estado de inercia* (se evidenciado que ese estado, que aún no causó daños está, por su naturaleza, en la inminencia de causarlos). Siempre que la futura o continuada omisión genera una circunstancia de real peligro de daño, el pedido de *tutela inhibitoria positiva* es la medida hábil para provocar la jurisdicción y prevenir la parte amenazada. Es medida para proteger alguien de las consecuencias ilícitas, o dañinas, que advinieran de ese estado de desconsideración de la otra parte. Imaginar que la tutela inhibitoria solamente puede imponer un no-hacer (tutela inhibitoria negativa) es olvidar que el propio derecho procesal⁷ da al juez *el poder de imponer un hacer* cuando fue pedido un no hacer con el objetivo de viabilizar una tutela jurisdiccional más efectiva⁸.

Otro buen ejemplo de aplicación del control judicial de las omisiones es el instituto procesal de los (d) *embargos declaratorios*. Esa conocida garantía procesal del derecho brasileño también sirve para proteger los jurisdicionados contra *omisiones*, ahora de pronunciamientos judiciales⁹ en los autos de un

⁶ Código Civil brasileño, Art. 186.

⁷ Código Procesal Civil, Art. 461 y Código de Defensa del Consumidor, Art. 84.

⁸ MARINONI, L. G., “Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito”, en *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. sd. <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=32> (acceso en 30 de set de 2011).

⁹ Código Procesal Civil, Art. 535, II.

proceso. Poco importa si la omisión es voluntaria o no. Es instituto que garantiza el derecho al pronunciamiento judicial íntegro en relación a los pedidos llevados a la justicia.

De eso todo se extrae que la tradición civilista-liberal reconoció que las omisiones pueden ser ilícitas y/o causar daños. En esa medida, reconoció que las omisiones pueden herir derechos civiles (justicia en la esfera privada), pueden agredir bienes jurídicos de acentuado interés público, rígidamente protegidos por sanciones penales (justicia en la esfera pública), como pueden, además de eso, comprometer derechos procesales. El control judicial de las *omisiones ilícitas* y/o que *causan daños* es asunto bien conocido e intensamente movilizado por las leyes y por los tribunales. El paradigma civil-liberal reconoció, por todo lo que fue visto, que las *omisiones* pueden violar derechos fundamentales. Se debe admitir, entonces, que las *omisiones*, en el ámbito de la tradición civilista, son ampliamente regidas por un sistema de principios y reglas destinadas a (1) las prevenir; (2) a garantizar reparación de daños por ellas causados y (3) a sancionar los omitentes.

Hay, a buen seguro, un edificio jurídico civil-liberal de las omisiones. Ese edificio hay de ser el punto de partida de la teoría de las omisiones en el ámbito de los *derechos fundamentales densamente prestacionales*. El ejercicio regular de derechos en el Estado constitucional, que es formado por un complejo sistema de derechos constitucionales, necesita recibir esa tradición civilista. Sólo así la teoría del Estado constitucional podrá cumplir la agenda de la indivisibilidad, interrelación e interdependencia de los derechos fundamentales.

III. OMISIONES Y FRUSTRACIÓN DE EXPECTATIVAS IMPERATIVAS

Tras analizar los varios matices de las *omisiones que causan daños*, es indispensable discurrir sobre el régimen jurídico de la segunda forma de omisiones, las que *frustran expectativas*. Por la orientación dada por la versión más conservadora de los derechos civiles-liberales, el concepto, la función y las consecuencias decurrentes de *expectativas* no se confunden con el concepto, la función y las consecuencias decurrentes de los derechos subjetivos. Esa tradición se acostumbró a admitir una naturaleza, por así decir, *psicológica* de las expectativas (especie de estado de ánimo). Por otro lado, admitió la naturaleza *objetiva* de los derechos (especie de derecho positivo). Para esa tradición, la *frustración de expectativas*, *prima facie*, no puede ser justicializada, dada su naturaleza externa al ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia brasileña que será analizada a continuación suministra evidencias suficientes para cuestionar el uso clásico de la noción de *expectativas* en derecho. La *expectativa*, actualmente, es categoría que no se restringe a la condición de antecedente de un *derecho*, como ordenó el paradigma civil-liberal. La jurisprudencia brasileña ya aplica una noción fuerte de *expectativa* y los *efectos jurídicos* a ella atribuidos son, por así decir, *imperativos*. Actualmente es posible decir que hay, en derecho, *expectativas imperativas*; son *expectativas* que asumieron naturaleza jurídica de derecho subjetivo. La teoría del derecho privado¹⁰ está sensible a esa innovación, que en nombre de la *protección de la confianza*, quiebra un paradigma histórico y permite ampliar la noción de derecho subjetivo y de tutela judicial de la confianza. Hay, sin embargo, mucho a ser hecho para que la dogmática de los derechos fundamentales densamente prestacionales reciba esas novedades. El estudio de casos puede iluminar el camino.

Caso constitucional ejemplar de aplicación de la noción de *expectativa* con efecto imperativo es el juzgado, del Supremo Tribunal Federal brasileño, de la Arguición de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) n. 167-6. El tema dice respeto con la competencia recursal (u originaria) del Tribunal Superior Electoral para juzgar el Recurso Contra Expedición de Diploma (RCED). En ese caso, un partido político (el PDT) reclamó revisión jurisprudencial de decisión del Tribunal Superior Electoral frente a “texto claro y preciso” de regla constitucional de competencia recursal, la extraída del Artículo 121 § 4º, III. A pesar del texto constitucional ser explícito cuánto a la competencia recursal (y no originaria) del Tribunal Superior Electoral, el Supremo Tribunal Federal, en decisión plenaria y por mayoría, entendió que la regla constitucional invocada no podría prevalecer. Dos razones fueron apuntadas: la primera, relativa a la seguridad jurídica; la segunda, relativa a la naturaleza jurídica del referido § 4º. del Artículo 121 de la Carta Mayor. Por esa última razón a Corte entendió que lo § 4º. del Artículo 121 no tiene naturaleza jurídica de *precepto fundamental* del sistema constitucional brasileño. Por eso (razón preliminar), el caso no sería de analizar por vía de ADPF. De acuerdo con la primera razón - determinante para generar la convergencia de comprensiones - seguir lo § 4º. del Art. 121 sería contrariar las *justas expectativas* de los jurisdicionados, que ya vienen establecidas y mantenidas al largo de cuatro décadas de firme jurisprudencia electoral. Ese argumento fue invocado en el voto del ministro José Delgado, proferido en el Tribunal Superior Electoral. El Ministro del TSE acordó que hace más de 40 años la jurisprudencia del Tribunal Superior Electoral sostiene la comprensión de que, por simetría

¹⁰ En cuanto a este asunto, véase el excelente trabajo de BRANCO, G. L. C., “A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos”, en *Revista de Direito Privado* (2002) 169-225.

constitucional, el órgano que juzga el pedido de registro de candidato, y expide el diploma de los electos, no debe juzgar el recurso contra el acto de la diplomatura. Ese sería, de hecho, una comprensión ultra sedimentada (p. 643) en la jurisprudencia brasileña. El Ministerio Público Federal acompañó la decisión de la Corte. Entendió que eran fortísimas las razones de mantenimiento de la jurisprudencia impugnada con miras a el hecho de que ella se cristalizó, hay más de cuatro décadas, de tal modo que los actores políticos relevantes tienen pautado en ella su actuación¹¹. El Plenario del Supremo Tribunal Federal y el parecer de la Procuraduría General de la República no hesitan: debe la Justicia mantener la orientación jurisprudencial de cuarenta años, aunque contra la letra de la Constitución de la República.

Todo parece indicar que las expectativas de los protagonistas electorales no eran *meras expectativas*, pero expectativas tan vinculantes que deberían prevalecer, en caso de eventual conflicto con regla constitucional de competencia jurisdiccional. La jurisprudencia reconoce, como se ve, que una situación jurídica que se consolida al largo de mucho tiempo de práctica reiterada crea *legítimos derechos subjetivos*. Y eso no sólo en el caso de haber jurisprudencia uniforme sobre el tema, dado que por este ángulo se podría decir que la expectativa fue generada por el propio Estado, por vía de la interpretación oficial del derecho. No. La jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal ha reconocido que la administración pública también se sujeta a reconocer derechos subjetivos creados por la simple fluencia de largo periodo de tiempo de tolerancia con una determinada práctica social. Al tolerar, por largo plazo, una práctica, el Estado “culmina por consolidar justas expectativas en el espíritu del administrado y, también, por infundir, en él, la confianza de la plena regularidad de los actos estatales practicados”¹².

Hay por lo menos dos usos regulares del término *expectativa*, como se desprende de las decisiones anteriores: por un lado, hay *mera expectativa* y, por otro, *justas expectativas*. La jurisprudencia de los tribunales superiores distingue de modo explícito una de la otra. Lo que se va evidenciar ahora es el sentido fuerte que la expresión *justa expectativa* asumió en la jurisprudencia brasileña.

La jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia adopta la noción de justas expectativas en cuestiones que envuelven, sobre todo, responsabilidad civil por acto u omisión irregular de particulares. Aplica, en esos casos, lo

¹¹ Procuraduría General de la República. ADFP 167. Parecer n. 448. 17.09.2009.

¹² Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental en Mandado de Seguridad n. 28.821-DF. 14/06/2011.

que se denomina de “*doctrina de la pérdida de una oportunidad*”. Para el referido Tribunal, “desde que esa sea razonable, seria y real, y no solamente fluida o hipotética” las *expectativas* son justas y puede haber lesión indemnizable en caso de frustración injustificada¹³. El derecho de las relaciones civiles, por lo tanto, distingue la mera expectativa de aquellas otras, “más; serias, reales y razonables”. Estas aparecen siempre que alguien, pudiendo evolucionar para una posición jurídica más ventajosa, tuvo el curso normal de los acontecimientos interrumpido por acto ilícito de tercero. Ese ilícito, por todo que se sabe, puede ser una omisión.

Hay otras ocasiones para aplicación del argumento de las *justas expectativas o expectativas legítimas*, como categoría diferenciada de *expectativas*. Se trata de su uso en el ámbito de las relaciones de trabajo. En ese ramo es bien asentado, por ejemplo, el uso del argumento de la buena fe objetiva. Es concepto que se aplica anchamente, tanto en las relaciones pre contractuales, cuánto en las contractuales y post contractuales.

En el ámbito de las relaciones laborales pre contractuales, [S]i la parte que deja de celebrar el contrato, después de generar en la otra la justa expectativa de que iría a concluirlo, desatiende el deber de lealtad, como también los deberes instrumentáis de información, de aviso y esclarecimiento, siendo pasible de notar el correspondiente daño¹⁴.

Y más, “la responsabilidad post contractual tiene como fuente la buena-fe objetiva. La confianza requiere la protección, en el periodo subsecuente al de la protección del contrato de las expectativas provocadas en su celebración (...)”¹⁵.

Pero no es sólo en las relaciones contractuales que el concepto se aplica en el derecho del trabajo. El caso de la estabilidad provisional (o no) de los miembros electos como suplentes de una Comisión Interna de Protección contra Accidentes es bueno ejemplo de aplicación, por el Supremo Tribunal Federal, del concepto de *justas expectativas* notro ámbito, lo de la representación profesional en el ambiente de trabajo.

Así que publicada la Carta de 1988, había dudas sobre se la inmunidad provisional contra el despido arbitrario, o sin justa causa, garantizada para los empleados que ocupan cargos de dirección en las Comisiones Internas de

¹³ Superior Tribunal de Justicia. Recurso Especial n. 1190180-RS. Ponente: Min. Luis Felipe Salomão. 16.11.2010.

¹⁴ BARACAT, E. M., *A boa fé no direito individual do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2003, p. 123.

¹⁵ Ibid, p. 134.

Prevención de Accidentes (CIPA). La polémica era a causa de la pretensión laboral de extender tal estabilidad provisional, igualmente, a los miembros suplentes de la CIPA. ES correcto que los suplentes no tienen las mismas atribuciones de los titulares, aunque, a la primera vista, sólo los que ocupan cargo de dirección (es el texto del Artículo 10, II, a, de el ADCT de la Constitución de la República) deberían aprovechar esa protección especial. En una lectura textual, el suplente tendría la *mera expectativa* de estabilidad, pues no “dirige”, efectivamente, una CIPA; lo que el suplente tiene, *prima facie*, es mera expectativa de la dirigís.

Esas son hipótesis. La jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal entendió que esa expectativa de derecho del suplente de la CIPA, no es *mera*, pero especial, o justa. Por eso decidió que “desatender esa garantía y permitir el despido arbitrario o sin justa causa [de suplentes] sería [frustrar] la expectativa de derecho de aquel que, eventualmente, podrá venir a ejercer la titularidad del cargo”¹⁶.

Como se ve, la doctrina de las justas expectativas, o de las expectativas legítimas - razonables, serias y reales, es decir, fundadas en la buena fe, en la ética y en la seguridad jurídica - ya no puede ser tratada como cuestión de mera hipótesis teórica: es noción ampliamente adoptada por la jurisprudencia brasileña. Su aplicación comprende las relaciones políticas, civiles, administrativas y laborales; o sea, los dominios de los contratos de derecho privado, de los actos unilaterales, de los contratos de derecho público y de los contratos de derecho social.

Es evidente que tal orientación es construcción jurisprudencial a desafiar el sentido ético de los contratos y de los actos unilaterales de cualquier persona jurídica, al menos tal como desarrollado más tradicionalmente por el paradigma civil-liberal.

Parece evidente, también, que en todos los casos en que el concepto de *justas expectativas* fue invocado, no era sólo un interés particular que estaba en cuestión. En todos los casos, la jurisprudencia buscó resguardar la fuerza jurídica de los actos y contratos desde que adecuados a una correcta concepción de bien común, o sea, a una concepción que no tolera un uso arbitrario del derecho.

Esa actuación de la jurisdicción en defensa de *justas expectativas* - y no sólo de derechos - o sea, la actuación de la jurisdicción en defensa de una

¹⁶ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinario n. 205.701-SP. Ponente: Min. Maurício Correa. 01.12.1997. Segunda Turma.

noción ampliada de *bien jurídico*, parece ser en todo, y por todo, perfectamente captada por la categoría de las *expectativas imperativas*, cuando aplicada en el ámbito de los derechos fundamentales *densamente prestacionales*. En ese contexto las expectativas transcurren de los principios del sistema de derechos constitucionales, principios que son admitidos como normas jurídicas y que necesitan, por eso, ser efectivadas en la mayor medida posible, por los poderes de la República (órganos legislativos, instituciones de garantía) y por la sociedad.

IV. OMISIONES DELANTE DE JUSTAS EXPECTATIVAS DE EFECTIVACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Las *omisiones inconstitucionales* relevantes, es decir, que obstan la efectivación de los derechos fundamentales de seguridad social, no tienen naturaleza sólo legislativa. Aunque la integración judicial de omisiones legislativas contemple un evidente aspecto innovador - y, seguramente, impulsor de la eficacia de esa categoría de derechos fundamentales - la arena legislativa (y el respectivo deber de prestación legislativa) es sólo, y tal vez, la primera forma de satisfacer las *expectativas* de efectivación de esos derechos fundamentales. La prestación legislativa, a rigor, es sólo la forma civil-liberal de responder a esas expectativas.

Omisiones relevantes, y que afectan la eficacia de los derechos fundamentales de seguridad social pueden ocurrir, igualmente, en la arena civil. Las *omisiones civiles* son poco exploradas por la dogmática de los *derechos fundamentales densamente prestacionales*. Eso porque la complejidad y grandeza de la naturaleza prestacional de esos derechos es sub dimensionada por la teoría de los derechos fundamentales. Hay una fuerte inclinación de la doctrina jurídica en atribuir al Estado los deberes prestacionales de seguridad social. Lo que es absolutamente correcto, dada la profusión de reglas y principios que constituyen obligaciones para el ente estatal. Por otro lado, casi nada se dice cuánto a los deberes de los particulares para con el sistema de seguridad.

Véanse, para ilustrar, las obligaciones de hacer que la orden jurídica dirige a empleadores, en las relaciones de trabajo. Hay muchas obligaciones de ese tipo destinadas a proteger, por ejemplo, la *salud* de los trabajadores. Es evidente que toda omisión en relación a ese tipo de obligaciones es *ilícita* y puede *causar daños* a derechos fundamentales. El control judicial de esas omisiones, en Brasil, es plenamente institucionalizado, especializado y justificable. Injustificable es, sin embargo, atraillar esas *omisiones* exclusivamente a los derechos fundamentales del trabajo cuando, por evidente, atentan también

los derechos fundamentales de seguridad social. Las omisiones civiles pueden ocurrir también en el ámbito de las relaciones jurídicas tributarias. En ese caso, como decurrencia del deber universal de financiación solidario del sistema brasileño de seguridad social. Omisiones en relación al coste del sistema no son sólo *ilícitos tributarios*, pero evidentes *ilícitos contra la seguridad*.

Además de la arena legislativa y civil, mucho afectan la eficacia de los derechos fundamentales de seguridad social las *omisiones* de la arena *administrativa*, aunque el Estado asume, ante el concierto internacional de naciones, el deber de *implementación progresiva* de los derechos fundamentales sociales¹⁷. Y en el ámbito del derecho interno, el Estado democrático asume el gravamen de ser *responsivo*, o sea, de no ser omiso frente a las expectativas de concretización de derechos fundamentales.

Todo parece indicar que, en sede de derechos fundamentales sociales, un adecuado tratamiento de las *omisiones* y de las *prestaciones insuficientes* puede suministrar elementos capaces de esclarecer cuáles son las circunstancias causadoras de *restricción* tolerable. O sea, el delicado tema de la *violación* del núcleo esencial de los derechos fundamentales *densamente prestacionales*, como son los de la seguridad social, demanda un abordaje teórica propia en relación al problema de las *omisiones* y de las *prestaciones insuficientes*. Pero el punto de partida de esa abordaje hay de ser una teoría de las expectativas adecuada a la *naturaleza prestacional de los derechos a la salud, a la previsión social y a la asistencia social*; y (2) capaz de iluminar la actuación judicial delante de omisiones *excesivamente restrictivas o violadoras* de esos derechos. Ese parece ser un aspecto céntrico de la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales.

V. DESVINCULACIÓN DE RECETAS TRIBUTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y EXPECTATIVAS DE EFECTIVACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES

La DRU es un instituto brasileño de Desvinculación de Recetas de la Unión. Es una autorización constitucional para el Gobierno de la Unión aplicar hasta 20% de la receta constitucionalmente vinculada de la Unión (obtenida con impuestos y contribuciones) en gastos o inversiones que juzgar pertinentes¹⁸. Es un mecanismo de cambio de prioridades: recetas que

¹⁷ ONU. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, Art. 2°.

¹⁸ BRASIL, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Orçamento Federal. *Séries históricas de dados e indicadores fiscais*, 2010, p. 26 et seq.

deberían ser aplicadas en objetivos de Estado, determinados por la Constitución originaria, pueden, con autorización de la enmienda constitucional que creó la DRU, ser aplicadas en objetivos determinados por el Gobierno de ocasión.

A pesar de haber sido creada el año de 1994, con cláusula de vigencia de sólo dos años, el mecanismo de Desvinculación de Recetas de la Unión (DRU) viene siendo sistemáticamente prorrogado por medio de sucesivas Enmiendas a la Constitución. La desvinculación de recetas recibió diversas denominaciones y pasó por cinco prórrogas: FSE – Fondo Social de Emergencia: 1994 y 1995; FEF – Fondo de Estabilización Fiscal: 1996 y 1997 (1º sin); FEF (prórroga): 1997 (1º sin) a 1999; DRU – Desvinculación de Recetas de la Unión: 2000 a 2003; DRU (1ª prórroga): 2003 a 2007; DRU (2ª prórroga): 2008 a 2011. Esa última edición de la DRU fue aprobada por la EC 56/2007 y se convirtió en el Art. 76, del ADCT, donde se lee:

Es desvinculado de órgano, fondo o gasto, hasta 31 de diciembre de 2011, 20% de la recaudación de la Unión de impuestos, contribuciones sociales y de intervención en el dominio económico, ya instituidos o que vengan a ser creados hasta la referida fecha, sus adicionales y respectivos acrecimientos legales.

Algunas innovaciones fueron incorporadas al concepto de DRU, a partir de la EC 56/2007. Son ellas: a) la DRU no reduce la base de cálculo de las transferencias obligatorias a Estados, Distrito Federal y Municipios; b) permanece intocada la receta de la contribución social del salario-educación (CF, Art. 212 § 5º; Art. 76, §2º. ADCT), y c) en el cálculo de los recursos aplicables al desarrollo de la enseñanza, del 18% de la receta resultante de impuestos, cfe. Art. 212 de la CF, la DRU es más pequeña que 20%, así: 12,5 % en 2009, 5% en 2010. A partir de 2011 no hay DRU para las recetas destinadas a la Educación, o sea, la Unión debe aplicar, al menos, 18% de la receta resultante de impuestos, excluida la parcela transferida para Estados, Distrito Federal y Municipios, en el mantenimiento y desarrollo de la enseñanza. Pero, “hasta 2010, era posible verificar la aplicación de recursos inferiores al mínimo constitucional en el mantenimiento y desarrollo de la enseñanza si no hubiera el mecanismo de la DRU”¹⁹.

Por otro lado, permanecen intactas algunas distorsiones históricas, como a que ocurre con los recursos del PIS/PASEP destinados a la financiación de programas de desarrollo económico, por medio del BNDES. La desvinculación sustrae 8% del total de los recursos del PIS/PASEP legalmente destinados a ese fin. “[E]sa parcela no retorna al patrimonio del FAT”²⁰.

¹⁹ BRASIL, 2011, p. 11.

²⁰ BRASIL, Cámara de los Diputados, 2011, p. 9.

En el encaminamiento que hizo de la Propuesta de Enmienda a la Constitución, visando prorrogar la vigencia de la DRU hasta 31 de diciembre de 2011 (PEC n. 50, de 23.4.2007), el Poder Ejecutivo resaltó - en la Exposición de Motivos n° 46/MF/MP, de 13 de abril de 2007 - que la prórroga de la DRU hasta 31.12.2011 habría dos finalidades precipuas: la racionalización de la gestión presupuestaria, y garantizar un grado mínimo de autonomía en la definición de prioridades y en la gestión presupuestaria, ya que la DRU respondió por 58% de los recursos libres de la Unión. Según los Ministros de la Hacienda y de la Planificación, la DRU no *ha impedido la expansión* de programas sociales, y citan como ejemplo la expansión del Programa Bolsa-Familia y del FUNDEB. Pero lo que es importante, realmente, es la afirmación de que las prioridades del gobierno, con la DRU, son dos: alocar recursos en a) obras de infraestructura y b) constituir el ahorro necesario para la reducción de la deuda pública.

En el Parecer n. 1080, de 15.11.2007, el líder del gobierno, Senador Romero Jucá (PMDB) amenizó: explicó para el Senado de la República que la PEC 89 (origen da EC 56/2007), y la prórroga del DRU hasta 31.12.2011 habrían tres finalidades precipuas: la ubicación de recursos para *generación de ahorro necesario a la reducción de la deuda pública; financiación del Programa bolsa familia y el Fundeb*.

Bien, la PEC n° 61, de 2011, de autoría del Poder Ejecutivo, que propone la prórroga de la DRU hasta 31 de diciembre de 2015, va además. Según la exposición de motivos (EM Interministerial n° 00104/2011/MP/MF, de 8 de junio de 2011), "*la coyuntura de Brasil urge inversiones y respectivas fuentes de financiación, a fin de adecuar la infraestructura del País a las exigencias internacionales correlatas a la Copa del Mundo de 2014 y a las Olimpiadas de 2016*". Si antes el compromiso público del gobierno era con lo incremento de políticas sociales, inversiones en infraestructura y reducción de la deuda pública, ahora la DRU se destina, precipuamente, ¡a obras de infraestructura para financiar grandes eventos deportivos!

Como se nota, la DRU libera el gobierno federal para usar 20% de recetas constitucional y legalmente vinculadas. Y más, el destino de esos recursos no es el desarrollo de programas sociales constitucionalmente vinculantes. Esa introducción es necesaria para bien comprender como viene actuando la jurisprudencia brasileña para garantizar *expectativas imperativas*, como son las decurrentes de recetas tributarias vinculadas a la efectivación de políticas de seguridad social. Los desdoblamientos de ese tema en la jurisprudencia del STF pueden ser incautados a partir de tres decisivos juzgados.

El primero es de 2009. Se trata del *leading case* RE 537.610, Rel. Min. Cezar Peluso, juzgado en 1º.12.2009, Segunda Turma, DJE de 18-12-2009. En ese caso a Turma asentó que: “No es inconstitucional la desvinculación de parte de la recaudación de contribución social, llevada a efecto por enmienda constitucional”. Lo que ha sido dicho, acerca de esa decisión, sin embargo, es una exageración. Dada la extensión de sus conclusiones a casos completamente distintos, es importante comprender cual fue el objeto del pedido y cual fue la posición de la Corte en ese litigio. El análisis del Informe revela que la empresa recurrente sostuvo que la desvinculación de 20% de las recetas de la CSLL, del PIS y de la COFINS, tal como promovida por la DRU (EC 27/2000) equivaldría a la *creación de nuevo impuesto innominado*. Como se sabe, *impuestos* son tributos sin vinculación de receta. Así, se parte de las recetas de una Contribución Social (que por definición constitucional son tributos con 100% de sus recetas vinculadas) sea liberada, el efecto jurídico es idéntico al de la creación de un impuesto con base de cálculo idéntica a la de las Contribuciones Sociales. La materia fue juzgada por la segunda turma del STF, órgano fraccionario. En respuesta al pedido, la Turma juzgó que la DRU no hubiese promovido la creación inconstitucional de nuevo impuesto. El voto del Min. César Peluso es claro: esa consecuencia no prospera. Con argumento formal y simplista, el Ministro entendió que Enmiendas Constitucionales pueden alterar la naturaleza constitucional vinculada de las Contribuciones Sociales. “Fueron Enmiendas Constitucionales que determinaron la desvinculación”, afirmó. La Turma votó con el Ponente.

El tema volvió al STF dos semanas después, en el RE 537.668/RS, juzgado en 14.12.2009, ahora como Ponente el Min. Carlos A. Britto. Las razones, neste juzgado, no son sólo formales, como en el voto del Min. Peluso. El Magistrado es categórico en afirmar que la destinación de los recursos no fue comprometida.

[La] destinación de 20% de la recaudación de contribuciones sociales para el Fondo Social de Emergencia, [...], no afrontó ninguna cláusula pétrea [...].

(...) *En esa contextura, el cambio de la destinación de parte de los recursos recaudados no des natura la finalidad de las contribuciones sociales en cuestión (PIS, Cofins y CSLL), que permanece siendo a de financiar la seguridad social, conforme establece el caput del art. 195 del Magno Texto.*

Más recientemente, el Min. Ricardo Levandowski, en el voto proferido en el juicio del RE 596.724-DF, en 23/03/2010, concluyó lo siguiente:

La jurisprudencia de esta Corte se firmó en el sentido de que la desvinculación de parte de la receta de las contribuciones sociales, en los términos del art. 76 del ADCT, es constitucional, conforme se observa de la del RE 537.610/RS, Rel. Min. Cezar Peluso". (...). En el mismo sentido, las siguientes decisiones: RE 537.668/RS, Rel. Min. Carlos Britto.

No hay duda jurídica: la DRU creó impuesto innominado; y peor desvíó recursos de la Seguridad Social para fines que nada tienen a ver con programas sociales, como está claro en los Mensajes Interministeriales antes analizadas. Sin embargo, la jurisprudencia del STF viene reafirmando - vea voto del Min. Levandowski - que la desvinculación no viola la Constitución porque el Supremo ya tendría pacificado comprensión sobre el asunto.

Eso no está correcto. Lo que está pacificado es la comprensión (equivocada) del Supremo Tribunal Federal de que la DRU no genera innovación tributaria. Sin embargo, a Corte no discutió, en sesión plenaria, la constitucionalidad de la desnaturalización jurídica de las contribuciones sociales promovida por el desvío de recetas constitucionalmente vinculadas. El desvío de finalidad constitucional es reconocido, incluso por el área técnica de acompañamiento de la ejecución presupuestaria de la Cámara de los Diputados. En informe emitido en noviembre de 2011, Claudio Riyudi Tanno y Túlio Cambraia, de la Consultoría de Presupuesto y Fiscalización Financiera de la Cámara de los Diputados, afirman el siguiente: [U]n de los principales efectos de la DRU es transferir recursos del presupuesto de la seguridad social para el presupuesto fiscal de la Unión. [...] Hasta aquel año [2008], inclusive, el valor que era retirado del presupuesto de la seguridad social era mayor del que el montante transferido del presupuesto fiscal para suplir las necesidades de financiación del presupuesto de la seguridad social. Eso significa que sobrarían recursos en el presupuesto de la seguridad social se no fuera la incidencia de la DRU sobre sus recetas²¹.

En 2010 la recaudación de las recetas corrientes y de capital vinculadas a la Seguridad Social alcanzó el montante de R\$ 420,1 billones. Ya los gastos empeñadas de la Seguridad Social totalizaron, después de ajustes, R\$ 476,1 billones. En 2010 a DRU excluyó de la receta de la seguridad social el total de R\$ 43,4 billones, relativos a otras recetas corrientes y receta de contribuciones. El enfrentamiento entre recetas y gastos apuntó resultado negativo de la seguridad social en el ejercicio de 2010, en el valor de aproximadamente R\$ 56 billones. Por otro lado, se adicionada la DRU a ese resultado negativo el

²¹ BRASIL, Cámara de los Diputados, 2011, p. 5.

déficit se reduce para R\$ 12,6 billones, número mejor que lo de 2009, que fue negativo en R\$ 30,3 billones²².

En la proyección presupuestaria de 2012, constante del Demostrativo de la Desvinculación de las Recetas de la Unión, en las Informaciones Complementarias al Proyecto de Ley Presupuestaria Anual de la Unión federal, del total de impuestos y contribuciones sociales y económicas alcanzados por la DRU (R\$ 701,4 billones), nada menos que R\$ 100,5 billones serán desvinculados para infraestructura económica, grandes eventos deportivos, formación de ahorro para reducción de la deuda pública. De ese total, R\$ 62,43 billones serán desvinculados de contribuciones sociales y económicas; y R\$38,04 billones, de impuestos. Individualmente, la COFINS representará la mayor parte de la DRU (R\$ 34,81 billones), seguida de Impuesto de Renta (persona física y jurídica), con R\$ 23,33 billones, y CSLL (R\$ 12,68 billones).

Así, sumadas las recetas de la COFINS y las de la CSLL, se tiene que en 2012 habrá un desvío de R\$47,49 billones de la Seguridad Social para inversiones de infraestructura, copa del mundo, olimpiadas y ahorro para reducción de la deuda pública. Este parece ser un anuncio de violación explícita de *expectativas imperativas* aunque, en Brasil, las recetas de COFINS, CSLL y PIS son recursos públicos vinculados, desde 1988, a la efectivación de programas sociales del área de la salud, inclusión social, riesgo social de desempleo y sanidad. No pueden tener otro destino. Soluciones innovadoras deben ser creadas en el ámbito del Presupuesto Fiscal, no en el de la Seguridad Social.

VI. PROTECCIÓN JUDICIAL DE EXPECTATIVAS IMPERATIVAS: ANÁLISIS DE LA STA 175

Se pasa, ahora, a analizar una de las más importantes decisiones del Supremo Tribunal Federal sobre lo que, en este trabajo se denomina de *judicialización de expectativas imperativas*. Se trata de la Suspensión de Tutela Anticipada, n. 175, juzgada en 18.09.2009 y que versó sobre las condiciones para la determinación judicial de suministro, por Medida Liminar en Tutela Anticipada, de medicamentos a un sólo individuo.

La controversia tuvo origen en el Tribunal Regional Federal de la 5ª Región (Recife-PE), que determinó a la Unión, al Estado del Ceará y al Municipio de Fortaleza, en solidaridad, el suministro de cierto medicamento a una brasileña de 21 años, portadora de la patología denominada Niemann-Pick

²² BRASIL, Tribunal de Contas da União, 2010, p. 215.

tipo C (enfermedad neurodegenerativa rara). Según el laudo emitido por la Red Sara de Hospitales de Rehabilitación, ese medicamento podría aumentar la supervivencia y/o la mejora de la calidad de vida de la paciente. No tendría efecto curativo. La familia de la joven no probó no tener condiciones de costear el medicamento. Lo solicitaron a los poderes públicos, sin embargo no obtuvieron respuesta. El coste estimado de la dosificación mensual prescrita giraba en torno a R\$ 52.000,00. El medicamento debería ser importado, sin embargo, su registro en la ANVISA aún no había sido realizado.

El Juez Federal *a quo* juzgó extinto el proceso sin juicio del mérito. A suyo ver, el Ministerio Público Federal no detenía legitimidad activa para proponer la Acción Civil Pública respectiva, con miras a que la paciente ya contaba con 21 años de edad y podría recurrir a la Defensoría Pública. El Ministerio Público opuso Embargos de Declaración contra la decisión del juez federal, con pedido de efectos modificativos, destacando que el proveimiento jurisdiccional habría sido omiso al no analizar la legitimación del Ministerio Público para la defensa de *derechos individuales indisponibles*²³, si del derecho a la salud, de base constitucional.

Remitidos los autos a la Procuraduría Regional de la República, esta se manifestó diciendo que el Ministerio Público tiene legitimidad para defensa de los derechos individuales *indisponibles, aún cuando la acción visa tutelar persona individualmente considerada*. Defendió también que el Sistema Único de Salud es compuesto por la Unión, Estados-miembros y Municipios y que, por eso, los entes federados se encuentran en legitimidad pasiva solidaria en los procesos que envuelven derechos fundamentales a la salud.

La Unión Federal recurrió al STF. Alegó que la decisión judicial hubiese violado el principio de la separación de poderes, las normas y las normativas del Sistema Único de Salud - SUS. Sostuvo la ocurrencia de grave lesión a la orden pública - una vez que el medicamento requerido no fue aprobado por la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria y no consta de la Portaria n. 1.318 del Ministerio de la Salud - y grave lesión a la economía pública, en razón del alto coste del medicamento (R\$ 52.000,00 por mes). Protestó, igualmente, cuanto al hecho de la Judicatura *desconsiderar que es función exclusiva de la Administración definir políticas públicas*. La Ministra Ellen Gracie determinó el apensamiento de la STA 178/DF a los autos de la STA 175/CE, por considerar idénticas las decisiones formuladas.

Las normas que fundamentan el instituto de la suspensión de liminar (Mandado de Seguridad - Ley en el. 12.016/2009, Art. 15; Medidas Cautelares

²³ Art. 127, da CF/88 c/c Art. 5, V, da LC nº 75/93.

contra actos del Poder Público - Ley n. 8.437/1992, Art. 4º; Tutela anticipada contra la Hacienda Pública - Ley n. 9.494/1997, Art. 1º y Art. 297 do RI-STF) permiten que la Presidencia del STF, *a fin de evitar grave lesión a la orden, a la salud, a la seguridad y a la economía públicas, suspenda la ejecución de decisiones concesivas de seguridad, de liminar o de tutela anticipada*, proferidas en única o última instancia, por los tribunales locales o federales, cuando la discusión trabada en el origen sea de índole constitucional. La materia constitucional, en este caso, sería la ofensa a los Arts. 2º, 6º, caput; cumulados con los Arts. 167²⁴, 196²⁵ e 198²⁶ da Constitución.

El Ministro Gilmar Mendes resaltó, de entrada, que el derecho a la salud es establecido por el artículo 196 de la Constitución Federal como (1) “derecho de todos” y (2) “deber del Estado”, (3) garantizado mediante “políticas sociales y económicas (4) que visen a la reducción del riesgo de enfermedades y de otros agravios”, (5) regido por el principio del “acceso universal e igualitario” (6) “a la acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación”.

En la decisión que profirió, como Presidente del Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes mencionó que en 5 de marzo de 2009, a Corte convocó Audiencia Pública en razón de la profusión de pedidos de suspensión de seguridad, de suspensión de tutela anticipada y de suspensión de liminares en trámite en el ámbito de aquella Presidencia. Todos eran pedidos con vistas a suspender la ejecución de medidas cautelares que condenaban la Hacienda Pública al suministro de las más variadas formas de prestaciones de salud (suministro de medicamentos, suplementos alimentos, órtesis y prótesis; creación de vacantes de UTIs y lechos hospitalarios; contratación de servidores de salud; realización de cirugías y exámenes; costeo de tratamiento fuera del domicilio, inclusive en el exterior, entre otros).

²⁴ Art. 167. Son vedados: II - la realización de gastos o la asunción de obligaciones directas que excedan los créditos presupuestarios o adicionales;

²⁵ Art. 196. La salud es derecho de todos y deber del Estado, garantizado mediante políticas sociales y económicas que visen a la reducción del riesgo de enfermedad y de otros agravios y al acceso universal e igualitario a la acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación.

²⁶ Art. 198. Las acciones y servicios públicos de salud integran una red regionalizada y jerarquizada y constituyen un sistema único, organizado de acuerdo con las siguientes directrices:

I - descentralización, con dirección única en cada esfera de gobierno;

II - atención integral, con prioridad para las actividades preventivas, sin perjuicio de los servicios asistenciales; III - participación de la comunidad. § 1º. El sistema único de salud será financiado, en los términos del art. 195, con recursos del presupuesto de la seguridad social, de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, además de otras fuentes. (Párrafo único reenumerado para § 1º por la Enmienda Constitucional nº 29, de 2000)

De hecho, esa audiencia trajo muy aprendizaje al Poder Judicial. A partir de ella fue posible constatar, por ejemplo, que en la mayoría de los casos, las determinaciones judiciales son para determinar el cumplimiento de políticas ya establecidas; no son decisiones que crean políticas públicas. En esa medida, son decisiones judiciales que garantizan la responsabilidad gubernamental.

La audiencia también permitió al Judicial formular algunas medidas prudenciales capaces de evitar intervenciones judiciales abusivas en faz de la protección al derecho de salud. Por ejemplo, la Judicatura sabe, desde entonces, que delante de pedido de prestación de salud el Juez debe, de entrada, verificar se existe, o no, política estatal que comprenda la prestación de salud pleiteada por la parte. Si existir, la decisión judicial no estará creando política, pero determinando su cumplimiento. O sea, garantizando a debida responsividade gubernamental a los ciudadanos.

Otra medida prudencial fue desarrollada para los casos en que la prestación de salud pleiteada no está de entre las políticas del SUS. En esos casos a Corte Suprema recomienda que la Judicatura identifique la causa de la omisión administrativa. La inexistencia de política distributiva de cierto medicamento puede estar fundamentada en una prohibición legal²⁷. Luego, puede ser el caso de la omisión administrativa no ser arbitraria. Eso también vale para la ausencia de registro de fármaco en la ANVISA. Inexistencia de registro no es, necesariamente, acto de negligencia. Además de poder transcurrir de prohibición legal, el no registro puede haber sido recomendado por evaluación técnica que concluyó por su inconveniencia. Es que después de verificar la eficacia, seguridad y calidad del producto y conceder el registro, la ANVISA analiza también la fijación del precio del fármaco, y lleva en consideración el beneficio clínico y el coste del tratamiento. Habiendo producto asemejado, y si el nuevo medicamento no traiga beneficio adicional, no podrá costar más caro del que el medicamento ya existente con la misma indicación. Precios extorsivos de medicamentos que tienen genéricos en el mercado pueden motivar la no recomendación de registro por la ANVISA.

Hay otra situación prudencial recomendada por la Suprema Corte. El Sistema Único de Salud adoptó “*Protocolos Clínicos y Diretrizes Terapêuticas*”. Esos protocolos representan un conjunto de criterios que permiten determinar el diagnóstico de enfermedades y el tratamiento correspondiente con los medicamentos disponibles y sus respectivas dosificación (es la *medicina con base en evidencias*). Así, *un medicamento o tratamiento*, puede no estar siendo

²⁷ É vedado à Administração Pública fornecer fármacos não registrados na ANVISA (Art. 12 da Lei Federal nº 6.360/76).

ofrecido por el SUS porque está en *disconformidad con ese Protocolo*. Eso significa que su distribución por el SUS contraría un consenso científico vigente. Significa, también, que el Poder Judicial no podría, *prima facie*, determinar la distribución de un fármaco no constante de esos protocolos. Presumiese, en ese caso, que no hay evidencias de efectos esperados por el área técnica de la salud.

Si el tratamiento no existe en la red pública, entonces el magistrado debe identificar si el pedido del paciente es, aún, un *experimento de laboratorio* o se es un *nuevo tratamiento*, sin embargo aún no aprobado por el SUS. Cuánto a los fármacos que están en fase sólo experimental, el Estado brasileño no puede ser gracias a suministrarlos, pues no hay consensos científicos cuánto a ellos. Ya en relación a los otros (*los nuevos tratamientos aún no incorporados al SUS*) es preciso redoblar la cautela judicial. Puede el Judicial determinar su suministro, pero el proveimiento del pedido debe ser lastrado en amplia producción probatoria capaz de evidenciar que la no incorporación al SUS, hasta el momento de la decisión judicial, transcurre de negligencia del SUS por uno de dos motivos: por la desactualización científica de los Protocolos, o por el simple retardo burocrático con providencias de registros. Sem prova adequada quanto a essas informações, a edição de medidas cautelares ficará comprometida. Superadas as dúvidas quanto à situação excepcional, até mesmo a importação de medicamento não registrado poderá ser determinada judicialmente, haja vista que a ANVISA tem autorização legal²⁸ para importar medicamentos não registrados em situações excepcionais, desde que adquiridos por intermédio de organismos multilaterales.

El Min. Gilmar Mendes concluyó, entonces, que esas informaciones suministran una directriz general de acción judicial: *el tratamiento tal como suministrado por el SUS debe ser priorizado por el magistrado*. ES carga del paciente comprobar la ineficacia o la impropiedad de la política de salud existente para su caso. Esas circunstancias, sin embargo, pueden existir, haya vista que Protocolos Clínicos y Directrices Terapéuticas, del SUS, son cuestionabais en juicio, haya vista que pueden estar desactualizados. La necesidad de medicamento correcto para caso específico, así como la actualidad científica de los protocolos del SUS también son plenamente justiciables. De ese modo, se ve que para la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, el sistema SUS ha, a favor de sí, sólo una presunción *iuris tantum* de actuación eficaz. Y la Judicatura está autorizada a garantizar la responsabilidad gubernamental se haya arbitrariedades (por acción o por omisión) del Sistema Único de Salud.

²⁸ Lei nº 9.782/99, Art. 8º, § 5º.

VII. RESPONSABILIDAD JUDICIAL Y TUTELA DE EXPECTATIVAS IMPERATIVAS

Se ve, entonces, que la posición más reciente del STF en relación a la intervención del Poder Judicial en las políticas públicas de salud es muy moderada. Pero el Poder Judicial brasileño se ha posicionado como guardián de la *responsividad gubernamental* y viene tutelando pedidos de judicialización de omisiones reputadas inconstitucionales, aún en sede de políticas públicas. Las bases doctrinarias para judicializar políticas de suministro de medicamentos, a rigor, viene de la comprensión esposado en la ADPF 45 MC/DF, de 04.05.2004, ocasión en que el Supremo Tribunal Federal afirmó la plena legitimidad constitucional del control y de la intervención del Poder Judicial en tema de efectividad de políticas públicas, desde que configurada hipótesis de injustificable inercia estatal o de abuso gubernamental.

Cuánto al argumento de que la condena solidaria de la Unión, Estados y Municipios provocaría desorden al sistema constitucional federativo, a Corte consideró que la decisión habría dejado claro existir jurisprudencia que afirma la responsabilidad solidaria de los entes federados en cuestión de salud²⁹. En Brasil, diferente del Sistema Nacional de Salud creado por la Constitución portuguesa, ese es un deber constitucional de todas las unidades federadas. El sistema de salud brasileño es *único*, razón por la cual el Art. 23, II de la Constitución determina que sea cualificación común de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios construir un modelo de cooperación y de coordinación de acciones conjuntas.

VIII. EXPECTATIVA IMPERATIVA: CATEGORÍA-LLAVE DE LA TEORÍA BRASILEÑA DE LOS DERECHOS DENSAMENTE PRESTACIONALES

Las *expectativas*, normalmente, son dadas como externas al derecho. Eso quiere decir que la categoría ha sido útil en el desarrollo de análisis sociológicas, tal vez más hasta del que al desarrollo de la dogmática o de la teoría general del derecho. Un importante ramo de la teoría sociológica, denominado de escuela funcionalista, dio amplia aplicación al concepto, con el intuito de realizar un análisis del derecho mientras sistema autopoietico, componente esencial de un sistema social complejo. Ese uso sociológico, útil para la investigación del derecho y de sus funciones en el sistema social, ha poco efecto en los esfuerzos para comprender las funciones de la jurisdicción en la tutela de los derechos fundamentales densamente prestacionales.

²⁹ RE 195192/RS, DJU de 31.3.2000 y RE 255627/RS, DJU de 23.2.2000, RE 566471/RN, DJE de 7.12.2007.

Pero, la aplicación de las expectativas que de hecho interesa aquí es la que le toma como categoría *justiciable*. Hay algunas áreas que especializaron el uso de ese término y que, seguramente, sensibilizaran la jurisprudencia. Una es el área del derecho contractual (civil, laboral, consumo) en especial las discusiones sobre la protección de las relaciones pre contractuales. La otra es a de el derecho administrativo, con aplicación innovadora del concepto en las relaciones de tolerancia fiscales y de poder de policía del Estado para con situaciones aparentemente ilícitas de los administrados. En esos casos, como ya se ha visto, la expectativa protegida es la decurrente de la protección de la confianza establecida entre las partes. En los dos casos lo que se anhela es la no turbación del *status* alcanzado por las partes, si ese *status* transcurre de relacionamiento basado en la buena fe de las partes. Ahí se encuadran situaciones como a del beneficio fiscal inválido, la seguridad del consumidor en faz del riesgo del consumo de masa, la tolerancia del locador para situaciones no previstas en el contrato, la tolerancia de la administración pública para con prácticas irregulares, sin embargo de bajo efecto lesivo al interés público. Esas variaciones interesan mucho a la teoría de los derechos fundamentales de seguridad social, visto que revelan una aplicación innovadora de la noción de *expectativa*, de modo a protegerla como verdadero derecho subjetivo.

La teoría garantista del derecho, que es una teoría general del derecho y de la democracia constitucional, sin embargo, elevó la categoría de las expectativas al primer nivel de importancia. La razón de eso no es meramente especulativa. Es que, como demuestra Ferrajoli en su reciente obra³⁰, las expectativas desempeñan un papel céntrico para la comprensión de la fenomenología del deber-ser constitucional. Esa es, seguramente, un abordaje que mucho interesa a una teorización de las funciones constitucionales de la jurisdicción delante de derechos fundamentales densamente prestacionales.

Ferrajoli explica que si, por un lado, el derecho podría continuar a ser interpretado como un sistema deóntico semejante a los demás (moral y costumbres) ya que, como cualquier sistema deóntico sería estructurado por meras expectativas, frustraciones y conductas convergentes con las expectativas (espontáneas o forzadas). Por otro, advierte, el derecho es un sistema deóntico con especificidades. Tal distinción reside en el hecho de que el derecho es un sistema deóntico estructurado por garantías primarias y secundarias. Las primarias significan la previsión de una obligación o deber, las secundarias, la sancionabilidad de comportamientos ilícitos o anulación de actos inválidos³¹. Ora, esa especificidad

³⁰ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris: teoria del diritto e della democrazia*. Roma, Laterza, 2007; CADEMARTORI, S., y STRAPAZZON, C. L., "Principia iuris: uma teoria normativa do direito e da democracia", en *Pensar*, n. 15.1 (2010) 278-302.

³¹ FERRAJOLI, o.c., p.166.

garantista del derecho está a servicio, precisamente, de la *neutralización de las frustraciones de expectativas*.

Es bueno notar que en nombre de una adecuación de la *expectativa* jurídica a una teoría positivista del derecho, el uso de la expresión tuvo que ser especializado. Las expectativas asumieron, en Ferrajoli, un *status imperativo* porque son garantizadas por obligaciones y prohibiciones³². Las expectativas jurídicas garantizadas por obligaciones y prohibiciones fueron transformadas, por Ferrajoli en derecho subjetivo. Así, cuando hay un derecho en sentido positivo o en sentido negativo, para Ferrajoli, el titular del derecho subjetivo ha, en favor de sí, una expectativa imperativa (positiva o negativa). Ahí están las obligaciones de prestar y las prohibiciones de causar lesión³³, traducción nuestra). Para el garantismo, por lo tanto, “derecho subjetivo es cualquier expectativa [garantizada] de prestación o de no lesión”³⁴.

Las *expectativas* decurrentes de obligaciones y prohibiciones no son, por lo tanto, para el garantismo, elementos externos al derecho; meras intenciones o casi-derechos. Para Ferrajoli, todas las *expectativas* jurídicas, aún cuando incluyen una facultad, pueden ser caracterizadas como derechos subjetivos de no lesión o de prestación³⁵. Eso significa que se es permitida una comisión, entonces no puede haber expectativa de su omisión; si es permitida una omisión, entonces no habrá expectativa de comisión. Por otro lado, si no es permitida una comisión entonces, sí, habrá expectativa de omisión; si no es permitida la omisión, seguramente habrá expectativa de comisión³⁶.

De acuerdo con el garantismo, reitérese, las expectativas de comisión y de omisión son fenómenos jurídicos *imperativos*, porque no hay derechos no garantizados, todos son perfectos derechos subjetivos justiciables³⁷. Para no dejar dudas, Ferrajoli clasificó los derechos subjetivos en cuatro tipos. Esa es una clasificación que asume alta relevancia para este trabajo, sobre todo la definición propuesta para *derecho-pretensión*, en faz de su correlación o con la noción de expectativa y, incluso, con la noción de *pretensión de corrección moral*, elaborada por Alexy.

Así explica el autor del Principia Iuris:

El uso corriente del término “derecho subjetivo” en derecho revela cuatro tipos de derechos: 1. Derechos-potestad: del cual transcurren los derechos

³² FERRAJOLI, o.c., p. 651, traducción nuestra.

³³ FERRAJOLI, o.c., p. 653.

³⁴ FERRAJOLI, o.c., p. 641, traducción nuestra.

³⁵ FERRAJOLI, o.c., pp. 86 y 641, traducción nuestra.

³⁶ FERRAJOLI, o.c., p. 152, traducción nuestra.

³⁷ FERRAJOLI, o.c., p. 151 y 651, traducción nuestra; FERRAJOLI, 2008, p. 63.

potestativos que consisten en la facultad de crear actos preceptivos (imperativos), como ocurre con el derecho de propiedad; 2. Derechos-facultad: del cual transcurren los derechos de mero comportamiento, de palabra, de asociación, reunión. Son las clásicas libertades fundamentales. 3. Derechos-immunidad: del cual transcurren los derechos negativos de no violación, como el derecho a la vida, a la libertad personal, integridad física, a la paz, defensa del ambiente; 4. Derecho-pretensión: del cual transcurren las expectativas positivas de prestación, como los derechos de crédito y los derechos sociales³⁸.

Por otro lado, hay autores, como Neil MacCormick³⁹, que rechazan la existencia de *pretensiones* o *expectativas* en el ordenamiento jurídico. La crítica sugiere que el derecho, diferente de las personas naturales, es una orden normativa y, en esa medida, es un *estado de cosas*, no es un ser en condiciones de producir cualquier tipo de *pretensión* o de *expectativas*. Esas serían características de los seres humanos; no del ordenamiento jurídico.

Lo que importuna MacCormick, en la verdad, es la tesis de Robert Alexy⁴⁰, según la cual el derecho tiene una dimensión ideal caracterizada por una *pretensión de corrección moral*. La dimensión factual del derecho sería formada por elementos de autoridad y de eficacia; la ideal por las directrices morales de los derechos humanos. Para Alexy, no es correcta la definición de que el derecho son hechos (actos humanos y normas), no, al menos, en los regímenes democráticos y fundados en un *constitucionalismo discursivo*. En esos regímenes el derecho objetivado en los ordenamientos siempre es guiado por una *pretensión de corrección moral* que no autoriza afirmar que los hechos sean, por sí solo, que produce un derecho. La mejor prueba de eso sería imaginar un dispositivo constitucional como el siguiente: “X es una nación soberana, federal e *injusta*”⁴¹. Ese dispositivo es considerado tan absurdo en la cultura jurídica occidental que, según Alexy, bien revela lo cuánto la justicia, en los Estados Constitucionales, funciona como un caso especial de corrección moral del derecho.

Alexy desea evidenciar, con eso, que en los regímenes democráticos que contemplan derechos constitucionales, el ordenamiento jurídico es formado por una dimensión moral decurrente de la naturaleza moral *de los derechos humanos*. A suyo ver, todo el esfuerzo internacional de positivación de los

³⁸ FERRAJOLI, 2007, p. 639, traducción nuestra.

³⁹ MACCORMICK, N., “Why law makes no claims”, en *Law, Rights and Discourse*, por George Pavlakos, 59-67. Oxford, Hart Publishing, 2007.

⁴⁰ ALEXY, R., “The dual nature of law.” *Law of Ukraine* 1 (2011) 39-50. Disponible, en: <http://pravoua.com.ua>

⁴¹ Ibid, p. 40.

derechos humanos, o sea, de conversión de los derechos humanos en derechos positivos internos, es un esfuerzo que visa, precisamente, conectar la dimensión ideal a la dimensión real del derecho⁴². De ese modo, los ordenamientos jurídicos que cuentan con (1) *procedimientos democráticos de producción legislativa*, (2) con procedimientos jurídicos de *judicial review* y con un sistema complejo de (3) *derechos fundamentales* son ordenamientos que, inalejablemente, tienen una orden jurídica positiva dotada de una *pretensión de corrección moral*.

La crítica de MacCormick, si acertada, puede comprometer la funcionalidad técnica de categorías jurídicas que tienen conexión explícita con la dimensión ideal del derecho, es decir, con su dimensión moral. Por otro lado, no hay dudas de que en el ámbito de las delicadas cuestiones de eficacia de los derechos fundamentales *densamente prestacionales*, la judicialización de las *omisiones* y de las *expectativas* está fuertemente atraillada a esa dimensión moral del derecho. Es que la interpretación de las condiciones de eficacia de los derechos, como los de *seguridad social*, es una interpretación informada por la filosofía, doctrina, estatutos y por los precedentes relativos a derechos humanos.

Muy aunque las objeciones de MacCormick merezcan atención, la doctrina y la jurisprudencia brasileña parecen adoptar el aliñamiento doctrinario de Alexy. Ya admiten, como visto en los casos antes analizados, que el derecho es impregnado de contenido ético, social y jurídico, y que las relaciones jurídicas formales están profundamente afectadas por elementos morales, tales como la buena-fé objetiva y la protección de la confianza, aún en derecho público (Supremo Tribunal Federal. Mandado de Seguridad n. 24.268-MG. 05.02.04).

Aceptar el argumento de MacCormick significa rechazar, para decir el mínimo, la naturaleza dual de los derechos fundamentales constitucionales. En consecuencia, significaría *rechazar amparo judicial* a “expectativas de derechos” que no sean “derechos subjetivos” en sentido tradicional. Más aún, sería rechazar protección judicial a derechos fundamentales no compatibles con los de la noción civil-liberal. Significaría, por fin, abandonar cualquier proyecto que exija la protección jurídica de institutos que divisan el *jurídico* y la *ética*. Eso, sin embargo, no se coadunaría con la evolución de la doctrina jurisprudencial y teórica brasileña.

Hoy es posible afirmar que la teoría brasileña de la eficacia de los derechos fundamentales de seguridad social debe compartir de los avances ya alcanzados

⁴² Ibid, p. 48.

por la *doctrina de las justas y legítimas expectativas*. No hay más razones para que todos los institutos jurídicos que producen *expectativas* sean tratados por la doctrina de los derechos fundamentales como externos al derecho. Expectativas, en el derecho brasileño, no son meras esperanzas sin consecuencias justificables. Compartir de los avances alcanzados por la doctrina civil-liberal no es, sin embargo, lo mismo que los reproducir fielmente en el ámbito de los derechos de seguridad social. Es que la doctrina civil de las expectativas no alcanza la naturaleza densamente prestacional de los derechos fundamentales de seguridad social. Por lo tanto, las expectativas para la realización de los derechos fundamentales sociales densamente prestacionales deben ser mucho más cuidadosamente protegidas por el Poder Judicial. Deben ser tuteladas, incluso, con más cuidado que la forma de tutela ya desarrollada para proteger expectativas justas y legítimas generadas por derechos civiles que son, comparativamente, de menor densidad prestacional.

Las *expectativas* generadas por derechos de *status* constitucional son revestidas de especial *rigidez*. Son expectativas duraderas, transgeneracionales e irrevocables. Como no hay *promesas constitucionales inconsecuentes*⁴³, la teoría brasileña de los derechos fundamentales debe reconocer la naturaleza *imperativa* de las *expectativas prestacionales* vinculadas a derechos fundamentales de seguridad social.

Comportamientos omisivos frente a estas *expectativas imperativas* siempre pueden ser judicializados a fin de constatar la razonabilidad de los motivos de la omisión. Toda y cualquier omisión frente a *expectativas imperativas* hay de ser, por eso, plenamente justificable. Un buen parámetro, en esa dirección parece ser el siguiente: si el Estado de Derecho no tolera ilícitos (por acción u omisión); el Estado Constitucional no tolera ilícitos ni *arbitrariedades*, sean ellas decurrentes de acciones o de omisiones. En una palabra, ninguna omisión frente a derechos fundamentales de seguridad puede ser arbitraria.

Por lo tanto, en este trabajo se presupone que instituciones, institutos, principios y razones destinadas a garantizar relaciones jurídicas no arbitrarias (de particulares entre sí, o de la ciudadanía en faz del Estado, o del Estado en faz de la ciudadanía), representan claros avances civilizatorios. Tales avances aliñase al desarrollo de una cultura jurídica que hay mucho protege intereses y expectativas particulares contra omisiones ilícitas. Aliñase, igualmente, con los esfuerzos envidados para primorear el inacabado régimen republicano. Regímenes republicanos bien acabados no toleran el ejercicio arbitrario del poder, sea por *acción*, sea por *omisión*. En los regímenes republicanos (al

⁴³ STF. RE 271.286-8, RS, Rel. Min. Celso de Mello, 12.09.2000.

cual la noción de Estado de Derecho y a de Estado Constitucional se filian) el control judicial de las *omisiones civiles ilícitas* es una sofisticación del modelo de responsabilización civil, pues tanto la ciudadanía cuanto las autoridades, en condiciones de igualdad, son responsabilizadas civil y penalmente por los daños causados.

En esos regímenes, el control judicial de las *omisiones políticas y legislativas* es una sofisticación, sin embargo del modelo de *responsividad democrática*. Es que el deber de responder a las expectativas políticas de electores, y de corresponder a las expectativas imperativas positivadas en el derecho constitucional, es condición de legitimidad de la democracia de los Estados Constitucionales⁴⁴.

El movimiento de *control judicial de las omisiones arbitrarias* en sede de *derechos fundamentales densamente prestacionales* es, así, mucho más importante para la democracia que los análisis exclusivamente dedicados a la politización de la justicia tienden a sugerir. Si es un medio de expandir las funciones políticas de la jurisdicción, por otro lado, es un paso decisivo para garantizar la responsividad del sistema de gobierno y, en esa medida, la legitimidad de la democracia. Esa dimensión garantista del *judicial review* es una muy relevante característica del sistema brasileño de derechos constitucionales, y transcurre del dibujo institucional ofrecido por la Constitución de 1988 a esta República.

IX. CONCLUSIONES

Las decisiones aquí analizadas, sobre todo a de el Supremo Tribunal Federal en cuestión de suministro de medicamentos, evidencian la naturaleza garantista de la jurisdicción constitucional contemporánea. En este trabajo se procuró evidenciar que la tutela jurisdiccional de *legítimas expectativas contra omisiones ilícitas, omisiones que causan daños* y cualesquier formas de *omisiones arbitrarias* que frustran *expectativas imperativas* es derecho constitucional.

La visión actual de la indivisibilidad, irrevocabilidad, progresividad e interdependencia de todos los derechos fundamentales reclama que las funciones jurisdicciones actúen como guardianas de las *expectativas imperativas* del sistema de derechos constitucionales; y esa función garantista debe ser ejercida en sintonía con el *ethos* republicano vinculante de la actuación de la Jurisdicción

⁴⁴ DAHL, R., *Poliarquia: participação e oposição*. Tradução, de C. M. Paciornik. São Paulo, EdUSP, 1997.

cual sea, a de actuar con el firme comprometimiento de cohibir todas las manifestaciones arbitrarias de dominación o de ejercicio del poder. En democracias dotadas de derechos fundamentales constitucionales, densamente prestacionales o no, la jurisdicción es función de la república y la Judicatura es institución de garantía de efectivación de la *responsabilidad* del sistema de gobierno. Esa actuación jurisdiccional, cuando prudente, no es inconstitucional. Bien al contrario, es un homenaje al principio de las relaciones armónicas entre los poderes para cumplir la teleología constitucional.

X. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, R., “The dual nature of law.” *Law of Ukraine* 1 (2011) 39-50. Disponible, en: <http://pravoua.com.ua>.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A., *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2011.
- BARACAT, E. M., *A boa fé no direito individual do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2003.
- BOBBIO, N., *A era dos direitos*. 10ª. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, RJ, Campus, 1992.
- BRANCO, G. L. C., “A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos”, en *Revista de Direito Privado* (2002) 169-225.
- BRASIL, Câmara dos Deputados, “A efetiva desvinculação de receitas da União (DRU) na elaboração do projeto de lei orçamentária para 2012, no orçamento da seguridade social e em outras áreas”. Nota técnica n. 18/2011, Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira, Câmara dos Deputados, Distrito Federal, 2011.
- BRASIL, Câmara dos Deputados, “A efetiva desvinculação de receitas da União (DRU) na elaboração do projeto de lei orçamentária para 2012, no orçamento da seguridade social e em outras áreas”. Nota técnica n. 18, 2011.
- BRASIL, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Orçamento Federal. *Relatório de Avaliação de Receitas e Despesas Primárias. 4o. Bimestre*. Brasília, MPOG, 2011.
 - *Séries históricas de dados e indicadores fiscais*, 2010: 64.
- BRASIL, Tribunal de Contas da União, *Relatório e parecer prévio sobre as contas do governo da República*. Brasília: Tribunal de Contas da União,

2011. Disponible, en <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/PrestacaoContas/Presidente/RelatorioPareceresTCU/RPP2010.pdf>.
- CADEMARTORI, S., y STRAPAZZON, C. L., “Principia iuris: uma teoria normativa do direito e da democracia”, en *Pensar*, n. 15.1 (2010) 278-302.
 - CONSTANZI, R. N., “Evolução e situação atual das aposentadorias por tempo de contribuição.” *Informe da Previdência Social* v. 23, n. 9 (Out 2011).
 - DAHL, R., *Poliarquia: participação e oposição*. Tradução, de C. M. Paciornik. São Paulo, EdUSP, 1997.
 - DIAS, J. de A., *Da Responsabilidade Civil*. São Paulo, Renovar, 2006.
 - FERRAJOLI, L., *Principia Iuris: teoria del diritto e della democrazia*. Roma, Laterza, 2007, 2 vols.
 - LANGDORF, M., “Judicialização dos direitos economicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise sócio-jurídica”, en *SUR*, 6, n. 11 (2009) 99-133.
 - MACCORMICK, N., “Why law makes no claims”, en *Law, Rights and Discourse*, por George Pavlakos, 59-67. Oxford, Hart Publishing, 2007.
 - MARINONI, L. G., “Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito”, en *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. sd. <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=32> (acesso en 30 de set de 2011).
 - STRAPAZZON, C. L., “Direitos sociais fundamentais, seguridade e a cláusula da “reserva do possível”: garantias e eficácia em casos julgados no Brasil”, en *Jurispoiesis*, 13 (2010) 149-165.