

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ

JONATHAN BARROS VITA

HELENA COLODETTI GONÇALVES SILVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Anna Candida da Cunha Ferraz, Jonathan Barros Vita, Helena Colodetti
Gonçalves Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-115-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias
Fundamentais. 3. Realismo jurídico. I. Congresso Nacional do CONPEDI -
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O XXI Congresso Nacional do CONPEDI Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito foi realizado em Minas Gerais entre os dias 11 a 14 de novembro de 2015 e teve como temática geral: Direito e política: da vulnerabilidade à sustentabilidade.

Este encontro manteve a tradição do CONPEDI em produzir uma reflexão crítica a respeito das pesquisas científicas desenvolvidas nos mais variados programas de pós-graduação, cujo fórum por excelência no evento são os grupos de trabalho.

Contextualmente, o grupo de trabalho cujo livro cabe prefaciar aqui é o de tema Direitos e Garantias Fundamentais II, que reuniu trabalhos de grande qualidade e exposições efetivamente instigantes a respeito das mais variadas matizes do tema geral.

Para organizar o fluxo de informações trazidas por estes artigos, quatro grandes eixos temáticos foram traçados para subdividir tal obra:

Direitos das minorias;

Liberdade de expressão e informação;

Dogmática jurídica, processo e judiciário; e

Políticas públicas e governamentais e direitos reflexos.

O primeiro destes eixos, compreende os artigos de 2, 5, 8, 13, 22, 23, 25, 26 e 27 da coletânea e demonstra como o empoderamento das minorias é um dos temas jurídicos da contemporaneidade.

O segundo destes eixos, compreende os artigos de 4, 7, 12, 14, 18, 20, 24, 30 da coletânea e lida com plataformas teóricas distintas para dar acesso a duas liberdades fundamentais e completamente imbrincadas entre si, o acesso à informação e a liberdade de expressão.

O terceiro destes eixos, compreende os artigos de 1, 9, 16, 17, 19, 21 e 28 da coletânea e está ligado à dogmática jurídica e a temas vinculados ao judiciário, incluindo o processo, temas estes que garantem a forma de acesso coercitivo aos direitos fundamentais.

O quarto e último destes eixos, compreende os artigos 3, 6, 10, 11, 15 e 29 da coletânea e dialoga, em vários níveis, com as possíveis ações governamentais, do ponto de vista atuativo ou regulatório (especialmente no campo do direito do trabalho) para garantir as ações públicas de preservação de direitos e garantias fundamentais.

Obviamente, estas notas sintéticas aos artigos selecionados para publicação neste grupo de trabalho não conseguem demonstrar a complexidade dos mesmos, nem do ponto de vista de variadas abordagens metodológicas utilizadas ou, mesmo, da profundidade de pesquisa.

Esses artigos, portanto, são a concretização do grau de interesse no tema desta obra e demonstra quão instigante e multifacetadas podem ser as abordagens dos direitos e garantias fundamentais.

Conclusivamente, ressalta-se que é um prazer organizar e apresentar esta obra que, sem dúvida, já colabora para o estímulo e divulgação de novas pesquisas no Brasil, função tão bem exercida pelo CONPEDI e seus realizadores, parceiros e patrocinadores que permitiram o sucesso do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2015

Organizadores:

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita UNIMAR

Profa. Dra. Helena Colodetti Gonçalves Silveira FUMEC

A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS

THE DEMOCRATIC LEGITIMACY OF THE JUDICIAL POWER TO PROMOTE THE SOCIAL RIGHTS TO PROVISION

Rafael Wagner Radke

Resumo

Um dos tópicos mais controversos no âmbito do Poder Judiciário e do Direito Constitucional brasileiro é o debate relativo aos direitos sociais que necessitam uma prestação estatal, os positivos. Neste campo, existe uma divergência que diz respeito a sua eficácia e, especialmente sobre a sua efetivação, tendo em vista que a Constituição de 1988 buscou instaurar no Brasil um Estado Social de Direito através de um aumento da proteção sobre os direitos transindividuais - uma das fases da evolução estatal que o Brasil não havia ainda experimentado. Contudo, em um país de modernidade tardia e que busca se inserir em um contexto de globalização, a implementação dos mesmos encontra uma enormidade de problemas. Desse modo, o Judiciário é chamado a agir e concretizar as previsões Constitucionais. Entretanto, no caso dos direitos sociais positivos, isso gera um inequívoco atrito entre Poderes, por inúmeras razões - mas especialmente pela relevância econômica e pela teoria da separação dos poderes. Assim, o presente trabalho busca fornecer uma visão sobre o papel do Poder Judiciário dentro de um Estado Social de Direito, onde ele não pode se limitar às mesmas ações do Estado Liberal, já que também é um promotor dos mandamentos constitucionais, em igualdade de condições com os demais Poderes.

Palavras-chave: Constitucionalismo, Poder judiciário, Direitos fundamentais sociais prestação, Legitimidade democrática, Judicialização da política

Abstract/Resumen/Résumé

One of the most controversial topics of the Judiciary and the Brazilian Constitutional Law is the debate that concerns the social rights that needs a provision from the State. In this area, there's a divergency about its efficacy and, specially, about its achievement, having on sight that the Constitution of 1988 sought to establish in Brazil a Welfare State through an increase of the protection over the transindividual rights - one of the fases of the evolution of the State to which Brazil hasn't gone through. However, in a country of late modernity and that wants to insert itself in a context of globalization, the implementation of those rights faces a high amount of problems. In this way, the Judiciary is called to act and to bring the Constitutional predictions to reality. Nevertheless, when it comes to the positive social rights, that generates a clear conflict between the Powers, for numerous reasons - but specially for its economic relevance and because of the theory of the separation of the powers. Therefore, the present work looks to provide a view of the Judiciary within a Welfare State,

where it can no longer constrain itself to the same actions of the Liberal State, since it is also o promotor of the Constitucional commands, in equality of conditions with the other Powers.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionalism, Judiciary, Fundamental rights of provision, Democratic legitimacy, Judicialization of politics

1 Introdução

A promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe, sem dúvidas, muitas inovações benéficas para o Estado Brasileiro e para a sua população, ambos recuperando-se de um regime autoritário e iniciando a sua abertura democrática com o advento e impulso que foram trazidos – também, mas não somente – pelo texto Constitucional. Entre as inovações, cabe referir que foi (re)inaugurado o Estado Social e Democrático de Direito no Brasil, ponto destacado aqui pois é o cerne da discussão que se pretende travar no presente artigo. Em seu Título II, denominado “dos direitos e garantias fundamentais”, o constituinte originário previu uma enorme gama de direitos de defesa ou de liberdade – os chamados direitos fundamentais de primeira geração -, que são algumas áreas de sua esfera privada onde o indivíduo não pode ser atingido, seja pelo próprio poder estatal ou por algum outro particular. Para além desses direitos, a Constituição de 1988 traz também, muitas previsões sobre os chamados direitos sociais – conhecidos também como direitos fundamentais de segunda geração. Essa modalidade de direitos pode ser tanto de defesa (como os direitos liberais) como direitos a prestações por parte do Estado Brasileiro provedor, sendo ele, portanto, um estado de bem estar social ou *welfare state* dentro do âmbito constitucional. O Estado brasileiro objetivado pelo constituinte originário tem, assim, como missão garantir o mínimo necessário para que não seja ferido o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como um dos mais importantes mandamentos dessa Carta Constitucional.

Entretanto, a maior problemática que surge quando se trata dos direitos fundamentais sociais, diz respeito justamente a sua face prestacional, no que tange principalmente à eficácia e à efetividade de tais direitos. Essa seria, nas palavras do eminente constitucionalista Ingo Sarlet (2012, p. 283), a face positiva dos direitos sociais, porquanto prima por uma ação prestativa estatal. Isso ocorre por inúmeras razões, entre as quais cabe citar que essas prestações demandam uma injeção monetária pela parte provedora, o Estado, que muitas vezes não alega a sua impossibilidade de cumprir o pedido e atender de forma satisfatória os seus cidadãos, sobretudo em um país como o Brasil, onde a modernidade ainda não se faz presente sob todos os seus aspectos. Em outras palavras, muitas vezes o mandamento Constitucional não é devidamente cumprido. Não obstante, a despeito das suas inegáveis limitações monetárias, estruturais ou qualquer outro fato - em qualquer dos entes da Federação - que venha a diminuir, limitar ou não prestar um direito fundamental social devido ao cidadão, deve ser confrontado com a própria CF/88, uma vez que a mesma estabelece a eficácia plena e aplicabilidade imediata para todos os direitos fundamentais previstos naquela Carta, pregando uma otimização de seus

efeitos desde a data de sua promulgação. É claro que este preceito está sujeito as mais diversas interpretações e posições dentro da doutrina e também da jurisprudência, que serão também apresentados no desenvolvimento deste artigo.

Se inserindo dentro dessa problemática, há o Poder Judiciário, que tem os seus serviços requisitados pela população civil que busca uma prestação social devida pelo Estado, em acordo com a Constituição, e que por alguma razão, não foi devidamente prestada. Nessa seara, a discussão se dá, na maior parte das vezes, pela alteração do papel do Judiciário no âmbito desse Estado Social e Democrático de Direito que o Brasil persegue, e que muitas vezes não é compreendido por esse próprio Poder Judiciário. O qual se retrai e diminui a sua importância, resguardando a si o mesmo papel que lhe foi designado por um estado em estágio anterior de desenvolvimento – o liberal –, ou seja, um papel muito limitado dentro de uma visão absolutamente estrita da teoria da separação dos poderes, inicialmente desenvolvida por Montesquieu.

Assim, questiona-se se no atual cenário, o Poder Judiciário possui legitimidade democrática para interferir no campo legislativo e executivo, também no que diz respeito aos direitos sociais? Seria uma intervenção maior do poder judiciário no intuito de obrigar a efetivação dos direitos sociais de prestação uma afronta ao princípio da separação dos poderes? Qual é o âmbito e os limites de atuação do próprio Poder Judiciário nesse novo cenário social, o Estado de bem estar social democrático, que prevê uma série de situações que ele mesmo – através dos demais poderes - não consegue cumprir?

Com o auxílio de teóricos e doutrinadores renomados, buscaremos, neste artigo, oferecer algumas contribuições que acrescentem a este já tão fértil debate que se dá tanto no campo teórico como no pratico, sobre o papel do Poder Judiciário nos Estados Contemporâneos e Democráticos.

2 Os direitos sociais de face prestacional em um país de modernidade tardia

2.1 A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL DO ESTADO BRASILEIRO E OS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS

Inicialmente, deve-se desenvolver a temática acerca da inovação Constitucional Brasileira em 1988 e o que foi modificado em termos de direitos sociais, para que a seja possível compreender o tema central aqui desenvolvido.

Trata-se de verdade insofismável a afirmação que atesta que, após o fim da ditadura militar, e com o posterior início da abertura política, o Estado Brasileiro se tornou mais democrático para com os seus cidadãos.

Entre os pontos que contribuem para essa inegável evolução que se deu a partir do ano de 1985, gostaríamos de destacar a nova Carta Federal, promulgada em 1988 com especial ênfase ao seu Título II, onde está estabelecido o rol dos direitos e garantias fundamentais (ainda que não seja de forma taxativa, já que há outros direitos fundamentais presentes em outras partes do texto constitucional ou em tratados internacionais, por exemplo) e demonstrar a sua importância na sublinhada evolução democrática deste Estado.

Dentre a enorme gama de artigos sobre direitos e garantias fundamentais no texto Constitucional destacam-se os direitos liberais - já tradicionais e muito fortes dentro de todas as sociedades modernas - e os sociais, que são uma das maiores inovações protetivas que o constituinte originário legou ao povo brasileiro.¹

Com efeito, o desenvolvimento dessa modalidade de direitos no texto constitucional se justifica a partir do momento em que se atesta a falência do estado estritamente liberal - surgido ao final dos períodos monárquicos europeus e capitaneado pela classe burguesa que almejava ter o poder político – uma vez que este não consegue garantir um mínimo necessário para todos os seus cidadãos, dentro das sociedades cada vez mais complexas. A falência do modelo liberal já é aceita desde o final do século XIX, quando iniciou-se a teorização do Estado Social, com a missão de evoluir e melhorar a situação da sociedade e dos seus cidadãos dentro do próprio Estado Nacional. Da mesma forma que o Estado Liberal, com sua filosofia liberal-burguesa constituiu categorias que lhe dessem subsídio e segurança, o Estado Social que começava a surgir também o fez. Desse modo, as novas constituições que surgiram após essas constatações começaram a levar em conta essas noções e normatizá-las:

Diferentemente da fase anterior do constitucionalismo, na versão social – que, por sua vez, positivou em nível constitucional a segunda geração dos direitos humanos – a condição do indivíduo era tomada sempre dentro de uma perspectiva político-social em que a participação do Estado era essencial à realização prática dos direitos sociais [...] direitos cujos titulares não eram necessariamente definidos aprioristicamente [...]. Isto fez com que fosse sustentada a necessidade de uma liberdade positiva: uma participação instrumental do Estado como agente hábil a prover direitos os quais sem a atuação concreta deste dificilmente seriam implementados, sobretudo devido

¹ Não se ignora o fato de que as constituições anteriores do Brasil já haviam iniciado a proteção de direitos transindividuais. Todavia, com a Carta de 1988 essa proteção atingiu um patamar mais elevado e eficaz, razão pela qual merece o destaque neste artigo.

à falta de uma estrutura político-jurídico que permitisse a efetivação de tais direitos. (TEIXEIRA, 2012, p. 19-20).

Portanto, o Estado Social surgiu com a promessa de cumprir uma série de requisitos que o modelo anterior não conseguira ser exitoso em preencher. Essa promessa se manifestou através de direitos recém criados que ultrapassavam a figura do indivíduo – os chamados direitos sociais ou de segunda geração. As previsões constitucionais de direitos foi a forma encontrada de normatizar e “garantir” que o Estado Social fosse efetivado. Esses “novos direitos” são de caráter supraindividual, já que diferem da característica central do direito subjetivo de relação jurídica entre particulares, o qual exige uma postura negativa do Estado, que somente deve evitar a sua intervenção. São direitos, por sua vez, que exigem uma prestação positiva por parte do ente estatal, um fazer do Estado, através de programas e políticas dirigidas a concretizar direitos de um grupo de indivíduos, e não individualmente.

Por conseguinte, pode-se concluir que os direitos sociais à prestação diferem-se dos direitos de defesa no sentido de que estes cuidam de preservar e defender determinada situação; aqueles pressupõem a criação ou a disponibilização da prestação que é seu objeto devido para o demandante. Nas palavras de Andreas Krell (2002, p. 19), os direitos sociais “[...] não são direitos *contra* o Estado, mas sim direitos *através* do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais.”. Ademais, sobre os seus objetivos, o magistério de José Eduardo Faria (1994, p. 105), é muito preciso quando atesta que “[...] os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios.”

Contudo, deve-se ressaltar a visão de Ingo Sarlet (2012, p. 283), que será adotada no presente artigo, segundo o qual “não se deve olvidar que também os direitos sociais prestacionais apresentam uma dimensão negativa, porquanto a prestação que constitui o seu objeto não pode ser imposta ao titular em potencial do direito”.²

Não obstante, parece-nos muito acertada e sintética a seguinte definição conceitual dos direitos sociais prestacionais:

² Optou-se, como forma de delimitar epistemologicamente o objeto deste artigo e não tratar das demais formas existentes de direitos fundamentais presentes no ordenamento jurídico brasileiro – sejam elas os chamados direitos de primeira geração ou até os direitos de segunda geração, quando da sua dimensão negativa –, ainda que não se olvide da sua relevância, porquanto, nestes casos, inexistem maiores divergências no tocante da aplicabilidade destes direitos.

[...] não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata [...], mas, sim, encontram-se intimamente ligados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem. (SARLET, 2012. P. 284).

No caso brasileiro, a Constituição de 1988 incorporou esta visão e delineou o seu “novo” Estado sob este prisma. Cabe ressaltar, ademais, que os direitos e garantias fundamentais têm por objetivo (ainda que não seja o único no ordenamento jurídico nacional) garantir a dignidade da pessoa humana e o seu mínimo existencial para uma vida digna.³ Portanto, é importante, também, definir o princípio da dignidade da pessoa humana, com o intuito de melhorar a compreensão metodológica, ainda que sem tecer muitos comentários sobre esse ponto:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2002, p. 62).

Destarte, os direitos e garantias fundamentais são uma forma de concretizar a própria dignidade da pessoa humana e garantir a todos uma existência digna dentro de parâmetros mínimos. Inserem-se, então, dentro do referido princípio, com uma importância deveras relevante, os direitos fundamentais sociais na sua dimensão prestacional, os quais o constituinte originário previu com tanto afincamento justamente para constranger o Estado a proteger e cuidar de seus habitantes de uma forma mais ativa e presente.

Com efeito, ao prever os chamados direitos sociais positivos, a Constituição Brasileira de 1988 insere em seu corpo as denominadas normas programáticas, isso quer dizer, normas que estabelecem programas, finalidades ou tarefas que devem ser implementadas pelo Estado, ou que contenham imposições ou “limitações” para o poder discricionário⁴ do legislador. Nessa mesma linha, segue Bercovici (1999, p. 36), quando atesta que a CF/88 define “[...] por meio

³ A inserção de princípios morais como a dignidade da pessoa humana se deu com o advento do neoconstitucionalismo, no período pós Segunda Guerra Mundial, e com o reconhecimento da força normativa da Constituição, através de um processo de importação de valores morais e democráticos para dentro do texto Constitucional e que culminou por estabelecer a vinculação dos preceitos constitucionais para todo o ordenamento jurídico.

⁴ Discricionário aqui deve ser interpretado como a impossibilidade do legislador determinar a existência ou não de determinado direito – nesse caso, os fundamentais –. No sentido hermenêutico desse termo, quer dizer que não está à disposição do legislador escolher a conveniência e oportunidade para legislar sobre eles. Pelo contrário, compete somente ao legislador efetuar a regulamentação do que está previsto no texto constitucional.

das chamadas normas programáticas, fins, e programas de ação futura no sentido de melhoria das condições sociais e econômicas da população.”

Assim, os direitos sociais de prestação, conforme ressalta Sarlet (2002, p. 18) “[...] assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na (plena) esfera de disponibilidade do legislador [...]”. As normas programa, logo, vinculam, em certa medida, o legislador e o obrigam a legislar de modo a garantir os direitos sociais para a população.

Essa característica de vislumbrar um futuro e prever objetivos e programas, atribuída pelas normas programáticas aos direitos sociais positivos é de extrema importância, uma vez que a constituição não pode se limitar ao mundo do ser, ou seja, meramente descrever as situações fáticas e sociais existentes, tendo em vista que, ao inaugurar uma nova ordem jurídica e estatal, ela deve também prever para onde o país vai, como se desenvolverá e por quais rumos; ou pelo menos, dar-lhe uma mínima normatividade futura, dentro do mundo do dever ser (HESSE, 1991, p. 15). Até porque, não é recomendável limitar o texto constitucional a descrever meramente as situações existentes – já que isso seria a sua própria negação como documento fundador de uma nova ordem jurídica.

Por essa razão, Krell (2002, p. 28) seguindo na esteira de Hesse, argumenta sobre o papel dos direitos sociais na Constituição de 1988, quando atesta que “[...] exercem um importante papel, cumprindo ao lado de sua função jurídico-normativa, uma função sugestiva, apelativa, educativa e, acima de tudo, *conscientizadora*.”. Nesta mesma seara, é importante trazer à baila o magistério de Leonardo Tricot Saldanha (2008, p. 85) para quem os direitos sociais “são parte dos direitos estruturantes do ordenamento constitucional, visto que refletem uma certa concepção de ser humano, da qual as Constituições democráticas, em especial a do Brasil, não querem se afastar.”

Todavia, a função de dever ser constitucional precisa atentar-se aos limites do próprio direito e da situação fática do país, já que não é possível normatizar o inalcançável e o impossível (KRELL, 2002, p. 25). Nesse ponto, alguns doutrinadores se manifestam no sentido de que a Constituição de 1988 previu muitos direitos sem se preocupar com a sua efetividade. Sobre esse assunto:

[...] muitas normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, por não possuírem um mínimo de condições para a sua efetivação, servem somente como um alibi para criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas sociais da sociedade, desempenhando, assim, uma função preponderantemente ideológica em construir uma forma de

manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas. (NEVES, 2011, p 115).

Desse modo, o professor Marcelo Neves (2011, p. 115) faz sua crítica de que através das normas programáticas de fins sociais, o caráter hipertroficamente simbólico e iludidor da linguagem constitucional apresenta-se em sua forma mais destacada. Essas normas não possuem muita capacidade de efetividade social, não podem ser exigidas positivamente pelo Poder Judiciário, e, assim sendo, são incapazes de realizar a transformação social exigida pelo Estado Social Constitucional. Seriam, portanto, instrumentos utilizados pelo poder político dominante para conferir uma aparência de vontade política por parte das elites nacionais.

No entanto, mesmo com todas as ressalvas apresentadas, não restam dúvidas que a Constituição Federal trouxe em seu texto um grande leque de direitos sociais, elevando o seu rol, e resguardando-lhes uma grande e forte proteção, no intuito de beneficiar todos que estão sob a sua jurisdição. Em outras palavras, através da adoção das normas programáticas – as quais são uma necessidade do estado social -, buscou-se trazer para o Brasil um Estado Social ou Estado de Bem Estar Social Democrático, ainda que “em muitos dispositivos parece haver uma exacerbação intencional do preceito normativo além do limite da sua exequibilidade racionalmente possível a curto ou médio prazo.” (KRELL, 2002, p. 28).

Dessa forma, fica evidente a intenção – ao menos dentro do campo normativo da Constituição - de estabelecer meios e programas para que o Brasil possa se desenvolver e, junto com um projeto típico de um estado liberal, não deixe de resguardar condições mínimas para a subsistência de todos os seus cidadãos, na forma dos direitos sociais. Essa mesma intenção deve(ria) ser objeto de grande preocupação e trabalho por parte dos demais poderes, no intuito de cumprir o mandamento constitucional. Sabe-se que isso nem sempre ocorre, seja por falta de interesse ou impossibilidade do Estado (no seu sentido *lato*).

Os problemas gerados pelos direitos sociais prestacionais serão mais desenvolvidos no transcorrer do trabalho, já que muitas são as posições divergentes e encontra-se bons argumentos para todas.

2.2 A PROBLEMÁTICA ACERCA DA EFICÁCIA E DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS POSITIVOS NO BRASIL

Inicialmente, cumpre tratar sobre a eficácia pensada pelo texto constitucional às normas relativas a direitos sociais prestacionais, já que estes são o cerne deste artigo. Para esse efeito,

é impossível não referir o previsto no artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, *verbis*: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”⁵ Logo, quanto aos direitos de primeira geração, a eficácia é plena⁶ e a aplicabilidade imediata para todos os seus jurisdicionados. Sobre a exegese feita não restam grandes debates na doutrina e na jurisprudência nacional, de modo que, no presente momento, este ponto não será abordado com a profundidade que lhe é devida,

Entretanto, no debate relativo aos direitos sociais prestacionais, a unanimidade está longe de ser alcançada. De fato, o mandamento contido no §1º, do Artigo 5º, é aplicável para todos os direitos fundamentais aceitos dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro, e não somente para os do próprio artigo ou capítulo do qual ele faz parte – obviamente, lendo-se esta afirmação com as devidas parcimônias e reservas necessárias, as quais serão desenvolvidas posteriormente.

A maior parte da doutrina reconhece que o referido parágrafo é um mandado de otimização⁷ para todos os direitos fundamentais, ou seja, trata-se de uma imposição Constitucional ao Poder Público que lhe incumbe o dever de maximizar a eficácia e criar as melhores condições para a realização (efetividade) real dos direitos fundamentais. Isso, por óbvio, inclui os direitos sociais prestacionais, em maior ou menor escala. Quanto à interpretação do dispositivo em questão, segue o magistério de Ingo Sarlet, que após dissertar sobre a importante distinção entre as normas que possuem normatividade completa e atingem os seus maiores efeitos sem qualquer intermediação legislativa e as que não possuem e, portanto, reclamam uma intervenção legislativa para maximizar os seus efeitos – ambas existentes dentro do quadro de direitos fundamentais:

[...] a melhor exegese da norma contida no art. 5º, §1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa

⁵ **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 out. 1998. 41. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

⁶ Por eficácia plena deve-se entender que a norma possui todos os dispositivos para a sua aplicação direta ou instantânea dentro do mundo fático. Tal eficácia, pode, entretanto, ser contida a critério do legislador. Além disso, ao ser aplicada no mundo real, a norma também possui efetividade ou eficácia social. Sobre o tema, ver a obra clássica: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007; Para uma visão sobre um outro prisma da efetividade, ver: BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1996.

⁷ Mandado de otimização deve ser lido no seu sentido hermenêutico como a necessidade de se fazer o máximo possível para a concretização dos direitos fundamentais. Isso não significa, entretanto, uma abertura para o solipsismo, uma vez que tanto o legislador como o julgador, devem ser limitados pelos limites semânticos dos textos – Constitucional e legal, quando for o caso. Dentro dessa perspectiva, os princípios fecham e não abrem a interpretação.

de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais [...] (SARLET, 2012, p. 270).

Logo, todos os Poderes devem sempre buscar, unidos pela vinculatividade do texto contido nesse dispositivo constitucional, atingir o máximo dos direitos fundamentais ou, em outras palavras, realizar a fundamentalidade dos próprios direitos fundamentais e garantir a importância que foi-lhes dada pelo texto Constitucional. Até porque, se assim não o fosse, estar-se-ia a negar a própria fundamentalidade e relevância dos mesmos na Constituição e no Ordenamento Jurídico Brasileiro no que tange à proteção e promoção dos direitos ali previstos, ou, esvaziaria os direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 272).

Ademais, sobre a eficácia dos direitos sociais, também cabe colacionar as seguintes palavras, muito oportunas no tocante ao tema da maximização dos efeitos dos direitos sociais prestacionais, já que estes são necessários nos Estados Democráticos de Direitos que busquem fazer jus ao adjetivo Democrático que lhes é dado:

[...] é imprescindível que o Estado que queira implementar o regime democrático realize os seus melhores esforços para alcançar o mínimo existencial à sua população. Cada caso precisaria ser analisado com calma, porém, o tipo ideal de um Estado que escreve, em suas, leis, os princípios da democracia e da assistência social sem realizar – nem esforçar-se seriamente no sentido de realizar – essa última, certamente não é uma democracia. (SALDANHA, 2008, p. 83).

Destarte, comungamos da opinião de que a melhor inteligência possível para o §1º, do art. 5º, CF, seria mesmo a que o interpreta como um mandado de otimização no sentido de dar a máxima eficácia possível aos direitos sociais, inclusive os prestacionais positivos, vinculando o Estado a esse mandamento, ainda que estejam sujeitos a limitações legislativas, jurisdicionais, fáticas, entre outras.

Contudo, não se pode ignorar, por sua vez, que para uma efetiva fruição dos direitos prestacionais, faz-se necessário, entre outros fatores, uma movimentação econômica por parte do Estado, o que justifica(ria), em determinadas situações, a sua relativização em certos casos concernentes a políticas prestacionais, quando extrapolarem parâmetros mínimos.

Por isso, a problemática sobre a sua disponibilização é objeto de discussão, em especial, pela grande demanda que há na sociedade brasileira, claramente em desenvolvimento, e a ineficiência desse estado em suprir o que lhe é pedido. Assim, em que pesem as opiniões divergentes quanto à eficácia jurídica dos direitos sociais prestacionais, o maior problema de

ordem prática, no Brasil, diz respeito – principalmente - a eficácia social ou efetividade desses direitos positivos.

Sobre a questão da efetividade, a título introdutório, cumpre reconhecer que o Brasil, como País, não atravessou todas as fases do seu desenvolvimento socioeconômico da mesma forma que experimentaram as mais desenvolvidas nações Europeias e os Estados Unidos, que foram os grandes modelos inspiradores adotados como base pelo constituinte originário quando da formulação da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, têm-se como válidas as críticas trabalhadas anteriormente relativas à ampla gama de previsões sobre direitos sociais e os problemas que daí podem advir, especialmente quando não há um Estado por trás que seja capaz de supri-las de uma forma minimamente aceitável.

Com efeito, na atual conjuntura econômica mundial, já se reconhece uma grave crise na fórmula do estado providência - visto que as despesas são muito maiores que as receitas -, via de regra. Esse diagnóstico já foi aceito na Europa há alguns anos, razão pela qual, naquela região, já se procuram e adotam novas alternativas.⁸ O Estado providência se encontra em um impasse financeiro, pois, de acordo com as palavras de Rosanvallon (1994, p. 13, tradução nossa), quando este apresenta o problema enfrentado pela França, “o ritmo crescente das despesas públicas em virtude das despesas sociais e os mecanismos de redistribuição são, atualmente, muito mais rápidos que os da produção nacional.” Esse problema apresentado para o caso Francês se estende aos demais países europeus e até para os demais do mundo que têm o Estado Social como ideal a ser cumprido. Porém, mesmo com os problemas enfrentados hoje em dia, a importância daquela forma de Estado é amplamente reconhecida e deixou os seus legados por onde passou, em especial com a melhoria do nível de vida da população e diminuição das desigualdades sociais.

O cenário dos países de primeiro mundo pintado acima, entretanto, é muito divergente da realidade fática brasileira, ainda que a afirmação da falência do estado providência seja muito atual dentro do contexto mundial e brasileiro, “[...] não sendo à toa que já se fala até mesmo na formação de um Estado pós-social, impregnado dos contrastes e da complexidade da pós-modernidade.” (SARLET, 2005, p. 15). Percebe-se que o Brasil – capitaneado pela sua Constituição – enfrenta esse paradigma ao tentar, ao mesmo tempo, inserir-se em um cenário cada vez mais globalizado e que exige uma menor participação estatal (neoliberalismo), para dar mais espaço ao livre mercado, e cumprir as promessas trazidas pelo Estado Social e pela modernidade, que demandam maior força Estatal. Nesse sentido:

⁸ Ainda que no caso europeu, a União Europeia tenha surgido, entre outras razões, como uma alternativa para essa problemática social.

Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *welfare state* tem consequências *absolutamente diversas* da minimização do Estado em países como o Brasil, *onde não houve o Estado Social*. O Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi – especialmente no Brasil – pródigo (somente) para com as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram/aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/lotando com o capital internacional os monopólios e os oligopólios da economia [...] (STRECK, 2011, p. 27-28).

Destarte, há um imenso déficit social neste país que demanda um Estado Social mais ativo e atuante que, contudo, não possui os meios nem as instituições suficientemente maduras e desenvolvidas – as quais são intrínsecas da modernidade - para concretizar os direitos sociais devidos por ele, de acordo com a Constituição, para a população. Há, portanto, no Brasil, uma modernidade tardia, onde “[...] as promessas da modernidade são aproveitadas somente por um certo tipo de brasileiros. Para os demais, o atraso!” (STRECK, 2011, p. 28). Desse modo, é muito pertinente a crítica apresentada por Andreas Krell (2002, p. 26–27) sobre o que ele denomina “idealismo jurídico” no Brasil. Isto seria a crença quase religiosa no poder transformador da lei ou da constituição, sem, contudo, pensar nas formas de dar efetividade sobre as suas normas, dentro do campo prático.

Para além do pensamento do Professor Andreas Krell, também deve-se ter em mente, quando se critica a efetividade dos direitos sociais positivos, no Brasil, uma certa discrepância que foi gerada pelo Texto Constitucional de 1988 entre o que se pede do Estado e o que ele realmente pode – dentro de todo esse contexto demonstrado anteriormente – prover. Portanto, resta aqui cristalina a ligação umbilical que existe entre a condição socioeconômica do país e a sua capacidade de prover, em níveis ótimos, todas as necessidades e desejos sociais da população. Em outras palavras, a realidade deve ser observada para que uma análise mais apurada possa ser proferida (SARLET, 2012, p. 289), até porque:

[...] a efetivação de certas normas constitucionais é empiricamente impossível, diante dos recursos governamentais disponíveis, pois não se pode transformar o Brasil em um Estado Social e Democrático de Direito unicamente através da promulgação de textos normativos ou até da real concretização de normas jurídicas. (ADEODATO, 2004, p. 172).

Essas questões, ademais, pode(ria)m causar, também, um outro efeito lamentável que seria a descrença da população na sua própria Constituição, uma vez que não se vê nela representado e nem se sente obrigado a cumprir as suas regras, já que o próprio Estado não as

cumpra. Isso gera uma quebra da legitimidade Constitucional, com o povo não mais sentindo-se inspirado pela sua Constituição (POST; SIEGEL, 2007, p. 374, tradução nossa). Esse fato gera, sobretudo, uma grande insegurança social, em especial no âmbito dos direitos prestacionais que são cada vez mais exigidos do Estado provedor – principalmente pelo fato de o Brasil ser uma sociedade marcada pela exclusão social – e cada vez menos cumpridos pelo Estado, que tem a sua capacidade prestacional em decréscimo, o que contrasta com o próprio aumento da demanda (SARLET, 2005, p. 16).

A despeito de todas as críticas aqui colacionadas à forma que se deu a evolução do Estado Brasileiro, é mister reconhecer, também, que limitações ao cumprimento dos direitos sociais positivos têm ocorrido, como já fora referido anteriormente – com maior ou menor amplitude – ao redor do globo terrestre. É óbvio que, por todas as razões citadas anteriormente, o Brasil, em todos os seus Poderes, falha nas prestações devidas e demandadas, e que isto não se pode negar nem tampouco absolver.

Nesse sentido, o Poder Legislativo, muitas vezes, não legisla de forma adequada a dar a máxima eficácia aos direitos sociais, fazendo com que o Judiciário tenha que resolver os conflitos ali gerados; o Poder Executivo não cumpre os mandamentos Constitucionais, Legais ou Judiciais no sentido de concretizar esses direitos; e o Poder Judiciário, muitas vezes não compreende as limitações financeiras do Estado ao determinar a aplicação, sem qualquer critério relativizador, dos direitos sociais fundamentais prestacionais. Sobre a atuação deste último Poder, tratar-se-á mais profundamente no último capítulo deste artigo.

À guisa de fechamento, reconhecemos que os direitos sociais prestacionais no Brasil possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata, podendo eles, contudo, serem relativizados – por vontade do legislador ou pelo próprio Poder Judiciário, sem que nunca se lhes retire o núcleo essencial, dentro de uma perspectiva de respeito à proporcionalidade e à razoabilidade⁹ – tendo em mente todas as dificuldades do Poder Executivo em prestá-los, dentro de um contexto de modernidade tardia e crise econômica, que, certamente contribuem - mas não inocentam o Estado Brasileiro - para a má prestação dos serviços sociais. Para finalizar a breve análise que fizemos, referimo-nos as oportunas palavras de Ingo Sarlet sobre essa difícil equação:

Se, por um lado, a necessidade de uma adaptação dos sistemas de prestações sociais às exigências de um mundo em constante transformação não pode ser desconsiderada, simultaneamente o clamor elementar da humanidade por

⁹ Estas limitações referidas aos Poderes quando tratam de direitos fundamentais, em qualquer espécie, são chamadas por Ingo Sarlet de “limites aos limites dos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 403 e ss).

segurança e justiça sociais – em suma, por direitos sociais efetivos – continua a ser uma das principais tarefas do Estado. (SARLET, 2005, p. 16).

Dentro dessa situação de difícil resolução, está inserido o Poder Judiciário no Brasil, chamado para agir e concretizar a Constituição, quando a prestação é falha pelos demais Poderes Estatais.

3 O papel e a legitimidade democrática do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais prestacionais: limites a esse Poder

A concretização dos direitos sociais é uma responsabilidade de todos os entes da Federação, em todos os seus níveis, já que ela “[...] provém de toda e qualquer utilização da Constituição, independentemente do Judiciário, pois todos concretizam as normas a partir do texto e da realidade.” (ADEODATO, 2004, p. 178). Entretanto, quando o descumprimento, devido ou não, de algum direito gera conflito, o Poder chamado para resolvê-lo é o Judiciário.

Diante dessa situação, nos casos relativos a direitos positivos sociais, a resposta que será dada assume uma maior importância, no sentido de que ela (pode) gerar alguma movimentação financeira que o outro Ente não esperava ou até mesmo pensava ser devida. Essa imposição gera, muitas vezes, um conflito de poderes, sustentando-se, então, como ilegítimo ou antidemocrático a ação Judiciária, na medida em que viola(ria) o princípio constitucional da separação dos poderes.

Com efeito, a teoria da separação dos poderes foi criada por Montesquieu, no século XVIII, durante um período histórico onde o absolutismo reinava e todos os poderes se encontravam concentrados na mão de uma única figura humana. Dessa forma, esta teoria não seria, em última análise, um princípio jurídico. Em outras palavras, o que o filósofo francês buscou ao elaborar a sua famosa teoria foi um princípio para que a organização do sistema estatal, através da distribuição de competências, ocorresse de forma a evitar o despotismo real. Assim, o princípio não era precisamente uma separação e divisão dos poderes, mas uma forma de inibição de um pelo outro de forma recíproca (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 14). Através da aplicação dessa teoria – muito importante para aquele período histórico, diga-se de passagem – ocorreu uma neutralização do poder judiciário, mais acentuada que os demais poderes, já que não possuía a força política nem a legitimação popular dos demais. Importante referir que a neutralização do judiciário foi peça fundamental para a concretização do Estado Liberal Burguês, pela ideia de que ao juiz somente cabia fazer a lei ser cumprida, e não interpretá-la.

Esse é o momento em que se inaugura o positivismo primevo ou exegético (STRECK, 2011, p. 119-120).

Destarte, àquela forma tradicional de separação estrita entre os poderes, cunhada para o Estado Liberal, não mais se sustenta dentro de um Estado cada vez mais complexo e plural. Isso fica evidente quando se percebe que a própria forma de Estado se modificou com o passar dos anos – com o aparecimento do Estado Social – de modo que, alguns de seus pilares também precisam de ajustes para se moldar ao novo modelo. Nesse cenário, mostra-se cristalino que o princípio cunhado por Montesquieu:

“[...] está produzindo, com sua grande força simbólica, um *efeito paralisante* às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal.” (KRELL, 2002, p. 88).

Ocorre que, no Estado Social e Democrático, o Poder Judiciário volta a ser protagonista, ele é um promotor dos direitos – inclusive os sociais prestacionais – em igualdade de condições com os demais poderes. Esse Poder é também uma parte legítima para concretizar os direitos fundamentais, e por consequência, os direitos sociais prestacionais, dentro de um ambiente democrático, com a superação do antigo paradigma que negava poderes ao judiciário, pois este não contava com a legitimidade popular. Isso é relevante quando se percebe que o judiciário tem função contramajoritária que, em muitos casos, o obriga a proteger as minorias vitimadas pela omissão estatal. Assim, o dogma de que não há forma alguma de legitimidade sem o suporte das urnas encontra limites na afirmação de que “[...] uma parcela do poder público deve, por sua natureza, revestir cidadãos independentes do sufrágio político, e comprometidos tão-só com a ordem legal [...]” (REZEK, 1987 apud BAUM, p. 5-6).

Para tanto, o próprio Poder Judiciário Brasileiro, através das suas Cortes e Juízes, deve reconhecer-se nessa condição que lhe foi dada pela Constituição Federal de 1988, uma vez que o Estado Social requer uma magistratura preparada para concretizar as exigências de direitos materiais, em especial os Constitucionais. Essa tarefa, entretanto, perpassa pela alteração das funções clássicas dos juízes, no sentido de que nessa nova realidade estatal, o poder judiciário é corresponsável “[...] pelas políticas dos outros poderes estatais, tendo que orientar a sua atuação para possibilitar a realização de projetos de mudança social, o que leva a ruptura com o modelo jurídico subjacente ao positivismo, a separação dos poderes.” (KRELL, 2002, p. 73-74). Em suma, o judiciário deve inserir-se como um modificador das estruturas sociais, não mais apegado estritamente ao princípio da legalidade (*dura lex, sed lex*), pois “Se o direito

dependia, na sociedade liberal, basicamente do legislador, hoje, na sociedade técnica e de massas, não sobrevive, não se aperfeiçoa, não evolui e nem se realiza sem o juiz.” (CLÈVE, 1993, p. 304).

Assim sendo, parece-nos muito adequada a visão trazida por Tércio Ferraz Júnior, que de forma abreviada, mostra como a evolução do Estado Liberal para Social, com a normatização dos direitos sociais fundamentais, incluindo os positivos

[...] altera a função do poder judiciário, ao qual [...] não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza) [...] Em suma [...] a responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social.” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 18-19).

Portanto, compete ao Poder Judiciário Nacional se reconhecer como um alterador e modelador da realidade fática, já que a sua autocontenção equivale(ria) à manutenção do *status quo*. Neste sentido, é evidente a alteração do papel do Poder Judiciário no contexto do Estado Democrático de Direito, onde os juízes não mais podem se apegar somente à lei e aos velhos dogmas pré-estabelecidos.

Contudo, a alteração de papel também modifica o balanceamento das responsabilidades entre os poderes; com o aumento da importância, aumentam também as responsabilidades do Poder Judiciário no Brasil. Isso significa que a atuação deste poder, ao efetivar os direitos fundamentais, não se dá de forma absoluta e ilimitada; muito pelo contrário, há diversos limites impostos ao Judiciário e outros limites que ele mesmo deve impor, quando da concretização dos direitos prestacionais. Especialmente, tendo em vista o elevado custo destes para o estado provedor, que, no caso Brasileiro, enfrenta todos os problemas referidos anteriormente neste artigo.

Com efeito, o maior limite ao Poder Judiciário vem da própria Constituição, já que é neste local que está estabelecida o campo de ação dos poderes, de modo que o agir das cortes e juízes deve estar enquadrado dentro do seu limite estabelecido por ela, uma vez que se encontra no topo da pirâmide dogmática do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Daí o papel fundamental da Constituição na modernidade, posto que deve fixar as bases de todo o sistema discursivo dogmático, no qual textos, interpretações, argumentações, sugestões de decisões e decisões propriamente ditas entrelaçam-se no caso concreto. (ADEODATO, 2004, p. 170).

Cumprir, ademais, que para o autor mencionado, a Constituição não é somente as bases textuais da mesma, já que o sentido e o alcance dos termos, a coerência argumentativa e os conflitos – que não estão propriamente tratados no texto constitucional – também fazem parte do “universo constitucional” (ADEODATO, 2004, p. 170).

Isso significa dizer, em outras palavras, que o poder interpretativo e argumentativo do juiz não é ilimitado, e, em última análise, o ativismo judicial deve ser visto com as devidas parcimônias – até porque em uma democracia, ninguém que possui uma função política, pode fazer o que bem entender. A judicialização da política é algo até natural dentro de um Estado Social incapaz de cumprir devidamente as suas funções mais básicas. Isso não significa, porém, que o juiz deve tomar para si, de forma absolutamente arbitrária, o poder de alterar a situação corrente passando por cima da lei, da separação dos poderes e, em especial, da Constituição - o limite maior.¹⁰

Assim, é evidente que o Poder Judiciário Brasileiro deve compreender a sua nova função dentro do Estado Social e Democrático, em especial no tocante à concretização dos direitos prestacionais. Isso não significa, contudo, que o seu poder de ação é ilimitado, já que a Constituição é quem delinea os seus maiores limites de atuação. O papel dos juízes é compreender a sua função e agir dentro dela, sem ultrapassá-la, uma vez que isto foge à esfera de atuação de um agente político – como é o juiz – dentro de um ambiente democrático de respeito. Ou seja, mesmo com a concessão de um maior poder de interpretação aos juízes em um país periférico como o Brasil, eles devem se restringir a cumprir as suas funções, que por ser política, deve ser realizada dentro de limites pré-estabelecidos. (KRELL, 2002, p. 95).

¹⁰ O debate sobre ativismo judicial e judicialização da política é muito frutífero e extenso e por não ser o objeto cerne a ser aqui tratado, optou-se por não desenvolvê-lo da forma que seria desejável. Contudo, parece-nos adequada a visão apresentada por Clarissa Tassinari. Para a autora – em apertada síntese -, judicialização da política é um fenômeno que não depende da vontade do julgador, e é consequência da questão social. Assim, a judicialização da política perpassa por questões alheias à jurisdição. Já o ativismo judicial, seria uma questão de postura do julgador, no sentido em que ele escolhe transbordar os limites semânticos constitucionais e parte para uma interpretação arbitrária e, portanto inadequada. (TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites de atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013); Com outra visão sobre a temática, na qual o ativismo judicial nem sempre é relatado como equivocado, ver: BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs). **Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003; Por fim, para uma perspectiva segundo a qual inexistente o chamado ativismo judicial, uma vez que o termo é utilizado sempre para criticar a decisão judicial que não lhe favorece. Para o autor dessa teoria, devemos nos limitar a reconhecer se uma decisão é legítima ou não, e não há que se falar em ativismo. Sobre isso, ver: ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions**. Yale: Yale University press, 2006.

Ainda sobre essa temática, Andreas Krell se manifesta, concluindo o seu pensamento, da seguinte maneira:

[...] não se atribui ao Poder Judiciário o poder de criar políticas públicas, mas tão-só de impor a execução daquelas estabelecidas nas leis constitucional ou ordinária. As sentenças obtidas podem constituir importantes veículos para canalizar em direção aos poderes políticos as necessidades da agenda pública através de uma “semântica” dos direitos sociais, e não meramente através das atividades de lobby ou demandas político-partidárias. (KRELL, 2002, p. 94).

Isto posto, fica evidente que a promoção dos direitos sociais não pode ser ilimitada, já que há um limitador – a Constituição – que constrange as ações do Poder Judiciário. Entretanto, existem também outros limitadores que o próprio poder, na sua atuação deve observar.

Por se tratar de um dos Poderes do Estado Brasileiro, é evidente que o Judiciário também possui responsabilidades para com esse mesmo Estado. Quando se trata dos direitos sociais prestacionais, que custam dinheiro, suas ações encontram ainda mais relevância, uma vez que o Estado Social não tem condições de fornecer tudo o que é pedido para todos – o seu poder de prover não é ilimitado, ou, o dinheiro não é infinito. Assim, é mister que os juízes possuam critérios ou standards, em suas decisões, para a distribuição das prestações – critérios esses que devem levar em conta a situação financeira do Estado, pois como visto anteriormente, os direitos sociais prestacionais estão umbilicalmente ligados a capacidade financeira do Estado.

O principal critério utilizado atualmente pela magistratura é o da reserva do possível,¹¹ que utiliza como base a ideia de que o Estado só pode prover o que dele é possível esperar, ou seja, não se pode pedir que um Estado Social forneça algo para além dos seus limites possíveis. Ingo Sarlet demonstra muito bem quais os critérios balizadores dessa ideia:

[...] a designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima relação com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular do direitos a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da

¹¹ Importante observar a forma como esse critério – cunhado originalmente na Alemanha - é indiscriminadamente usado no Brasil, de forma que chega até a negar ou obstar a concretização dos direitos sociais, incluindo os prestacionais. Isso seria mais uma manifestação dos efeitos da equivocada importação de institutos jurídicos sem a devida adaptação à realidade brasileira. Ver: KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. (SARLET, 2012, p. 288).

Entretanto, é importante ter em mente que a própria reserva do possível não pode ser vista de forma absoluta, mas somente como um critério de avaliação na prestação de direitos sociais. Essa afirmação se dá pela questão trabalhada anteriormente, ou seja, a Constituição como base dogmática na interpretação das demandas judiciais. Sendo assim, a reserva do possível não pode ser um critério justificável para impedir a efetiva prestação de direitos sociais devidos, com base na mera indisponibilidade de recursos, sob pena de considerarmos que os direitos fundamentais – e os sociais prestacionais, por consequência – podem ser desconsiderados com base nessa argumentação. Sob essa ótica, até a própria Constituição poderia ser desconsiderada pela eventual falta de fundos.

Nesta seara, ao analisar os direitos sociais prestacionais, o julgador deve levar em conta a reserva do possível – sem que isto obste o cumprimento daqueles que são devidos –, cumprindo com o seu dever de responsabilidade para com as finanças do Estado Social.

Portanto, ainda que o juiz deva levar em conta os aspectos econômicos, que possuem a sua já pontuada relevância, estes não pode impedir, em certas circunstâncias, o reconhecimento de um direito subjetivo de cunho prestacional, uma vez que não é possível admitir que a vida e a dignidade humanas possam, de alguma forma, ser reduzidas a análise de custo-benefício de determinados modelos econômicos.

Essa afirmação é especialmente relevante quando se pensa sobre a temática discutida anteriormente, relativa a supremacia da constituição e a judicialização da política, quando se trabalha com a ideia de que “[...] quem ‘governa’ – pelo menos num Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do Constituinte [...]” (SARLET, 2012, p. 366).

Destarte, o Poder Judiciário Brasileiro é parte legítima dentro do ambiente democrático-constitucional vivido pelo país após a promulgação da Constituição de 1988 para efetivar os direitos sociais. Evidente que isso passa pela superação de alguns paradigmas e dogmas estigmatizados no pensamento jurídico nacional e pela compreensão do papel do Poder Judiciário dentro do Estado Social. Assim, o juiz deve possuir um maior poder para que essa função seja possível de realização – com as devidas responsabilidades e constrangimentos necessários, já referidos anteriormente para que não ocorra a sobreposição sobre os demais poderes.

4 Considerações finais

O Estado Liberal, primeira fase Estatal Moderna, evoluiu com o passar do tempo até chegar aos atuais Estados Democráticos de Direito, que demandam – especialmente pelas suas perspectivas sociais – uma atuação e uma intervenção mais profunda dos seus poderes sobre os particulares. Com isso, o legislativo precisa desenvolver mais marcos regulatórios para suprir as necessidades coletivas e o executivo precisa aumentar também os seus trabalhos para concretizar e efetivar tudo aquilo que foi previsto pelo parlamento. Isto é realizado pelo Executivo através de políticas públicas e programas sociais.

Ora, neste “novo” ambiente, onde a constituição surge eivada de força vinculante, competindo ao Judiciário resguardá-la e, quando necessário, concretizá-la. Desse modo, o Judiciário também deve modificar a sua atuação, compreendendo que as suas novas funções são de resguardar e promover o cumprimento da Constituição, em última análise. Isso não significa, também, que o Judiciário está sendo ativista e extrapolando as suas competências, muito pelo contrário, ao agir dentro do limite semântico permitido pela constituição, está apenas cumprindo o seu dever como protetor da mesma. Ademais, esse procedimento só encontra legitimidade se for realizado dentro do seu mais democrático instrumento: o processo. Assim, quando o juiz, como representante do judiciário, age no cumprimento dos seus deveres, dentro de um processo corretamente instruído, não há que se falar em ilegitimidade desse Poder.

Por fim, não são poucos os desafios impostos para a consolidação dos direitos sociais prestacionais no Brasil, um país de modernidade tardia e com evidentes dificuldades econômicas. Entretanto, a Constituição de 1988 inaugura um novo marco na história político-constitucional e clama por mais efetividade e respeito de suas normas. Todavia, para que tal empreitada seja satisfatória, o Poder Judiciário deve ser reconhecido e se reconhecer como um dos pilares democráticos legitimamente aceitos dentro do novo paradigma do Estado Social para alterar o *status quo*. Sua atuação, por outro lado, encontra os seus limites na própria CF/88 e na sua responsabilidade fática como um poder de Estado.

Portanto, para que o Estado Democrático de Direito se desenvolva neste País, é necessário que os três poderes do Estado atuem de forma ativa e em conjunto para concretizar os direitos sociais, inclusive os prestacionais. Para tanto, os Poderes também devem respeito mútuo entre eles, para com a população e para com os ideais democráticos.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v.1, n.2, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 142, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1996.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs). **Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003.

Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 out. 1998. 41.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: Autonomia e Justiça. **Revista de informação legislativa**, Brasília, n.117, 1993.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os Direitos Humanos Sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, n. 21, 1994.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash. **Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review**, Harvard, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract//990968>. Acesso em: 07 jul. 2014

REZEK, Francisco. Prefácio. In: BAUM, Laurence. **A Suprema Corte Americana**. Traduzido por Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1987.

ROSANVALLON, Pierre. **La crise de l'état providence**. Paris: Essais, 1994.

ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions**. Yale: Yale University press, 2006.

SALDANHA, Leonardo Tricot. **Legitimação política democrática e autonomia**. Porto Alegre: UniRitter Editora, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

_____. A eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Mundo Jurídico**. 2005. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 25 jul. 2014.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma explicação hermenêutica da construção do direito**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites de atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a Função do Estado Constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2012, p. 9-31.