

A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS PRESTACIONAIS EM UM CENÁRIO DEMOCRATICAMENTE DEFASADO

Cleiton Félix de Sousa¹
Odair José Torres de Araújo²

RESUMO: Este artigo analisa as principais dificuldades enfrentadas ao se buscar a efetividade dos direitos sociais de cunho prestacional em um cenário onde nem todos os cidadãos participam do debate democrático. De início, o texto aborda os aspectos conceituais que envolvem os direitos sociais de cunho prestacional. Em um segundo momento, os direitos como: saúde, educação, moradia e assistência social são abordados de forma a destacar sua importância em um Estado Democrático de Direito, momento em que é evidenciado seu papel no exercício da liberdade que deve ser desfrutada por cada cidadão. Por fim, o artigo suscita como embargos à efetividade de tais direitos a questão da reserva do possível e os limites impostos ao judiciário no controle das políticas públicas, defendendo que nem sempre as questões financeiras do Estado mostram-se como justificativa plausível para a limitação de um direito prestacional, como da mesma forma sustenta a legitimidade do Judiciário para decidir sobre as questões que envolvem a observância desses preceitos fundamentais que estão constitucionalmente consagrados no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: direitos sociais prestacionais. Efetividade, liberdade. Legitimidade do judiciário.

ABSTRACT: This article analyzes the main difficulties faced in seeking the effectiveness of social rights to positive provisions in a scenario where, not all citizens participate of the democratic debate. At the beginning, the text addresses to the concepts related to social rights to positive provisions. In a second step, the rights as: health, education, housing and social assistance are addressed in order to highlight its importance in a Democratic State of Law, when it is evidenced its role in the exercise of freedom that should be enjoyed by every citizen. Finally, the article rises as obstacles to the effectiveness of these rights the “reservation of possible” and the limits of judicial review of public policies. At this point is argued that, not always, the financial matters of the State prove to be a plausible justification to the restriction of a social right to positive provisions. In the same direction, is argued that the Judiciary can decide about matters involving the security of these fundamental precepts that are constitutionally enshrined in the Brazilian legal system.

Key words: positive social rights. Effectiveness, freedom. Legitimacy of Judiciary.

¹ Advogado e Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

² Professor de Sociologia Jurídica da Universidade Católica de Brasília. Mestre em Sociologia pela Universidade de Brasília e Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Goiás.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS DIREITOS SOCIAIS DE CUNHO PRESTACIONAL

2 DIREITOS PRESTACIONAIS: UMA QUESTÃO DE EFICÁCIA E EFETIVIDADE

3 O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS E A INEXISTÊNCIA DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL QUE DISPONHA SOBRE PRESTAÇÕES MÍNIMAS CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDAS

4 A LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO NO CENÁRIO DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DE CUNHO PRESTACIONAL

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

O Brasil é caracterizado como um Estado Democrático de Direito. Dessa forma, aos cidadãos é garantida a liberdade para fazerem suas escolhas. No entanto, em algumas situações observa-se que tal liberdade acaba sendo mitigada devido à carência de prestações sociais básicas que atinge determinados grupos de cidadãos. Logo, levando em consideração que para se viver a “liberdade real” é necessário que ao povo sejam garantidas as condições sociais básicas, o Estado encontra-se diante de um desafio, qual seja, o de como proporcionar a todos os cidadãos esses meios básicos de sobrevivência a fim de garantir-lhes a devida liberdade disposta em nosso ordenamento jurídico maior.

Nessa linha, a Constituição Federal disciplina em seu art. 6º os Direitos Sociais, mais especificamente os de cunho prestacional como: saúde, educação, moradia e assistência social. São esses direitos que, uma vez implementados, devem proporcionar ao cidadão condições dignas para se viver. Mas como dito anteriormente, essas prerrogativas, em algumas situações, não têm sido garantidas a quem de direito.

Nesse aspecto, destaca-se que as normas que estabelecem direitos fundamentais visando garantir prestações materiais por parte do Estado podem ser definidas como direitos prestacionais *stricto sensu*. São esses os direitos que podem ser entendidos como aqueles que “se o indivíduo dispusesse de recursos financeiros suficientes e houvesse no mercado uma

oferta desses direitos satisfatória à demanda, ele poderia obtê-los dos particulares” (ALEX, 1947, p. 142)

Também interpretados como direitos sociais de natureza positiva (prestacional), os mesmos “pressupõem [que] seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais” (SARLET 2011, p. 282). Frente a essas características, observa-se a necessidade de o Estado oferecer tais prestações diante da inaptidão do indivíduo de consegui-los por meio próprio.

É a partir daí que facilmente se conclui que as prestações materiais ofertadas pelo Estado visam subsidiar o indivíduo a fim de que este possa viver em condições de dignidade, isso porque por intermédio dessa atuação estatal os cidadãos podem ter acesso aos direitos indispensáveis a sua sobrevivência, os quais garantem seu espaço na sociedade. Tais considerações nos remetem à conclusão de que a observância dos direitos fundamentais prestacionais é pressuposto indispensável para se viver a liberdade fática, ou seja na possibilidade dos indivíduos se desenvolverem de forma livre e digna no meio social. Nesse sentido, não se queda difícil imaginar os entraves enfrentados, na vida social, por um indivíduo que não dispõe de condições mínimas básicas como saúde, educação e moradia.

Portanto, a inobservância desses direitos acaba por inviabilizar o exercício de outras liberdades, motivo pelo qual o Estado deve ocupar-se de implementar meios eficazes para disponibilizar ao povo as prestações sociais dispostas na Constituição. O presente artigo tem por objetivo sinalizar alguns dos principais obstáculos à efetividade dos direitos sociais de cunho prestacional, a fim de se identificar a melhor forma de transpor esses obstáculos, destacando, ao mesmo tempo, a importância da implementação de tais direitos na construção de uma sociedade livre baseada na igualdade de oportunidades.

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS DIREITOS SOCIAIS DE CUNHO PRESTACIONAL

A Constituição de 1988 destacou uma especial atenção aos direitos sociais ao estipular como objetivo da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, apontando a necessidade de se buscar um desenvolvimento em âmbito nacional, aliado ao combate à pobreza e também à redução das desigualdades sociais e regionais. Assim, observa-se um grande realce no que tange à garantia do bem-estar do cidadão.

Com isso os direitos fundamentais passaram a ser concebidos em uma perspectiva que vai além da limitação de poder do Estado. Frente a este novo cenário, o Estado passou a buscar a realização dos direitos do homem como justificativa de seu próprio poder estatal, em outras palavras, passou a atuar em função do povo, sublinhando a ideia de que a soberania popular aliada à garantia dos direitos fundamentais é o que, de fato, reflete o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Sarlet (2011) argumenta:

É justamente neste contexto que os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico (SARLET, 2011, p. 60).

Para alcançar esse fim, o Estado, a partir de então, propõe-se a prestar direitos como saúde, educação, moradia e assistência social, os quais, com a promulgação da Constituição de 1988, revelaram-se como verdadeiros sustentáculos do Estado Democrático de Direito tendo em vista seu importante papel na manutenção da dignidade da pessoa humana.

O direito à saúde, por exemplo, ganhou o seu caráter universal e igualitário, típico dos direitos fundamentais, sendo incluído no horizonte da Seguridade Social e garantido ao cidadão por estar disposto nos artigos 6º e 196 a 200, do texto constitucional vigente. Assim, em que pese a baixa densidade normativa infraconstitucional sobre o direito à saúde, revela-se imperiosa a aceitação de que tal direito trata-se de um direito subjetivo dado o seu caráter protetivo em relação à vida.

Na mesma linha, o direito à educação, consagrado no artigo 6º, bem como nos artigos 205 a 214, todos da CF, revela-se também como direito fundamental em nosso contexto constitucional. Sobre isso, fazendo uma breve análise na Carta Magna, observa-se que o texto constitucional estabelece metas, apresenta diretrizes, garante autonomia às universidades, como também estipula a gratuidade do ensino básico considerando-o, claramente, como direito subjetivo, sendo que objetivando viabilizar o direito à educação o art. 212 estabelece percentuais mínimos que os entes federados devem investir em educação.

Frente a isso, é inquestionável que tal direito reflete de forma direta nos padrões de dignidade do ser humano, no sentido de que tal direito, dentre outros fatores, visa proporcionar a igualdade de oportunidades entre os cidadãos. Assim, o direito à educação não se trata aqui de um mero direito de aprender a ler e a escrever, mas trata-se, além disso, de um instrumento basilar no processo de desenvolvimento social de qualquer Estado, conforme dito alhures,

existem direitos fundamentais que, devido ao seu conteúdo máximo, são capazes de libertar o homem das prisões que o impedem de exercer sua cidadania. O direito à educação, nesse caso, seria requisito fundamental para a maturação político-social, bem como para a emancipação cultural e intelectual do homem.

Ainda no mesmo contexto, a Constituição inovou nos quesitos de Seguridade Social ao passo que destacou o intuito de proteger aqueles que não possuem condições de contribuir com a previdência social, possibilitando o benefício da assistência social àqueles que se enquadrem nos quesitos dispostos em lei. Nesse sentido o art. 203 e incisos da CF dispõem:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
[...]
V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Em face do contexto principiológico que ampara os direitos fundamentais, nota-se que o direito à assistência social, de uma forma especialmente clara, visa proporcionar condições mínimas para uma existência fundada na dignidade de forma a canalizar a integração de determinados indivíduos ao meio social, considerando que, devido as suas limitações, não conseguem prover sua própria subsistência, o que vai muito além de seu sustento físico.

No que concerne ao direito em comento, se este é garantido a uma pessoa que se encontra em estado de necessidade, é inevitável questionar-se quanto aos parâmetros que podem ser utilizados para que se tenha caracterizado o estado de necessidade descrito na norma constitucional. Nesse sentido, a Lei nº 8.742/93, que regulamenta o art. 203 da CF, estabeleceu em seu art. 20, §3º, o requisito para que uma família enquadre-se em tal estado de necessidade. Assim, nos termos da lei infraconstitucional “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

O grande ponto de debate aqui identificado é se o legislador atendeu satisfatoriamente o objetivo do texto constitucional ao estipular o valor da renda *per capita* em um montante inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo como parâmetro para classificar uma família que se encontre em estado de necessidade. Ressalta-se que o texto constitucional garante o benefício àquele que comprovadamente não possa manter-se por conta própria ou com auxílio de sua família. Dessa forma, questiona-se o fato de que, à luz da lei infraconstitucional, toda família

que possuísse renda *per capita* acima de 1/4 (um quarto) do salário mínimo, seria capaz de providenciar todos os amparos necessários a uma pessoa idosa ou portadora de deficiência, considerando que, em regra, tais famílias têm um orçamento mais onerado que o normal devido aos medicamentos e aos cuidados especiais que devem ser dispensados a alguém que se encontra nessas condições.

Tal questionamento mostra-se oportuno, tendo em vista que a obrigação que o legislador tem de dar conformidade entre o texto constitucional e as leis por ele legisladas não se restringe à mera observância das obrigações estatais, além disso, ao legislador é defeso arredar-se dos verdadeiros objetivos trazidos pelo texto constitucional. Nesse caso, isso significa dizer que o legislador não pode legislar contrariamente aos fins objeto dos direitos fundamentais, devido a eficácia negativa, mencionada por Silva (1998), contemplada em todas as normas constitucionais.

Notadamente, considerando imperiosa a garantia da dignidade do homem, válida é a ideia de que o art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/93, não satisfaz aos objetivos básicos elencados em todo o contexto constitucional, especialmente no que tange ao art. 203 que trata do direito à assistência social, o que de fato faz a sociedade clamar por uma manifestação do Estado que seja suficiente e necessária para ilidir tamanha injustiça.

Relativamente aos aspectos da democracia, verifica-se que este segundo plano dos direitos fundamentais objetiva proporcionar ao cidadão a condição fática de se vivenciar os padrões de dignidade humana, a qual contempla o direito de ser livre no sentido de exercer as liberdades que lhes são garantidas. É nesse ponto que se indaga a questão da igualdade, entendendo-se que não é possível ser livre quando se vive em um meio onde reina a desigualdade, sendo que, os direitos prestacionais exercem um papel de fundamental importância no sentido de proporcionar ao cidadão necessitadas condições para que o mesmo possa estar em pé de igualdade com os demais que não carecem das necessidades básicas.

Se essa lacuna existente na vida de muitos brasileiros não for preenchida, isso significa que a liberdade desses muitos brasileiros acaba por ser aniquilada. Nessa perspectiva, não há sentido em ser livre para se locomover, por exemplo, quando não se tem forças para andar devido à fome. Da mesma maneira, inútil é ser livre para votar quando não se tem o discernimento necessário para fazer a escolha certa. Dessa forma, revela-se claro o fato de que a liberdade, garantia constitucional, está sujeita à observância das prestações materiais direcionadas aos menos favorecidos, devendo o Estado manifestar-se no sentido de trabalhar

para que os direitos prestacionais sejam implementados sob o risco de macular a própria democracia. Nesse sentido, vale a pena mencionarmos o entendimento de Streck:

[...] o Direito - neste momento histórico não é mais ordenador, como na fase liberal; tampouco é (apenas) promovedor, como era na fase do *welfare state* (que nem sequer ocorreu na América Latina); na verdade, o direito, em tempos de Estado Democrático de Direito, é mais do que um *plus* normativo em relação às fases anteriores, constituindo-se em um elemento qualificativo para a sua própria legitimidade, uma vez que impulsiona o processo de transformação da realidade (STRECK, 2008, p. 279).

Com efeito, ao passo que o indivíduo não possui as condições materiais mínimas de uma sobrevivência digna, o mesmo não tem condições de atuar conscientemente no cenário democrático, o que evidencia a fragilidade da democracia em um Estado onde o cidadão não tem ao seu dispor condições mínimas para se manter dignamente. Contudo, os direitos prestacionais revelam-se como pressupostos de viabilidade para se alcançar a liberdade garantida no Estado Democrático de Direito.

2 DIREITOS PRESTACIONAIS: UMA QUESTÃO DE EFICÁCIA E EFETIVIDADE

Aprioristicamente cumpre ressaltar que a Constituição Federal consagrou expressamente em seu art. 5º, §1º, que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, afastando assim, a necessidade de uma concretização legislativa no âmbito infraconstitucional para fins de observância dos direitos fundamentais. Dessa forma, entende-se que o referido dispositivo é suficiente para outorgar aos órgãos estatais a imperiosa busca da maior eficácia e efetividade possível dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, é mister salientar as distinções apontadas na doutrina entre eficácia e efetividade da norma jurídica. Eficácia pode ser pensada sobre dois matizes distintos, eficácia social e eficácia jurídica da norma.

[A eficácia jurídica] designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica (SILVA apud SARLET, 2011, p. 237).

Já na eficácia social, a qual está ligada ao plano dos fatos, é possível contemplar em sua realização seus respectivos efeitos. Assim, observa-se que a eficácia social apontada pelo autor tem ligação direta com o conceito de efetividade, tendo em vista que

a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto da sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos

fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social (BARROSO apud SARLET, 2011, p. 237).

É por isso que Sarlet (2011) defende não ser possível dissociar a ideia de eficácia jurídica da aplicabilidade das normas jurídicas, na medida em que a eficácia jurídica consiste justamente na possibilidade de aplicação da norma ao caso concreto, o que gera os devidos efeitos jurídicos, concluindo que uma norma eficaz será sempre aplicável, mas que poderá, no entanto, não ser aplicada e não alcançando assim sua eficácia social entendida como efetividade.

Ainda nesse aspecto, ao se fazer uma análise fática sobre a efetividade das normas, pode-se concluir que mesmo diante da aplicação de uma norma eficaz, a efetividade pode não ser alcançada. Nesse caso estamos falando de uma eficácia meramente jurídica, o que ocorre, por exemplo, com a aplicabilidade do art. 20. § 3º, da Lei nº 8.742/93. No caso, questiona-se a efetividade de tal dispositivo no sentido de se verificar a satisfação do objeto estabelecido no art. 203 da Constituição, o qual a referida Lei regulamenta, notando-se que juridicamente a norma apresenta sua eficácia, ao passo que sua exequibilidade produz efeitos jurídicos e, no contexto estabelecido, a olhos camuflados, talvez um pouco de efetividade. No entanto, observa-se claramente que a eficácia social do dispositivo em comento, encontra-se mitigada, dada a não satisfação do mínimo exigido para se manter o objeto tutelado pelo texto constitucional.

À luz dessa consideração, percebe-se que muitos direitos fundamentais, em especial os de cunho prestacional, correm o sério risco de não ser fielmente observados, muitas vezes sob a justificativa de indisponibilidade orçamentária. É a partir desse ponto que surge a necessidade de se analisar alguns dos principais fatores que impedem a efetividade dos direitos sociais de cunho prestacional. Seguramente, tal análise não se limita a apreciar essa questão somente considerando os direitos que possuem normas infraconstitucionais que os regulamentem, uma vez que, conforme dito alhures, os direitos fundamentais arredam-se da necessidade de serem também concretizados em tal esfera normativa, o que exige também uma apreciação quanto aos princípios democráticos que podem ser sensibilizados ao se tentar, nessas condições, dar efetividade a esses direitos.

Como já fora salientado, as questões financeiras por muitas vezes são apresentadas como o principal motivo para a negatória, por parte do Estado, de algumas prestações

constitucionalmente garantidas. Com efeito, a análise da reserva do possível deve de fato considerar os aspectos financeiros do Estado, sob o risco de sua falência.

No entanto, é importante frisar que para a jurisprudência alemã, onde se deu origem a questão da reserva do possível, os direitos prestacionais sujeitar-se-iam a tal reserva no sentido de que as prestações devem ser oferecidas com base na razoabilidade e não com base na disponibilidade de recursos financeiros, o que pode ser bem observado no caso *Numerus Clausus* julgado pela Corte Alemã em 1972. Na ocasião, a Corte precisou decidir sobre o oferecimento de vagas em Universidades, situação em que julgou não ser razoável impor ao Estado a obrigação de garantir o ingresso na Universidade para todos aqueles que tivessem pretensão de estudar medicina, no caso BVerfGE nº 33, S. 333 (apud. KREEL, 2002).

No contexto brasileiro, a reserva do possível tem se justificado no fato de que o Estado não possui recursos financeiros para oferecer as prestações em determinadas situações, o que acaba relativizando a universalidade desses direitos. Assim, inquestionavelmente, a reserva do possível revela-se como um fator que pode limitar o exercício de direitos básicos, pelo que se faz necessário encontrarmos alternativas que mitiguem tamanha atrocidade.

Considerando a escassez de recursos públicos, as prioridades constitucionais devem ser observadas no momento da alocação dos mesmos. Obviamente, deve-se aqui considerar a ética, a ser observada pelo Poder Público, a qual deve sempre basear-se nos princípios constitucionais norteadores da Administração, em especial o da eficiência, para que se mantenha a lisura desse processo. À luz dessa consideração, na medida em que o Poder Público alega a indisponibilidade financeira para fazer frente a um direito prestacional, por exemplo, tal alegação de escassez pode não se mostrar plausível, a depender da razão pela qual os recursos se mostram escassos naquela situação, pelo que se faz necessário estabelecer a diferença entre a escassez absoluta e a escassez relativa.

A escassez absoluta revela-se quando o Estado não dispõe de recursos financeiros, ou devido a um esgotamento total de suas reservas ou diante da impossibilidade de arrecadá-los. Exemplificando, suponhamos que um pequeno Município no interior de um determinado Estado, seja judicialmente compelido a construir uma Escola com toda a infraestrutura necessária para atender aos padrões mínimos, mas que, no entanto, o valor da construção seja maior do que o de sua receita bruta. Nesse caso, o pequeno Município poderia se valer da reserva do possível, alegando a escassez absoluta para não ser compelido a tal feito.

A escassez relativa está diretamente ligada ao critério de alocação dos recursos financeiros. Assim, tal escassez é observada quando os recursos se mostram insuficientes em uma determinada rubrica orçamentária, havendo, no entanto, disponibilidade financeira em outra rubrica, o que pode significar que, quanto a alocação de reservas financeiras, não houve uma adequada distribuição das mesmas.

Isso pode ser bem compreendido no caso hipotético onde o Município A nega ao cidadão B o fornecimento de um medicamento usado no tratamento para portadores do vírus HIV, sustentando não haver disponibilidade financeira para custear tal feito. No entanto, diante de tal situação observa-se que, no orçamento do Município A, existe disponibilidade financeira na rubrica destinada a custear, por exemplo, as propagandas institucionais do governo, aquelas que veiculam o êxito de uma gestão governamental como as obras concluídas, as melhorias em rodovias, dentre outras. Nesse caso, a reserva do possível estaria fundada em uma escassez totalmente camuflada dada a existência de recursos, ainda que destinados a outro fim, que por sinal, no referido caso, não se mostra tão indispensável à manutenção da dignidade dos cidadãos do Município A.

No tocante à escassez relativa, entende-se que o remanejamento de valores de uma rubrica orçamentária para outra seria a solução adequada para a garantia de um determinado direito fundamental prestacional passível de restrição devido à falta de recursos específicos. Ocorre que o art. 167, VI, da CF, veda que tal procedimento seja feito sem autorização legislativa. Dessa forma, quando casos como o acima apresentado vão parar nos tribunais muito se questiona se o Judiciário estaria legitimado a controlar essas realocações de recursos, o que acaba limitando a atuação do magistrado quanto a decidir pela observância da prestação fundamental em questão, dado o fato de que se assim o decidisse, o magistrado poderia ser acusado de estar legislando no lugar de quem de fato o deveria fazer. Quanto a isso, teremos oportunidade de nos aprofundar mais afrente. Por agora, o que nos importa é notar que no caso de uma escassez relativa o magistrado também estaria diante de um conflito de normas e princípios constitucionais ao passo que o direito fundamental à vida, o qual é constitucionalmente garantido, encontrar-se-ia em choque com a proteção que o texto constitucional traz ao orçamento público em face de alterações naquele orçamento que já fora aprovado.

Nesse sentido, é plenamente justificável que a escassez de recursos financeiros decorrente da desconformada alocação de verbas no orçamento público passe pelo crivo da proporcionalidade e legalidade, tendo em vista que não se pode olvidar que a proteção dos

direitos fundamentais é fundamento básico do constitucionalismo, devendo o Estado provar categoricamente o porquê da inexistência de recursos para um determinado fim prestacional, sob o risco de o Estado injustificadamente restringir um direito fundamental.

Assim, destaca-se que o verdadeiro objetivo de uma análise apurada sobre a escassez de recursos é a proteção do mínimo necessário que os direitos prestacionais desempenham na vida do cidadão.

3 O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS E A INEXISTÊNCIA DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL QUE DISPONHA SOBRE PRESTAÇÕES MÍNIMAS CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDAS

Toda a gama de direitos prestacionais disposta no texto constitucional levanta a indagação de como se dará o procedimento para que tais direitos venham a ser implementados. O art. 3º inc. III, da CF, por exemplo, estabelece como objetivo da República a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, pelo que se entende que o Poder Público se vê obrigado a desenvolver os métodos que serão utilizados para se alcançar tais objetivos. É nesse cenário de proteção que as políticas públicas sociais entram em destaque, ao passo que desenvolvem um importante papel no alcance dessas metas estabelecidas no texto constitucional, atuando de modo a fomentar a participação dos menos favorecidos nas relações sociais. Tal característica também pode ser notada nas palavras de BUCCI (2002), para quem as políticas públicas refletem uma atuação do Estado no sentido de harmonizar as atividades estatais e privadas com o objetivo de lograr êxito nas metas socialmente relevantes e politicamente estabelecidas.

Tomando como base as características apontadas, as políticas públicas sociais devem estar em consonância com os objetivos trazidos pelo texto constitucional para que possam alcançar a concretização efetiva de seu objeto. Nesse sentido, tanto a qualidade dos processos que antecedem sua realização e implementação como um estudo detalhado sobre seu objeto e a observância das normas jurídicas pertinentes são fatores que contribuem para a sua devida efetividade. Assim, conclui-se que o êxito de uma determinada política pública social estaria comprometido caso esta não seja aplicada com a observância dos devidos padrões.

Da mesma forma, diante da limitação dos recursos financeiros de um Estado, emerge a questão de se identificar quais políticas públicas seriam prioritárias frente à realidade fática de uma Nação.

Essas problemáticas despertam a necessidade de se buscar um controle efetivo das políticas públicas, em especial, as de caráter social dados os impactos decorrentes da inobservância dos direitos sociais de cunho prestacional na vida de um cidadão, notadamente na daqueles que vivem em um Estado onde as desigualdades sociais são alarmantes.

Nessa linha, destaca-se de início que todas as ações estatais, inclusive as políticas públicas, direta ou indiretamente, devem estar vinculadas aos fins constitucionalmente estabelecidos, o que no âmbito deste estudo limita-se à dignidade do ser humano por meio da proteção dos direitos sociais de cunho prestacional. Quanto a isso, o controle por parte do Judiciário mostra-se eficaz no sentido de que as desconformidades constitucionais são por ele apreciadas, o que neste caso, não significa dizer que o Judiciário estaria invadindo o espaço da política, mas que simplesmente estaria dando validade a uma ação estatal em face das prioridades constitucionalmente estabelecidas *in casu*.

Para tanto, Barcellos (2007) salienta ser de extrema importância a identificação dos parâmetros a serem utilizados na esfera desse controle, dos quais ela identifica ao menos três: os parâmetros objetivos ligados à quantidade de recursos que devem ser aplicados em políticas públicas destinadas a realizar os fins constitucionais, dando como exemplo as estipulações dispostas nos arts. 198, § 2º e 212, ambos da Constituição, quanto aos valores destinados à saúde e educação respectivamente; o parâmetro resultado, que seria obtido por meio de uma hermenêutica capaz de extrair do texto constitucional os efeitos específicos advindos de prestações mínimas por parte do Estado; e por último, o parâmetro que identificaria a política pública a ser implementada, o que está diretamente ligado aos meios escolhidos pelo Poder Público para realizar as metas constitucionais.

Com base nisso a autora conclui que a partir do momento em que o Estado não direciona o devido valor aos objetivos estabelecidos na Constituição o Judiciário estaria legitimado a efetuar o controle. O mesmo ocorreria, se os objetivos constitucionais de uma determinada política pública não estivessem sendo atingidos, quando para o caso seria possível a determinação de que uma política pública não fosse implementada enquanto tais fins constitucionais, tidos como primordiais, não fossem de fato satisfeitos. Um exemplo simples dado pela autora envolve o direito à educação disposto no art. 208, inc. I. Nesse aspecto, ela defende que, a considerar que o Estado brasileiro está, prioritariamente, obrigado a oferecer educação fundamental a todo cidadão, sem qualquer custo, os devidos recursos deveriam ser investidos em políticas públicas capazes de produzir tal resultado até que ele fosse efetivamente

atingido, sendo que enquanto essa meta não fosse alcançada outras políticas públicas deveriam quedar-se em segundo plano.

Para além disso, não se pode negar que ao se buscar a efetividade dos preceitos constitucionais muitos se deparam com o falacioso embargo que representa a falta de norma infraconstitucional que disponha sobre um determinado direito fundamental. Falacioso pelo fato de que a própria Constituição consagrou aos direitos fundamentais sua aplicabilidade imediata, inclusive aos de cunho prestacional. Dessa forma, se determinado direito prestacional for demandado em juízo, ainda que não haja norma infraconstitucional que sobre ele disponha, as determinações do juiz não poderão ser caracterizadas como uma ingerência do Judiciário no Legislativo, haja vista que suas considerações, amparadas no princípio da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, deverão estar limitadas à uma análise da eficiência do Poder público em face da prestação de algo que já fora constitucionalmente garantido.

4 A LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO NO CENÁRIO DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DE CUNHO PRESTACIONAL

É inegável que as inovações constitucionais trazidas pela Carta de 1988 representam um grande avanço nos aspectos sociais do Estado brasileiro. No entanto, como já dizia Bobbio (1992), a questão do reconhecimento dos direitos fundamentais já deixou de ser um problema em muitos Estados, mostrando-se agora a questão de sua efetividade o grande obstáculo a ser transposto, no sentido de protegê-los para que não sejam lentamente ofuscados. Não é, portanto, plausível aceitar atuação insuficiente daqueles que deveriam oferecer as condições necessárias à fruição dos direitos fundamentais.

No cenário brasileiro, alguns direitos fundamentais de cunho prestacional encontram uma certa dificuldade para se concretizarem. É nesse momento que a atuação do Judiciário mostra-se como uma medida capaz de proporcionar a efetividade pretendida pelo texto constitucional. Precisamente, essa atuação do Judiciário consiste num sistema de controle que se insurge frente à ineficácia dos atos praticados pelos demais Poderes constituídos no que tange à implementação dos direitos básicos.

Nesse contexto, surge o questionamento sobre a legitimidade do Judiciário bem como sobre os limites que o mesmo deve observar diante da necessidade de se defender um direito fundamental protegido constitucionalmente. Diante dessa problemática e considerando a possibilidade de que tais direitos sejam restringidos em virtude da má atuação do Executivo e do Legislativo, faz-se necessário discorrermos sobre alguns apontamentos a respeito de duas

correntes doutrinárias que tratam sobre a questão de controle por parte do Judiciário sobre os atos dos demais Poderes, são elas as correntes procedimentalista e substancialista.

A corrente procedimentalista preserva em suas características a questão da separação dos poderes. Segundo Habermas (1997), um dos principais defensores da corrente procedimentalista, quando o juiz faz uma interpretação construtiva das normas jurídicas o princípio democrático da separação dos poderes estaria sendo ferido. Para o autor, o grande problema está vinculado à questão de que as interpretações construtivas podem significar decisões políticas as quais só deveriam ser tomadas pelos representantes eleitos pelo povo, os únicos possuidores de tal legitimidade.

Em resumo, ele defende que o discurso político da justificação das leis caberia unicamente ao Legislativo ao passo que o Judiciário seria competente para somente aplicar as leis considerando o âmbito deontológico das normas jurídicas. Ainda nesse sentido, o autor faz críticas quanto à concepção material da Constituição no momento em que ele defende que a mesma não deve gerir de uma forma concreta a vida em sociedade, podendo-se daí entender que cada cidadão teria condições suficientes para identificar os maiores entraves da vida social e então resolvê-los. Vale a pena mencionar suas palavras:

[...] a Constituição também não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor *a priori* uma determinada forma de vida sobre a sociedade. [...] o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição (HABERMAS, 1997, p.326).

Entende-se que para o autor o controle do Judiciário deve limitar-se a defesa da manutenção da democracia, ou seja, à esfera da liberdade de cada indivíduo no debate democrático. De fato, tal limitação manteria a lisura da separação dos poderes, como da mesma forma, é fato que implantar o sistema procedimentalista de uma forma desambientada certamente seria uma atitude contraproducente. Isso significa dizer que em um Estado onde a grande maioria das pessoas não consegue vivenciar sua liberdade de fato, não faz sentido garantir aos seus cidadãos o direito de participar das liberdades que um Estado Democrático de Direito pode a eles proporcionar. Nessa linha Krell (2002) salienta que:

[...] os estudiosos do Direito Comparado insistem em lembrar que conceitos constitucionais transplantados precisam ser interpretados e aplicados de uma maneira adaptada para as circunstâncias particulares de um consto cultural e socioeconômico diferente, o que exige o máximo de sensibilidade. O mundo

“em desenvolvimento” ou *periférico*, de que o Brasil (ainda) faz parte significa uma realidade específica e sem precedentes, à qual não se podem descuidadamente aplicar as teorias científicas nem as posições políticas trasladadas dos países ricos.

É este cenário desambientado que compõe a realidade brasileira. Desambientado porque muitos cidadãos não têm a sua disposição as condições mínimas para participar desse debate democrático mencionado por Habermas. Não é à toa que Streck (2002, p. 164) afirma que a realidade social brasileira ainda está caminhando em direção contrária a este ambiente em que a jurisdição constitucional pode limitar-se a defesa da democracia:

[...] o assim denominado Estado Social não se concretizou no Brasil (foi, pois, repita-se, um simulacro), onde a função intervencionista do Estado serviu para aumentar ainda mais as desigualdades sociais; parcela expressiva dos mínimos direitos individuais e sociais não vem sendo cumprida [...].

Evidentemente a corrente procedimentalista não é a que mais se adequa à realidade brasileira, haja vista que muitos cidadãos não possuem a capacidade de identificar as inobservâncias constitucionais para então demandar que seus representantes ajam em conformidade com a Constituição. Nesse cenário, leis inconstitucionais poderiam manter-se válidas beneficiando aqueles que, de fato, conseguem ser protagonistas no debate democrático. Interesses de minorias poderiam ser tidos como válidos e as classes menos favorecidas não teriam condições de entender a realidade fática que as envolve e manter-se-iam em situação de desprestígio.

É diante dessa conjuntura social brasileira onde claramente muitos não têm acesso ao processo político, que os tribunais desenvolvem um importante papel na inclusão dos menos favorecidos no debate democrático. Nessa linha, a corrente substancialista, cuja defesa está centrada no entendimento de que o texto constitucional fixa diretrizes a serem seguidas pelo Estado apresenta um bom fundamento para tal atividade judicante. Isso porque, para além da defesa dos princípios democráticos mencionados por Habermas, esta corrente enxerga na Constituição a outorga de um agir político por parte do Estado no sentido de proteger os valores ali contidos que indiscutivelmente mostram-se claros, ao passo que o próprio texto constitucional expressa o objetivo de alcançar a observância dos preceitos que visam garantir a dignidade do cidadão.

Nesse sentido, Streck (2002) defende que a Constituição mostra-se substantiva pelo fato de que cabe a ela proteger esse processo que visa garantir tanto a democracia como os demais valores nela contidos inclusive os sociais. É com base nisso que há o entendimento de que se

os meios ordinários não se mostram eficazes, no que tange à proteção desses valores, outros meios devem ser implementados, haja vista que o que se encontra em jogo pode ser caracterizado como preceito fundamental básico de ordem constitucional. É exatamente isso que pode ser observado quando o autor dispõe que:

Em síntese, a corrente substancialista entende que mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem (STRECK, 2002, p. 141).

Nessa direção pode-se identificar que as atividades dos Poderes constituídos devem sempre estar em conformidade com as diretrizes traçadas pelo texto constitucional, estando aí incluídas as políticas públicas que, conforme já visto, devem sempre buscar a satisfação de seu objeto constitucionalmente protegido. Não havendo essa satisfação constitucional, seja no âmbito das atividades do Executivo ou do Legislativo, emerge a necessidade de que o Judiciário efetue o devido controle, buscando a proteção de valores contemplados no texto constitucional, valendo-se, em regra, do princípio da proporcionalidade.

O principal ponto de controvérsia observado no substancialismo é a existência da possibilidade do magistrado, em sua interpretação constitucional, agir como se um legislador fosse ultrapassando os limites da interpretação das leis ou princípios colidentes, indo além dos objetivos constitucionais. Frente a esta possibilidade, vale ressaltar o posicionamento de um dos principais defensores do substancialismo. Assim, Capelletti (1993) destaca que apesar de toda interpretação representar, ainda que minimamente, uma certa criação, tal criatividade não poderia equiparar-se a uma possível arbitrariedade dos magistrados, dada a existência de limites processuais e substanciais que sempre a acompanham.

Capelletti (1993) segue destacando que os limites substanciais a que o Judiciário está submetido podem variar de lugar para lugar e de tempos em tempos ao passo que estão intimamente ligados às questões valorativas que formam a base do ordenamento jurídico de uma dada sociedade. Ainda na mesma defesa, o autor aponta os limites procedimentais, os quais, por ventura, já são notoriamente afamados em nossa cultura jurídica.

O primeiro deles, conhecido como “*nemo iudex in causa propria*”, veda a parcialidade do juiz a fim de impedir que ele decida sobre relações nas quais ele seja parte. O segundo, “*audiatur et altera pars*” é a regra que assegura às partes o princípio do contraditório, vinculando o juiz à necessidade de ouvi-las a fim de permitir-lhes igual defesa, mantendo-se

ele livre de eventuais pressões. Por fim, o terceiro limite procedimental corresponde à regra “*ubi non est actio, ibi non est jurisdictio*” que nada mais é que o princípio da inércia do juiz.

Nota-se de pronto que a criatividade decorrente do controle jurisdicional se diferencia da criatividade advinda da atuação legiferante do Estado, haja vista que o legislador não está vinculado a nenhum dos limites acima apresentados. Dessa forma, esses quesitos afastariam a possibilidade do Judiciário proceder com uma certa ingerência no Legislativo. Ressalta-se que tais limites representam uma forma de tolher transformações extremas em face das interpretações feitas pelo Judiciário (CAPELLETTI, 1993). Assim, a ideia do controle judicial não tem por objetivo transformar o futuro de determinada sociedade, mas sim o de servir como uma medida de urgência que contorne o problema da inobservância dos preceitos fundamentais básicos.

Nesse passo, a inobservância de alguns preceitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito acaba por ensejar uma atividade de jurisdição constitucional ainda maior, considerando que o Poder guardião da Constituição deve zelar pelo cumprimento dos valores substantivos nela contidos, sejam eles explícitos ou implícitos. Seguindo esse entendimento, a solução concreta para qualquer colisão entre direitos deve ser dada não somente com base na legalidade, mas também nos princípios constitucionais, pois conforme bem assevera Alexy (1997) os princípios podem servir de razão para juízos concretos do “dever ser”, algo tão bem consagrado no direito.

Com base no exposto, mesmo vislumbrando-se os obstáculos já apresentados, nota-se que o controle por parte do Judiciário é algo necessário em um Estado onde os valores sociais são nitidamente desrespeitados ainda que consagrados na Constituição. Assim, se o Estado não oferece as prestações mínimas cujo objetivo é pôr em pé de igualdade as classes marginalizadas que não possuem força e entendimento político para participar do debate democrático, o Judiciário como guardião da Constituição, deve, dentro de seus limites, atuar a fim de suprir tais necessidades, pois conforme entendimento de Capelletti (1993, p.106) “a democracia não pode sobreviver em um sistema em que fiquem desprotegidos os direitos e as garantias fundamentais”.

Obviamente a análise do caso concreto norteará ainda mais a questão dos limites a serem observados pelo Judiciário no momento de sua interpretação constitucional, o que também envolve a ponderação dos valores contidos na Carta Magna. Quando por exemplo o Estado alega questões político-financeiras para se justificar de determinada omissão ou inércia quanto

às prestações estatais, o Judiciário deve manter-se cauteloso atentando para as provas apresentadas no processo. Como já fora visto, muitas vezes a escassez de recursos pode ser decorrente da má alocação de verbas públicas. Diante disso, questiona-se quanto à possibilidade de o Judiciário determinar sobre a realocação de verbas a fim de disponibilizar recursos para um fim constitucional que ele julga mais fundamental para a dignidade humana. Nesse sentido Amaral (2001) sustenta ser impossível que o Judiciário atue nesses padrões, por entender que somente o Legislativo poderia decidir sobre alocação de recursos bem como as condutas a serem seguidas pelo Executivo.

Em que pese a defesa do autor, é evidente que mesmo diante de uma escassez absoluta, dentro dos padrões da razoabilidade, a falta de recursos em um Estado Democrático de Direito, para honrar com as prestações mínimas estatais, as quais devem considerar o mínimo existencial bem com proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais, pode revelar a ineficácia da atuação administrativa e legislativa de um Estado. Isso porque se um Estado opta por garantir os direitos sociais básicos é porque a realidade social dos cidadãos daquele Estado demanda uma intervenção estatal a fim de proporcionar melhorias nas condições socioeconômicas da população. Dessa forma, uma vez garantido o direito por meio do texto constitucional, tal direito deve ter preferência no que tange à alocação de recursos.

O que não se pode ignorar é que quando se chega ao ponto de ser necessário acionar o Judiciário por conta da omissão estatal em relação às prestações mínimas constitucionalmente garantidas, estaremos diante da nítida circunstância onde não se pode confiar unicamente na discricionariedade do Estado que drasticamente mostra-se falha e inapta a alcançar os objetivos básicos da Constituição. Em tais circunstâncias, ao se pretender a observância de um preceito fundamental básico, seguramente o controle judicial deve prevalecer sobre a discricionariedade política. Isso tem fundamento na alta valoração que o próprio texto constitucional dispensa à dignidade do ser humano. Vejamos o entendimento de Sampaio:

Deve-se notar, ainda, que a lei se apresenta, em relação a esses direitos [direitos sociais], como *condition sine qua non* e não como *conditio per quam*. Quer isso dizer que a atuação legislativa se faz necessária para determinar o modo e os limites do direito, não a sua existência (*como e quando*, não *an e quid*). Por isso são, em grande parte, mas não a totalidade, direitos sob a reserva do possível e do razoável, submetida, no entanto, ao controle judicial: “a subtração ao legislador da discricionariedade sobre *an* e sobre *quid* da garantia mesma conduz, sem mais, à fiscalização judicial (*sindacabilità*) dessa discricionariedade sobre como e sobre quando (SAMPAIO, 2002, p. 679).

No que tange a esse aspecto importa consignar que quanto maior a possibilidade do Judiciário apreciar com profundidade a realidade fática do caso concreto, mais próximo ele estará de atender aos objetivos fundamentais da Constituição, por meio de uma defesa jurisdicional dos princípios constitucionais.

Conforme destacado anteriormente, a atuação do judiciário frente ao não cumprimento das prestações mínimas não tem por objetivo mudar a realidade social do Estado, ao passo que esse objetivo já fora claramente consagrado na Constituição, uma vez que ela propõe uma nova engenharia social outorgando ao Estado Democrático de Direito prestar com qualidade a saúde, a educação, a moradia, a assistência social, enfim, impõe a obrigação do controle da pobreza, sendo que o papel do Judiciário é simplesmente defender o que está estabelecido constitucionalmente.

Nesse cenário, o Terceiro Poder mostra-se como um instrumento de resgate dos direitos não realizados Streck (2000) e que busca afastar o temeroso desarranjo constitucional, haja vista que a “qualidade de uma constituição não se define pela sua pletera de dispositivos, mas pela sua credibilidade” (VON MÜNCH apud KREEL, 2002).

CONCLUSÃO

As teorias e os conceitos apresentados neste artigo tiveram como objetivo destacar o importante papel desempenhado pelos direitos sociais de cunho prestacional no Estado brasileiro. Tal relevância pôde ser observada a partir das considerações que destacaram a íntima ligação entre tais direitos e o efetivo exercício da liberdade garantida ao cidadão. Nesse sentido, foi possível constatar que não adianta ser titular de determinadas liberdades sem poder delas usufruir.

Em observância aos preceitos básicos de dignidade da pessoa humana e considerando a essencialidade das prestações sociais, o Estado brasileiro consagrou tais direitos em sua Carta Constitucional, pelo que o cidadão brasileiro passou a dispor de alguns meios que o ajudassem a alcançar certas prerrogativas constitucionalmente garantidas, mas que, devido às condições sociais por ele vivenciadas, não compõem o âmbito de sua realidade fática. Dessa forma, o principal objetivo dessas prerrogativas sociais, constitucionalmente consagradas, é poder proporcionar ao cidadão carente a condição de igualdade entre ele e seus pares, diante da tão evidente exclusão social apresentada no cenário brasileiro.

Este cenário de exclusão social que, mesmo após duas décadas de promulgação do atual texto constitucional, evidencia-se como fato na realidade do Estado brasileiro, corrobora que os meios ordinários não têm se mostrado eficazes na implementação dos direitos sociais de cunho prestacional. Nesse aspecto, considerando que cabe precipuamente ao Legislativo e ao Executivo o papel de regulamentação e implementação de tais direitos, tornou-se imperiosa a análise dos processos desenvolvidos que visam à efetividade dos direitos prestacionais, a fim de se identificar os principais desvios que impossibilitam sua realização.

A partir dessa perscrutação foi possível identificar que a falta de recursos financeiros do Estado, bem como a desordenada aplicação de políticas públicas e também a falta de regulamentação de tais direitos que, ressalta-se, já foram constitucionalmente garantidos, são fatores que emergem como verdadeiros obstáculos na tentativa de se dar efetividade aos direitos prestacionais, pelo que foi defendida a atuação do Judiciário a fim de solucionar tais questões.

Quanto ao primeiro obstáculo identificado, defende-se de pronto que a realização das prestações sociais está nitidamente condicionada à existência de recursos financeiros nos cofres estatais. Assim, notou-se que tal fato demanda uma certa habilidade do Estado no sentido de melhor administrar suas reservas financeiras, o que necessariamente requer a observância dos preceitos que visam dar lisura ao planejamento e à execução de seu orçamento. Isso porque, conforme defendido, muitas vezes a escassez de recursos financeiros é dada em virtude da má e indevida alocação dos recursos arrecadados.

Nesse aspecto foi defendido que a alegação de escassez por parte do Poder Público deve ser analisada para que se verifique o porquê da falta de recursos para honrar com determinada prestação estatal, cabendo ao Judiciário a análise minuciosa do conjunto probatório dos fatos para que se decida sobre a restrição ou não restrição do direito em questão.

No que se refere à desordenada utilização de políticas públicas, foi possível observar que em determinadas situações tais políticas podem não alcançar seu objeto, ou até mesmo ser utilizadas com objetivos totalmente diversos dos constitucionalmente estabelecidos. Desse modo, concluiu-se que o devido controle sobre as políticas públicas sociais é uma ferramenta apta a solucionar tal questão. Logo, considerando que tal controle mostra-se falho quando desempenhado pelo Legislativo e Executivo, foi proposto que o Judiciário desempenhasse tal função.

No que concerne à falta de regulamentação de algumas das prestações estatais garantidas na Constituição, defendemos que as normas constitucionais que versem sobre direitos

fundamentais têm aplicabilidade imediata, não necessitando de legislação infraconstitucional para dar-lhes efetividade. Para além disso, sustentou-se que o papel da lei infraconstitucional, em tal caso, servirá apenas como um incremento ao direito que já fora criado pela própria Constituição. Com base nisso, o Judiciário poderia apreciar e decidir sobre um direito nessa situação amparado pela interpretação à luz da Constituição.

Outra questão que da mesma forma mostrou-se controversa reside na legitimidade do Judiciário para decidir sobre os obstáculos apresentados, momento em que se indaga sobre os princípios democráticos que podem ser fragilizados quando o Judiciário atua nos moldes acima defendidos. Nesse vértice, defendemos que o Judiciário de fato possui legitimidade para decidir sobre as questões ligadas às dificuldades enfrentadas no cenário de implementação dos direitos sociais prestacionais. De início, destacamos que as questões democráticas apresentadas não se mostram suficientes para retirar a legitimidade do Judiciário em tal situação. Isso porque o conceito de democracia vai muito além da separação dos poderes. A participação efetiva do povo no debate democrático também é a base da democracia, sendo esta a situação em que se verifica outro pilar da democracia qual seja, a observância dos direitos sociais, haja vista que tais direitos desenvolvem um importante papel na vida do cidadão.

Nesse aspecto, constatou-se ainda que diante da impossibilidade de todos os cidadãos participarem do debate democrático, pode acontecer de o Parlamento macular a democracia quando apenas pequenos grupos dominam o debate político. Essa possibilidade se dá quando esses parlamentares acabam atendendo a pressão de grupos específicos em detrimento dos interesses gerais da sociedade. É nessa conjuntura que o Judiciário – diferentemente do que alega a doutrina que sustenta sua falta de legitimidade em tal situação – mostra-se como fomentador da democracia, ao passo que detém o poder de proporcionar aos necessitados a possibilidade de participarem do debate democrático determinando que as prestações mínimas, necessárias a sua sobrevivência digna, sejam observadas.

É também nesse sentido que o Judiciário pode decidir sobre as questões que envolvem a escassez de recursos, na qual cabe ressaltar a importância do conjunto probatório a ser apreciado em tal situação, e o controle das políticas públicas sociais. Em todo caso, foi sustentado que a apreciação do Judiciário está limitada à verificação da conformidade entre os atos do Executivo ou do Legislativo e os objetivos constitucionais estabelecidos, considerando as diretrizes orçamentárias que são consagradas na constituição, bem como os fins constitucionais que devem ser alcançados por intermédio das políticas públicas.

Logo, se tais quesitos não são observados, evidentemente a atuação dos demais Poderes mostra-se ineficaz, pelo que se faz necessária a atuação do Judiciário a fim de se buscar a devida conformidade entre as diretrizes e princípios constitucionais e os atos praticados pelo Executivo e pelo Legislativo. Afinal de contas, fala-se aqui sobre direitos básicos que não podem ser negados aos que deles necessitam. Se o Estado brasileiro assumiu a condição de Estado Democrático de Direito é porque a realidade social aqui vivenciada demanda uma atuação estatal, não sendo justo condenar cidadãos que se encontram socialmente excluídos a simplesmente não terem a oportunidade de mudar de vida devido à falta de prestações básicas, que por sinal não podem ser obtidas de particulares.

Por fim, ressalta-se que o objetivo deste artigo não foi encontrar justificativas para atribuir ao Judiciário a capacidade de se tornar o grande promovedor da transformação social. Quando o Terceiro Poder atua em prol da observância das prestações sociais seu objetivo não é mudar a realidade social do cidadão ou cidadãos que dependem de tais prestações, mas sim garantir de uma forma emergencial os preceitos mais básicos a que determinados grupos não têm acesso. De posse desses preceitos básicos, o cidadão socialmente excluído terá condições de lutar por uma vida melhor, haja vista que o homem precisa libertar-se do reino da necessidade para ingressar no reino da liberdade, onde terá condições de comunicar sua existência, e expor suas preferências políticas. Paraphrasing H. Arendt, pode-se afirmar que enquanto o homem for refém de suas necessidades básicas ele não poderá exercer de fato sua cidadania.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Lei Fundamental da Alemanha.** Disponível em <http://www.brasil.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/01__Willkommen/Constituicao__Hino__Bandeira/Constituicao__Seite.html>. Acesso em: 12 jul. 2014.

ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional.** 2002, Año 22, n. 66, pp 13-64.

_____. **Teoría de los Derechos Fundamentales.** Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, 2007, n. 15, pp 01-31.

_____. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. As normas programáticas na Constituição de 1988. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 4, n. 14, jan-mar 1996.

BERTOLLI FILHO, Claudio. **A História da Saúde Pública no Brasil**. São Paulo: Ática, 2001.

BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. **Revista do Ministério Público**. Porto Alegre, n. 53, maio/set 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BRASIL. **Constituição (1988): Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 2 jul. 2014.

BRASIL. **Lei Orgânica da Assistência Social: Lei 8.742 de 7 de dezembro de 1993**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm>. Acesso em: 2 jul. 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando o Direito a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HABERMAS, Jürgen. El Concepto de Dignidad Humana y la Utopía Realista de los Derechos Humanos. **Diánoia**, México, v. 55, n. 64, mayo 2010, pp. 3-25.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e a validade**. vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

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

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

KANT, Emanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KELLER, Arno Arnoldo. **O Descumprimento dos Direitos Sociais: Razões Políticas, Econômicas e Jurídicas**. São Paulo: LTR, 2001.

KREEL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 51.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: LEITE, George Salomão (coord.). **Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2014.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais Sociais**. Coimbra: Coimbra, 2006.

SAMPAIO, J. A. L. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rei, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

STF, **RE 271.286/RS**, Rel. Min. Celso de Melo, julgado em 12/09/2000, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>>. Acesso em: 2 jul. 2014.

STRECK, Lênio Luiz. A Constituição (ainda) dirigente e o Direito fundamental à obtenção de respostas corretas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 01, n. 06.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2. ed. 2000.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, I. W. & TIMM, L. B. (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **O Orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VIANNA, Maria Lúcia Werneck. **Seguridade Social e Combate à Pobreza no Brasil: O Papel dos Benefícios Não-Contributivos**. Setembro de 2004, pp. 2-3. Disponível em: <www.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fSeguridade.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2014.

WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos políticos, cidadania e a teoria das necessidades. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 31, maio-jul. 1994.