

A Problemática da Efetividade Constitucional e o Papel do Judiciário

The Constitutional Problems of Effectiveness and the Role of the Judiciary

Diego dos Santos Lima^a; Felipe André Dani^{bc*}

^aSchulze Advogados Associados, SC, Brasil

^bFaculdade de Direito Avantis, SC, Brasil

^cEscritório Dani & Silveira, SC, Brasil

*E-mail: felipe@daniesilveira.com.br

Resumo

O presente estudo tem como objetivo analisar o cenário constitucional nacional, a partir de uma retrospectiva histórica, a fim de expor as debilidades da Constituição Federal de 1988, em relação à efetividade de suas normas. Posta a problemática, passar-se-á a expor a proposta de amplificação dos poderes do judiciário como agente concretizador das promessas constitucionais.

Palavras-chave: Normas constitucionais. Efetividade. Neoconstitucionalismo. Poder Judiciário.

Abstract

This study aims to analyze national constitutional scenario from a historical perspective, in order to expose the weaknesses of the Federal Constitution of 1988, regarding the effectiveness of their regulations. After raised the issue, the proposed amplification of the powers of the judiciary as concretizing agent of constitutional promises will be exposed.

Keywords: Constitutional Standards. Effectiveness. Neoconstitutionalism. Judiciary.

1 Introdução

Passagem adequada para introduzir o presente estudo, expressando desde logo o sentido que, aqui, de forma singela, se buscará imprimir em relação à crise de efetividade das normas constitucionais, é a menção feita por Barroso (2009, p.291) parafrazeando Maria Clara Machado.

Maria Clara Machado costumava dizer aos seus alunos do Teatro Tablado, no Rio de Janeiro: ‘Fechem os livros e abram os olhos’. Criada em um ambiente intelectual, autora de clássicos infantis memoráveis e havendo estudado em Paris e Londres, ela certamente não tinha desprezo pelo estudo e pelo conhecimento. Mas advertia para um dos riscos do universo acadêmico: o de bastar-se em si próprio, tornando-se insensível ao mundo real, incapaz de perceber o outro, a vida que pulsa fora dos livros, as pessoas de carne e osso, com suas necessidades e sentimentos.

Neste norte, a ciência jurídica não deve permanecer indiferente à falência do sistema constitucional nacional em relação aos direitos sociais, que clamam por concreção, por substituir a linguagem retórica, que ergue juristas e administradores públicos em pedestais de soberba, longe da realidade que vergalha o povo, implantando um discurso objetivo comprometido com a realização dos valores contemplados na Constituição.

Na mesma linha da crítica acima apresentada, nos parece que de nada adiantaria a um jurista encher bibliotecas inteiras em profícua produção literária, se ao fim de sua vida não tivesse se atido aos problemas sociais mais próximos

e não lograsse êxito em mudar positivamente a vida de um indivíduo sequer.

Certamente não é admissível olvidar o fato de que, vivendo sob a égide de um modelo constitucional tão profícuo como é o da Constituição de 1988, possamos evidenciar no plano prático tantas deficiências que assolam a sociedade, cenário este consolidado em desigualdades sociais denunciadas com propriedade por Faoro (2001), que verifica, no caso do Brasil, a secularização de uma estrutura estamental, caracterizada por uma parcela detentora de poder que representa forte obstáculo à fruição do conteúdo constitucional.

Apenas para exemplificar, nos termos da atual Carta “A ordem econômica [...] tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da Justiça Social” (art. 170); “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica” (art. 218); “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e a acesso às fontes da cultura nacional” (art. 215). Tais disposições são cumpridas de forma geral em todas as regiões do país? Por certo que não (BRASIL, 1988).

Anote-se ainda que não se está a negar o sucesso institucional da atual Carta, que pôs fim ao Estado autoritário, provendo o florescimento da democracia, sob a qual já se realizaram sete eleições presidenciais, por voto direto, secreto e universal, mas sim a ater-se à problemática da falta de verificação nas vidas dos indivíduos de tantos direitos constitucionalmente garantidos.

Certo é que a na norma constitucional não é um mero conselho, aviso ou sugestão. Todo direito, por mais imprecisa e vaga que seja sua positivação, inserto em uma Constituição, vincula juridicamente o Estado ao dever de torná-lo verificável na realidade, o que na maior parte das vezes não ocorre.

Em razão de tais lacunas, da baixa concreção dos direitos sociais insculpidos na Carta Constitucional, os anseios populares acabam no mais das vezes por desaguar do Poder Judiciário, obrigando-o a tomar medidas emergenciais ou então culminam em revoltas sociais como presenciadas por todo o país nos últimos meses.

Assim, o presente estudo destina-se a flanquear a problemática da efetividade das normas constitucionais no cenário nacional, que em muito castiga as classes historicamente fustigadas da sociedade e, ao mesmo tempo, analisar as consequências da outorga de poder ao Judiciário para fazer valer tais normas.

2 Desenvolvimento

2.1 A frustração constitucional: um panorama histórico

De início, salutar apontar para a problemática da eficácia das promessas constitucionais, tomando como exemplo o caso brasileiro, tratando da evolução histórica, com vistas a culminar na Constituição de 1988, a dita Constituição Cidadã, discorrendo sobre sua efetividade à luz do conceito de neoconstitucionalismo.

Nossa história constitucional se inicia com a outorga da Constituição de 1824, que seria elaborada pela Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, marcadamente liberal, convocada por D. Pedro I e igualmente por ele dissolvida devido a divergências ideológicas, sendo posteriormente substituída pelo Conselho de Estado, agora de acordo com os anseios de Sua Majestade.

Conforme Lenza (2010), a Carta do Império foi marcada por forte centralismo administrativo e político, tendo em vista a figura do Poder Moderador, constitucionalizado, e também por um governo marcado pelo unitarismo e absolutismo. De acordo como o autor, apesar de representar texto rudimentar, ilegítimo face ao sistema de sufrágio indireto e ainda sob a vigência do regime de escravidão, por clara influência do constitucionalismo liberal das Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789), a Constituição de 1824 já continha profícuo rol de Direitos Cívicos e Políticos, que sem dúvida influenciou no conteúdo de suas subsequentes.

Conforme averba Barroso (2009, p.11),

Em seu longo e avançado elenco de 'garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros', remarcado de inspiração liberal, a Constituição do Império, ao lado do princípio da legalidade, consagrava o princípio da isonomia, inaugurando em nosso constitucionalismo no inciso XIII do art. 179: 'A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um'.

Temos, porém, que, apesar dos direitos insculpidos na Constituição Imperial, com certo modernismo para a

época, não se pode ainda falar em um efetivo movimento constitucionalista, pois conforme continua o autor, o preceito do artigo 179, XIII coexistiu durante toda sua vigência com os privilégios da nobreza em detrimento da plebe, o voto censitário e o trabalho escravo. De igual forma, em relação à intervenção do Estado na vida social, não se verifica qualquer resistência, pois o Imperador representava a autoridade máxima no país, munido do Poder Moderador que lhe outorgava ilimitadas possibilidades em relação à economia e aos demais Poderes.

Em 24 de fevereiro de 1891, é promulgada a primeira Constituição da República do Brasil, sofrendo pequena reforma em 1926. Elaborada por Rui Barbosa, a Constituição de 1891 sofreu forte influência da Constituição norte-americana de 1787, estabelecendo o presidencialismo, o Estado Federal superando o unitarismo e a forma de governo republicana em substituição à monárquica (LENZA, 2010).

Entretanto, o promissor novo cenário não logrou êxito, pois a república ainda era autoritária e omissa na questão social, pouco se importando com a conscientização popular. A ausência de limites ao poder do Estado se evidencia quando com a renúncia de Marechal Deodoro no fim de 1891, assume o Vice, Marechal Floriano Peixoto que, de acordo com a Constituição, deveria convocar novas eleições, pois ainda não decorridos dois anos, entretanto, ignorando a disposição do art. 42, Peixoto permanece no cargo até o fim dos quatro anos, inclusive com a chancela do Congresso.

Apesar do ainda presente domínio das oligarquias e a fraude eleitoral que culminou na ruína da República Velha, em relação aos avanços constitucionais merecem menção a extinção do Poder Moderador, adotando-se a teoria clássica da tripartição dos Poderes de Montesquieu, a abolição da pena de galés, de banimento e de morte. Nota-se especial atenção às clássicas liberdades privadas, civis e políticas, porém ausentes os direitos dos trabalhadores. Evoluindo do Decreto n. 114 de 1821, que já proibia prisões arbitrárias, surge a primeira menção ao remédio constitucional do *Habeas Corpus*.

Seguindo, temos a Constituição de 1934 institucionalizando o Governo Provisório de Getúlio Vargas, conforme Barroso (2009, p. 20), influenciada pela Constituição de Weimar de 1919, possuía inovações e virtudes em relação ao constitucionalismo, dedicando um título à Ordem Econômica e Social, dando início ao modelo de Estado social de direito, sendo possível falar em uma ascensão dos chamados direitos de 2ª dimensão. Cria-se, ainda, a Justiça do Trabalho e o salário mínimo, institui-se o mandado de segurança, acolhe a ação popular e mantém a Justiça Eleitoral. Entretanto, a Carta de 1934 consagrava o ideal moralizador e liberal da Revolução de 1930, movida pelos ventos europeus de antiliberalismo, onde as promessas se inclinaram mais para o campo econômico e social.

Por meio do golpe militar, Getúlio Vargas outorga, em 1937, uma nova Constituição, onde os ideais autoritários e fascistas mitigam quase que por completo o tímido

florescimento do constitucionalismo da Constituição anterior. Não há, na Constituição de 1937, previsão de mandado de segurança e ação popular. O retrocesso é latente com o vilipêndio do direito de manifestação e pensamento com a instituição da censura, com a pena de morte para além dos casos da legislação militar, a proibição da greve e do *lock-out* e a tortura utilizada como instrumento de repressão. Trata-se de uma era sombria, onde os direitos fundamentais foram esquecidos e o poder do Estado não encontrava limites.

Em relação à intervenção do Estado, igualmente não havia espaço para o liberalismo, havendo a criação de várias estatais como a Companhia Vale do Rio Doce (1942), Companhia Nacional de Álcalis (1943), Fábrica Nacional de Motores (1943) e Companhia Hidroelétrica de São Francisco (1945).

O país reencontra a democracia com a Assembleia Constituinte de 01.02.1946, vindo a Constituição a ser promulgada em 18.09.1946. Trata-se da ascensão do constitucionalismo nacional, pois conforme Lenza (2010) o texto possuiu inspirações liberais da Constituição de 1891 e nas ideias sociais de 1934. De outro vértice, Barroso (2009, p.26) afirma que as bases da Constituição de 1946 foram buscadas na Constituição norte-americana, na francesa e na de Weimar, sendo, como instrumento de governo, “deficiente e desatualizada desde a primeira hora. Como declaração de direitos e de diretrizes econômicas e sociais, frágil e avançada”. Ainda segundo o autor, faltou substancial efetividade à Carta de 1946, impedindo a concretização de seu promissor arcabouço de normas.

Continuando em nossa truculenta história, com o Golpe Militar de 1964 temos a depressão da outorga da Constituição de 1967, implantando o regime ditatorial militar, concentrando bruscamente o poder na pessoa do Presidente da República. A evolução do Estado de Direito teve seu maior golpe com a “baixa” do famigerado Ato Institucional nº 5 de 1968, instaurando no país um cenário caótico onde foram suprimidos direitos básicos e institucionalizadas diversas atrocidades.

Com a Emenda Constitucional de nº 1 de 1969, considerada por Lenza (2010, p.114), por seu caráter revolucionário, uma nova expressão do poder constituinte originário, logo uma nova Constituição, “constitucionalizam-se” os Atos Institucionais, mantendo o regime autoritário e vergalhando os direitos individuais.

Entretanto, o sentimento constitucionalista toma conta do país com a PEC n. 5/83 que, embora rejeitada, serve de gênese para a EC n. 26 de 1985 que determina a convocação da Assembleia Nacional Constituinte. Em um momento conturbado onde os direitos individuais estavam esquecidos e o povo ansiava pelo re florescimento da democracia, era dado o passo inicial para a elaboração da Constituição Cidadã, uma Carta repleta das mais belas promessas, que podem não ter passado disto, meras promessas, como passaremos a analisar.

2.2 A Constituição Federal Brasileira de 1988 e o neoconstitucionalismo

A nova atmosfera constitucional europeia foi caracterizada pelo constitucionalismo do pós-guerra, mormente na Alemanha e Itália, merecendo menção ainda Portugal e Espanha. No entanto, com destaque mundial, o Brasil conheceu sua redemocratização com a Constituição de 1988.

Com o pós-guerra na Europa, o Direito Constitucional assume seu papel de maior importância, na reconstrução das sociedades devastadas pela guerra. Floresce o constitucionalismo juntamente com a democracia, gerando um novo modelo de organização política: o Estado Democrático de Direito.

Como exemplos de importantes marcos que influenciaram a produção teórica e jurisprudência de diversos países, podemos citar a Constituição alemã de 1949 e a criação do Tribunal Constitucional Federal em 1951.

No Brasil, após as diversas evoluções e declínios do direito, o país assolado pela ditadura conhece novamente o direito constitucional com a promulgação da Constituição de 1988, superando o Estado autoritário, violento e intolerante para o Estado Democrático de Direito, dando assim ao país o mais longo período de florescimento dos direitos fundamentais e da democracia como um todo.

Após vinte e cinco anos de regime militar, o país experimentava uma nova democratização, onde o povo via a reconquista de seus direitos fundamentais insculpida numa carta construída pela pluralidade nacional.

Nos melhores termos de Barroso (2009, p. 41)

É inegável que a Constituição de 1988 tem a virtude de espelhar a reconquista dos direitos fundamentais, notadamente os de cidadania e os individuais, simbolizando a superação de um projeto autoritário, pretensioso e intolerante que se impusera ao País. Os anseios de participação, representados à força nas duas décadas anteriores, fizeram da constituinte uma apoteose cívica, marcada, todavia por interesses e paixões.

Entretanto, fruto da evidente heterogeneidade que caracterizou a constituinte de 1988, surgiram diversas deficiências que marcaram permanentemente o texto final, como a forte presença de *lobbies* dos diversos grupos que participaram ativamente, gerando um texto com várias máculas corporativas, fortalecendo a estrutura estamental citada por Raymundo Faoro. A Constituição de 1988 é marcada então com certos traços artificiais que não condizem com a realidade do país, pois conforme Barroso (2010, p. 42):

Como protagonista e beneficiária das disfunções atávicas da sociedade brasileira, sobrepára uma classe dominante – a elite econômica e intelectual – que jamais se interessou ou foi capaz de elaborar um projeto generoso de país, apto a integrar à cidadania, ao consumo mínimo, enfim, à vida civilizada, os enormes contingentes historicamente marginalizados.

Todavia, tais deficiências não foram suficientes para ofuscar o brilho das inovações trazidas pela nova Constituição, não só no campo dos direitos fundamentais, mas também ao institucionalizar garantias como a ação civil pública

e o mandado de segurança coletivo, moderar o poder do Executivo, descentralizar a política, redistribuir o poder entre os Estados e Municípios entre outros.

A Constituição de 1988 era uma promessa brilhante, inovadora que buscou abarcar a maior parte dos assuntos sociais, apresentando um profícuo rol de diretrizes endereçadas ao Governo, sendo em última análise, formas de garantir condições elementares de bem estar social. Como exemplo veja-se o artigo 170¹:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (BRASIL, 1988).

Conforme reforça Bandeira de Mello (2009, p. 32)

Em suma, o que art. 170 faz é obrigar, impor, exigir que a ordem econômica e social se estruture e se realize de maneira a atender aos objetivos assinalados. Igualmente obriga, exige, impõe que a busca destas finalidades obrigatórias se faça por meio de certos caminhos, também obrigatórios: aqueles estampados nos incisos referidos, os quais são erigidos ao nível de princípios.

De forma geral, a Carta de 1988 contém um âmagão alicerçado em princípios fundamentais, como os que compõem o artigo 170, que se irradia sobre diferentes normas, servindo de critério para a devida compreensão e aplicabilidade de toda ordem normativa, conferindo-lhe assim legitimidade.

Em que pese o brilhantismo da atual Carta, após vinte e cinco anos de sua vigência, fato é que podemos concluir, sem esforço, que seu conteúdo carece em muito de efetividade, pois se assim não fosse não seriam observáveis tantas mazelas sociais que afloram em crises de fome, desemprego, educação, saúde, etc. e ultimamente culminaram com movimentos históricos de revolta popular. Como explicar tal paradoxo?

Para melhor analisar a problemática na esfera nacional, tomemos aqui a distinção didática feita por Barroso (2009, p. 91-113) entre:

a) Normas constitucionais de organização, que disciplinam a estrutura básica do Estado, determinando a forma de governo, regime político, divisão de competências, separação de poderes. Tais normas têm efetividade plena e imediata,

pois apenas definem o arcabouço do Estado em seu aspecto burocrático e estático;

b) Normas constitucionais definidoras de direitos, que estabelecem direitos fundamentais no aspecto civil, político e socioeconômico. Os direitos civis e políticos como o direito de liberdade, igualdade e o de votar e ser votado, correspondendo a um *non facere* do Estado.

c) Normas constitucionais programáticas, sendo disposições que indicam os fins sociais a serem atingidos pelo Estado com a melhoria das condições econômicas, sociais e políticas da população, tendo em vista a concretização e cumprimento dos objetivos fundamentais previstos na Constituição.

Eis o problema. Normas programáticas são hiatos semânticos, dado seu caráter vago, de alto grau de abstração, com baixa efetividade social e jurídica, não gerando, em sentido estrito, direitos subjetivos públicos imediatos para a população. Pontes de Miranda (1969, p.126-127) afirma que as normas programáticas são

[...] aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são programas dados à sua função.”

Este nos parece ser o ponto nodal na Carta nacional, termos genéricos onde a posição jurídica dos administradores é menos consistente do que nas outras, pois não lhes confere fruição alguma, vez que tais regras apenas objetivam fins, sem mencionar os meios, tal como em certos incisos do artigo 170 (v.g. “redução das desigualdades regionais e sociais”).

Certo é que a partir do momento em que o Direito não é capaz de tomar as necessidades reais dos seres humanos e oferecer respostas razoáveis, torna-se apenas instrumento de legitimação do poder, depositário de termos abstratos que não guardam relação com os administrados, mero instrumento de dominação ideológica, de promessas não honradas, sendo então imprescindível a revisão de seus pressupostos.

Neste passo, como entender que vivemos sob a égide de uma Constituição composta dos mais louváveis anseios, aspirações e propósitos e ainda assim a corrupção corrói as governanças e pessoas são privadas dos direitos mais básicos, como verificável nos cantões inóspitos do país? Aqui cabe fazer um aparte em relação ao trato doutrinário, para com a problemática da efetividade das normas constitucionais que nos permitirá discorrer sobre o neoconstitucionalismo.

A partir do início do século XXI, frente às necessidades sociais, onde o papel do texto constitucional de mero limitador do poder estatal não era mais suficiente a atender as demandas erigidas do pós-modernismo, a doutrina se dedica a dar nova roupagem ao clássico constitucionalismo, para agora tratar da esfera constitucional como elemento axiológico que

¹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

deve, sobretudo, produzir efeitos fáticos e garantir condições mínimas de sobrevivência ao povo. A este pensamento se chamou de neoconstitucionalismo.

Conforme averba Agra (2010, p. 55)

o neoconstitucionalismo tem como uma das marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionados: a) posituação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva.

Portanto, agora, os esforços são dirigidos também para a concretização dos direitos fundamentais, para o abandono do cenário meramente retórico, no estabelecimento da ideia de Constituição como um valor em si, indissociável de seu contexto fático, tendo como marco filosófico o “pós-positivismo”, buscando a superação da legalidade estrita, sem, contudo, abandonar o direito posto.

Neste sentido, bem averba Streck (2007, p. 1):

La discusión sobre el constitucionalismo contemporáneo es una tarea que todavía se impone. El constitucionalismo no murió. Las nociones de fuerza normativa de la Constitución y de Constitución compromissaria no pueden ser relegadas a un segundo plano, especialmente en países en los que las promesas de la modernidad contempladas en los textos constitucionales, carecen de una mayor efectividad.

En este sentido, uno de los puntos fundamentales para un mejor entendimiento/enfrentamiento de toda esa problemática exige una discusión sobre El papel del Derecho (por lo tanto, de la Constitución) y de la jurisdicción constitucional en el Estado Democrático de Derecho, así como de las condiciones que posibiliten la implementación/concretización de los derechos fundamentales-sociales a partir de esse nuevo paradigma de Derecho y de Estado.

O trato com a Constituição de 1988, completamente inserida na atmosfera neoconstitucionalista, em muito tem frustrado os ideais do movimento. Sob a ótica sociológica, o brasileiro não sabe que possui uma Constituição. Não há, no país, um sentimento constitucional unificado, um movimento dialético entre o cotidiano dos cidadãos e o conteúdo constitucional.

Por outro lado, problemática enfrentada por toda ordem de texto legislativo é que o texto escrito não pode abarcar todas as circunstâncias da vida real. Conforme Barroso (2009, p. 49):

[...] É de se reconhecer que o Direito tem limites que lhe são próprios e que por isso não pode, ou melhor, não deve normatizar o inalcançável. O difícil equilíbrio entre o fatalismo e o idealismo jurídicos tem-se rompido no Brasil, em favor da crença desenganada de que no receituário legislativo existem remédios para todos os males. Aí começa a inflação jurídica, da Constituição às portarias, criando uma dualidade irremovível entre o Direito e a realidade.

É preciso aceitar a realidade e admitir que não há uma vontade geral unívoca, como categoria autônoma, resultado de todos os anseios individuais, conforme formulou Rousseau.

O cenário constitucional-capitalista é composto de inúmeros conflitos de interesses quer seja entre os proprietários dos meios de produção, quer seja entre os proprietários da força de trabalho.

Repetindo célebre passagem de Ferdinand Lassale (2009, p. 65), podemos afirmar que

[...] a Constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem a sociedade. Em outras palavras, o conjunto de forças políticas, econômicas e sociais, atuando dialeticamente, estabelecem uma realidade, um sistema de poder: esta é a Constituição real, efetiva do Estado. A Constituição jurídica, mera “folha de papel”, limita-se a, em um documento escrito, converter esses fatores reais do poder em instituições jurídicas, em Direito.

Tal ausência de um sentimento constitucional é fruto também do fato de que a questão constitucional no Brasil caminha em terreno acidentado e incerto, passando pela elaboração de várias Constituições, cada uma sendo repleta de “emendas e remendas”, impedindo o florescimento de um verdadeiro sentimento constitucional que pudesse consolidar a ordem e “popularizar” as promessas contidas na Carta. Conforme Barroso (2009) é desnecessário enfatizar que da cíclica substituição de Textos que não se consolidam resulta inevitável que se depreciem às raias da inutilidade. Sob perspectiva jurídica, a constante variação, gerando incerteza, distancia-se de um dos eixos principais em torno do qual deve gravitar um Estado de direito: a segurança, a estabilidade das relações jurídicas, políticas e sociais. Esta órbita desencontrada não se aproximou, tampouco, como poderia fazer supor um enfoque pendular clássico, da outra coordenada básica, a justiça, em sua realização mais ampla.

Neste norte, a Constituição de 1988 tem representado muito mais um pálio, onde não se busca o caminho, mas sim o desvio, um disfarce arquiteto pelos estamentos dominantes em detrimento da realidade fática, que se consubstancia no amontoado de normas programáticas que consolidam a dificuldade de transportar as disposições e princípios da esfera abstrata para a ordem concreta.

Por mais belas que sejam as disposições contidas na Carta de 1988, podemos concluir que certas normas em virtude da ausência de normatividade suficiente ainda que em última análise sejam dotadas de eficácia jurídica e aplicabilidade, não estão em condições de gerar de forma imediata seus principais efeitos, dependendo, portanto de uma atuação *concretizadora*, conforme passaremos a analisar a seguir.

2.3 A ineficácia constitucional e o papel do poder judiciário

Inicialmente cabe estabelecer um acordo semântico acerca do termo efetividade tratado no presente estudo. Com isso, o que aqui se quer significar nada mais é que a eficácia social de determinada norma ou como afirmou Kelsen (1979, p. 29-30) “o fato de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos”. Exemplificando, temos que uma lei destinada a combater a inflação, por exemplo, será efetiva

quando a inflação for reduzida de forma a produzir efeitos positivos na vida das pessoas.

Partindo deste conceito, abordaremos de forma mais detalhada a questão da efetividade das normas Constitucionais, mais especificamente aquelas normas que estabelecem direitos sociais, analisando posteriormente o papel do Poder Judiciário em outorgar efetividade a tais normas e os riscos decorrentes de tal função.

2.3.1 A problemática da efetividade as normas constitucionais

Aqui, para significar o arcabouço de normas carentes de efetividade, adotaremos o que o professor Marcelo Neves (1994) chama “legislação simbólica”, sendo esta caracterizada por ser normativamente ineficaz, não se concretizar regularmente.

O que se busca aqui significar é que a Carta de 1988 é em grande parte uma Constituição Simbólica, que no mais das vezes apenas acalma os ânimos sociais conciliando o público-espectador e os detentores de poder, tranquilizando as pessoas de que os diversos anseios estão incorporados ao Direito e por ele garantidos. Tal legislação é ainda mecanismo de efeitos políticos, pois livra o sistema de pressões sociais, constituindo respaldo eleitoral para os administradores.

De outro vértice, nos parece que já no artigo 5º, §1º de nossa Constituição, a Constituinte previu o problema da aplicabilidade das normas constitucionais referentes aos direitos e garantias fundamentais, dispondo que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Entretanto qual o real significado e abrangência de tal norma?

Por certo, a despeito da localização topográfica do dispositivo sugerir que o mesmo é endereçado tão somente ao rol do artigo 5º, no presente estudo, compartilhamos da posição de Sarlet (2004, p. 254-255), para o qual

[...] percebe-se, desde logo, que o Constituinte não pretendeu, com certeza, excluir do âmbito do art. 5º, §1º, de nossa Carta, os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais, cuja fundamentalidade – pelo menos no sentido formal – parece inquestionável. Também não há como sustentar, no direito pátrio, a concepção lusitana (lá expressamente prevista na Constituição) de acordo com a qual a norma que consagra a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais abrange apenas os direitos, liberdades e garantias (Título II da CRP) que, em princípio, correspondem aos direitos de defesa, excluindo deste regime reforçado (e não apenas quanto a este aspecto) os direitos econômicos, sociais e culturais do Título III da Constituição portuguesa. A toda evidência, a nossa Constituição não estabeleceu distinção desta natureza entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, encontrando-se todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico.

Neste sentido, tecnicamente a todos os direitos fundamentais constantes da Constituição teriam aplicabilidade imediata, ainda que não inseridos no *catálogo* do artigo 5º, pois a extensão do regime de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais não encontra qualquer limitação constitucional.

Veja-se o exemplo dos direitos de livre associação sindical (artigo 8º) e do direito de greve (artigo 9º), bem como diversos direitos dos trabalhadores insertos no artigo 7º.

Entretanto, por óbvio que o desejo externado pelo Constituinte não logrou o êxito esperado, pois a mera disposição do artigo 5º, §1º não possui por si só capacidade de outorgar aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais.

Conforme afirma Sarlet (2004, p. 257)

Em outros termos, a norma contida no art. 5º, §1º, da CF não teria o condão de impedir que as normas de direitos fundamentais carentes de concretização venham a alcançar sua plena eficácia tão-somente após uma interpositio legislatoris, não gerando, antes que tal ocorra, direito subjetivo para o titular.

Assim, inobstante a disposição insculpida no artigo 5º, §1º, nossa Carta está repleta de direitos e garantias fundamentais que reclamam a atuação concretizadora dos órgãos estatais, especialmente do legislador.

Neste ponto, retomamos a crítica feita às normas de cunho programático (na conceituação de Luís Roberto Barroso), pois o problema da aplicabilidade de tais normas, que na maior parte das vezes trazem direitos fundamentais de suma importância, está ligada à técnica de positivação utilizada pelo constituinte.

Tomando como exemplo a norma insculpida no artigo 205 da Carta de 88 (BRASIL, 1988)

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho,

norma de claro caráter programático, pois se trata de mandamento a ser implementado pelo Estado (direito fundamental à educação) nota-se que se trata de disposição com alto grau de abstração, diretriz geral carente de concretização no plano real para que venha a adquirir sua plena efetividade.

Conforme afirmar Sarlet (2004, p. 259)

De qualquer modo, verifica-se a existência de normas que se restringem a estabelecer programas, finalidades e tarefas mais ou menos concretas a serem implementadas pelos órgãos estatais e que reclamam uma mediação legislativa (queiramos, ou não, chamá-las de programáticas) corresponde, em verdade, a uma exigência do Estado Social de Direito, regra a qual não foge nossa Constituição.

Buscando dar novo sentido às normas programáticas, é preciso assumir posição mais agressiva em relação ao trato da disposição do artigo 5º, §1º, tomando-o como verdadeiro mandamento aos órgãos estatais de maximizar a efetividade dos direitos fundamentais, que investe os poderes públicos na atribuição constitucional de promover condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos.

Novamente Sarlet (2004, p.262) traduz o sentido necessário a se imprimir na interpretação do dispositivo mencionado, colocando no centro da questão o poder Judiciário, como agente concretizador:

[...] em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais em cada caso concreto, o Poder Judiciário encontra-

se investido do poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes sua plena eficácia. A falta de concretização não poderá, de tal sorte, constituir obstáculo à aplicação imediata pelos juízes e tribunais, na medida em que o Judiciário – por força do disposto no art. 5º, §1º, da CF -, não apenas se encontra na obrigação de assegurar a plena eficácia dos direitos fundamentais, mas também autorizado a remover eventual lacuna oriunda da falta de concretização, valendo-se do instrumento fornecido pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, de acordo com o qual: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Tomando as acepções de Sarlet, temos que o Judiciário é o principal órgão no trabalho de concretização dos direitos e garantias fundamentais, vez que possui o poder, reconhecendo, obviamente, seus limites, de agir mesmo onde o legislador silenciou, onde deveria haver uma *interpositio legislatoris*, decidindo de acordo com o caso concreto, viabilizando a fruição dos direitos fundamentais mediante o preenchimento de lacunas e transposição de barreiras técnicas.

Entretanto, o que por vezes presenciamos é tanto o Legislativo como o Judiciário se furtando ao dever de concretizar os direitos e garantias fundamentais, como na decisão prolatada no Mandado de Injunção nº 438, em 11/11/94 onde o Supremo Tribunal Federal decidiu que o artigo 37, inciso VII da Constituição (que trata do direito de greve), carece de intervenção do Legislativo, sendo apenas mandamento ao legislador.

Sobre o caso, compartilhamos do entendimento de Sarlet (2004, p. 266), segundo o qual

[...] entendemos ser questionável o ponto de vista adotado, já que inexistindo, no caso, qualquer obstáculo (como a inexistência de recursos, a necessidade de implementar programas sociais ou econômicos, etc.), a não ser a remissão expressa ao legislador, não haveria justificativa idônea a afastar a presunção da aplicabilidade imediata e plenitude eficaz consagrada no art. 5º, §1º, de nossa Constituição.

Assim, ante as ausências do Estado em assumir a posição que ocupam os direitos e garantias fundamentais, como reclama o movimento neoconstitucionalista, torna-se imprescindível a elaboração de uma teoria direcionada estritamente a controlar a atuação do Poder Judiciário quando suplanta a ausência dos demais poderes.

2.3.2 O papel do judiciário: limites e possibilidades

Como tratamos até o momento, uma vez depositária de todo ideário que visa resguardar condições mínimas e dignas de vida ao povo a Constituição não é uma mera sugestão, mas sim um elemento jurídico único que legitima e vincula o Estado, obrigando-o a cumprir as promessas contidas na Carta.

Neste sentido, acordado o fato de que a deficiência de eficácia dos direitos e garantias sociais contidos na Constituição geram espólios sociais, aumentando a desigualdade entre classes e tornando a Constituição mero pálio à legitimação do poder, urge a necessidade de um novo trato acerca de como as normas Constitucionais (não) são observadas na realidade, em

face das necessidades concretas dos indivíduos.

A execução da “promessa constitucional” depende da criação da norma concreta a partir da fixação do significado de um texto normativo abstrato em relação ao caso concreto e isto importa dizer que é necessária a produção tanto da norma jurídica (direito posto) como da norma de decisão (aplicação da norma).

Portanto, a efetividade das disposições constitucionais, depende em muito da oferta do Estado de condições à sua realização. Conforme averba Neves (1994, p.45), “não estando presentes as condições (‘infraestrutura’) para o uso das ofertas de regulamentação legalmente postas, pode-se falar, então, de ineficácia normativa”.

Neste ponto, retornamos à crítica feita às normas de cunho programático, usando a conceituação de Luís Roberto Barroso, que carecem de regulamentação por leis secundárias, constituindo-se em normas abstratas que representam direitos fundamentais de suma importância, mas que encontram obstada sua plena efetividade. Cabe menção a crítica feita por Bandeira de Mello (2009, p.10):

Não há, estranhar, pois, que os investidos em poder constituinte pelo povo e os que se auto-investem neste papel, por e para se configurarem como representantes do povo vejam-se na contingência de insculpir na Lei Suprema um conjunto de dispositivos que exaltam tanto os direitos individuais como os direitos sociais. Ocorre que a forma mais eficiente de torná-los inoperantes na prática, deliberadamente ou não, é desenhá-los em termos vagos, genéricos, fluidos ou dependentes de normaço-infraconstitucional.

Sempre anotando que o presente estudo não possui qualquer pretensão de completude, tratando-se apenas de singela crítica que propõe a abertura à discussão do tema, nota-se que a concretização das normas constitucionais possui grande limitação na ausência de normatização infraconstitucional, recaindo no mais das vezes tal função saneadora sobre o Poder Judiciário.

Neste sentido, tomando nossa proposta inicial, temos que em situações de urgência, quando o indivíduo tenha, em última análise, seu direito à vida digna (aqui referido com sentido deveras amplo, constituído de todos os demais direitos que o integram), obstado pela ausência da concretização de uma promessa insculpida na Carta constitucional, como no exemplo do direito a greve tratado pelo STF no Mandado de Injunção nº 438, a fruição da norma constitucional deverá ser feita pelo Poder Judiciário. E muitas são as vias processuais previstas no caso nacional para reclamar ao judiciário o dever saneador de concretizar as disposições constitucionais, tal como o *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e até mesmo a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, não sendo porém nosso objeto maior aprofundamento acerca de cada um dos instrumentos.

Conforme aponta Neves (1994, p.78), “nos processos de interpretação da Constituição, estão potencialmente envolvidos

todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos”, entretanto é preciso reconhecer que por vezes todos se furtam a tal dever, ocorrendo um conformismo generalizado.

Destarte, emerge o papel fundamental do judiciário em suprir as omissões que obstam a fruição dos direitos constitucionais por seus destinatários, ainda que isto importe em outorgar ao judiciário o dever de proceder com valorações políticas.

O Estado Democrático de Direito está fundado sobre direitos fundamentais e, uma vez não garantido tais direitos, surge o dever de concretização do órgão mais próximo do povo e ao qual é dado poder para tomar medidas de natureza imediata, qual seja, o Judiciário. O indivíduo não pode esperar ilimitadamente por medidas em longo prazo que concretizem as promessas constitucionais, o texto constitucional precisa de normatividade imediata, cabendo ao Juiz (*lato sensu*) mediar a integração entre o que Müller (2008) chama de programa normativo (dados linguísticos) e âmbito normativo (dados reais), ainda que haja forte crítica acerca desta “judicialização da política”.

Portanto, *v. g.*, se a fome assola o povo ou se há debilidades latentes nos setores da saúde e educação que contradizem as disposições constitucionais, ou seja, se o texto constitucional não é suficientemente concretizado seja por ausência legislativa infraconstitucional, seja por ausência de políticas públicas, o indivíduo pode e deve socorrer-se ao judiciário.

Uma vez reclamada, a atuação do Juiz deve se dar norteada pela realidade, onde, guiado pelos elementos linguísticos contidos na letra da lei, deverá enquadrar o conjunto de dados empíricos relacionados à norma ao caso concreto, possibilitando, ao mesmo tempo, efetiva concretização da norma ao caso concreto (norma de decisão) e posterior *feedback* da decisão, ou seja, uma análise dos fundamentos que levaram à produção da norma, representando um controle racional à atuação do Judiciário.

Neste ponto reside questão periclitante: qual o risco da outorga de determinado “poder” ao Judiciário e como controlar tais decisões, de forma a preservar a separação de poderes e rechaçar discricionariedades indevidas. *Quis custodiet ipsos custodes?*

Para citar alguns exemplos, florescem na jurisprudência decisões emanadas do Poder Judiciário que determinam a criação de vagas em escolas públicas, o fornecimento gratuito de determinado medicamento ou tratamento, a desapropriação de terras improdutivas em prol da reforma agrária, atendendo ao dispositivo que estabelece a função social da propriedade, entre outros, que visam dar real efetividade ao texto constitucional mas que, ao mesmo tempo, invadem de forma considerável a esfera dos demais poderes e tais decisões merecem especial atenção.

Uma vez que o texto constitucional não é suficiente para determinar o atuar político-estatal e as debilidades do modelo liberal passam a negar a efetividade das promessas

constitucionais, afetando os seres humanos por de trás das estatísticas, o Judiciário assume o papel de elemento transformador, sendo, no entanto, premente a necessidade de controle pela exigência de uma fundamentação detalhada e demonstrada do processo interpretativo, garantindo assim metodologicamente a demarcação dos passos a serem seguidos no processo de concretização, de forma a tornar o processo de decisão claro, coerente e controlável, rechaçando subjetivismos temerários.

Após debruçarmo-nos sobre o tema proposto, seria presunção demasiada chegar a uma conclusão sobre questão tão problemática e que certamente demanda estudo mais aprofundado e extenso, de forma que cabe apenas tecer algumas considerações finais.

Da análise de nossa acidentada história constitucional, exsurge que a falta de concretização normativa do texto constitucional sempre esteve presente no país, causando o distanciamento entre a realidade nacional e o idealismo contido no texto constitucional. Há um perene idealismo utópico, composto de inúmeras boas intenções, entretanto a questão da concretização dos respectivos princípios sempre foi relegada ao segundo plano, gerando, no mais das vezes, documentos que em nada refletiam a realidade experimentada pelo povo e que serviam quando muito para legitimar o poder posto, como menciona Neves (1994, p.57):

[...] a ‘Constituição nominalista’ de 1891 atuava como meio de identificação simbólica da experiência político-jurídica nacional com a norte-americana (EUA), construindo-se a imagem de um Estado brasileiro tão ‘democrático’ e ‘constitucional’ como o seu modelo. No mínimo, a invocação retórica dos valores liberais e democráticos consagrados no documento constitucional funcionava como álibi dos ‘donos do poder’ perante a realidade social ou como ‘prova’ de suas ‘boas intenções’.

Portanto, na linha de “produção constitucional” nacional, o país experimentou farta tutela de direitos, com positivação de diversas garantias tanto no que se refere ao estabelecimento de procedimentos constitucionais para a solução jurídica de conflitos ou à previsão de mecanismos específicos de regularização jurídica política, de forma que o próprio legislador constitucional previu que no art. 5º, §1º da Constituição de 1988 que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Trata-se, pois, de clara tentativa de evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que se tornem letra morta no texto constitucional.

Entretanto, o problema maior surge em relação à concretização constitucional, a começar pela falta de identificação tanto entre o povo e o teor constitucional, como entre os próprios estamentos políticos e a Constituição. Conforme averba Neves (1994, p.159)

A prática política e o contexto social favorece uma concretização restrita e excludente dos dispositivos constitucionais. A questão não diz respeito apenas à ação da população e dos agentes estatais (eficácia), mas também à vivência dos institutos constitucionais básicos. Pode-se afirmar que para a massa dos ‘subintegrados’

trata-se principalmente da falta de identificação de sentido das determinações constitucionais.

Neste norte, certamente a previsão contida no art. 5º, §1º da Constituição não possui, por si só, força suficiente para transformar todos os direitos fundamentais em normas imediatamente aplicáveis e dotadas de plena eficácia, mormente em relação a preceitos genéricos contidos em normas de caráter programático, que dependem de uma *interpositio legislatoris* para alcançarem sua concretização.

3 Conclusão

Assim, defendemos que na ausência do legislador em propiciar a concretização de direito fundamental (contido ou não do catálogo do art. 5º) gerando situações de urgência, onde o indivíduo veja ameaçado seu direito fundamental a vida digna, este pode e deve socorrer-se ao judiciário para ver seu direito concretizado.

Apesar de não ignorada no presente estudo, entendemos que a discussão acerca do tema da temerária invasão do poder judiciário na esfera administrativa, em face de ações e omissões deste para efetivação dos direitos fundamentais por meio dos tribunais deve ser colocada em segundo plano quando cada vez mais cidadãos são privados de direitos fundamentais plenamente abarcados pela Constituição. Como dantes mencionado, a partir do momento em que o Direito não mais apresenta respostas aceitáveis aos problemas sociais é necessária uma revisão da forma pela qual se comunica com a realidade.

Neste sentido, a atuação do judiciário é de suma importância, aliando ativismo e racionalidade. Propor que o judiciário, por meio dos atores mais próximos do povo que são os juízes em sentido amplo, atue dentro de um molde que reconhece que o texto constitucional é de *per se* inócuo e que só existe em face de um caso concreto é propor uma nova hermenêutica que rompe com a zona de conforto criada pelo pálio do simbolismo da Constituição.

Além de permitir a real produção na norma de decisão, outorgando ao texto da Lei maior normatividade em relação ao caso concreto, onde o cidadão experimente na pele as consequências das promessas não cumpridas pelo Estado Social, é de extrema importância imprimir a tal processo a possibilidade de controle técnico-racional da ação do judiciário, enquadrando sua atuação dentro de regras regidas pelo texto da lei que evitam possíveis decisionismos.

Portanto, a proposta de se ampliar os poderes do Judiciário a fim de possibilitar-lhe dar efetividade às promessas constitucionais, nos parece uma estrela em um céu de nefasto

negrum, onde a sociedade é assolada pelo descaso das governanças públicas, gerando um paradoxo entre a realidade e o texto constitucional.

Referências

- BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARROSO, L.R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BORNHOLDT, R.M. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2005.
- DIMOULIS, D. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- DIPPEL, H. *História do constitucionalismo moderno, novas perspectivas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- ITE, G. Constitucionalismo e sua história. *Boletim Jurídico*, v.5, n.219. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1773>> Acesso em: 19 jun. 2013.
- LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LENZA, P. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LIMA, M.M.'A.B.; ALBUQUERQUE, P.A.M. *Democracia, Direito e Justiça: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito, 2006.
- LOIS, C.C. A teoria constitucional no limiar do século XXI: mudança política e crise de racionalidade. In: ANUARIO DE DERECHO CONS-TITUCIONAL LATINOAMERICANO. Montevideo: Konrad Adenauer, 2003.
- MARTINS, R.S. Constitucionalismo. *Jus Navigandi*, v.3, n.27, 1998. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/85>>. Acesso em: 19 jul.2013.
- MÜLLER, F. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2004.
- MÜLLER, F. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e à metódica estruturantes do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MÜLLER, F. Teoria estruturante do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NEVES, M. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- STRECK, L.L. *La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales-sociales*. Disponível em <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/6.pdf>> Acesso em: 19 jun. 2013.
- KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1979.
- SARLET, I.W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- TEIXEIRA, J.H.M. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

