

A constituição do Estado e da sociedade: uma análise da força normativa da constituição brasileira de 1988

THE CONSTITUTION OF THE STATE AND SOCIETY: AN ANALYSIS OF THE BRAZILIAN FORCE REGULATIONS 1988 CONSTITUTION

Renato Bernardi *
Flávio Pierobon **

* Renato Bernardi: Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino – ITE (2003). É Coordenador do PROJURIS Estudos Jurídicos Ltda. Professor efetivo do curso de Pós-Graduação stricto sensu – Mestrado – e do curso de Graduação da Faculdade de Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Campus de Jacarezinho. Professor dos cursos de pós-graduação lato sensu – Especialização – do PROJURIS/FIO. Coordenador da Escola Superior da Advocacia (ESA) da 58ª Sub-seção da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) - Ourinhos/SP. bernardi@uenp.edu.br

** Flávio Pierobon: Professor universitário da Faculdade Arthur Thomas, mestrando em Direito pelo Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, especialista em Direito Constitucional PUC/PR, especialista em Filosofia Moderna e Contemporânea pela UEL, especialista em processo civil pelo IDCC/Unifil. pierobonflavio@gmail.com

Resumo: A Constituição brasileira teve o seu papel dentro do ordenamento jurídico alterado. Deixou de ser uma Constituição que organiza o Estado para ser uma Constituição que regula a vida da sociedade. Passou a ser o documento que estabelece o roteiro para o exercício do poder político e não apenas a limitação do exercício desse poder, como no modelo do Estado de direito liberal. Contudo, esse fato traz questionamento acerca da capacidade – fática/real – de a Constituição ordenar a vida do Estado, ou seja, a capacidade – e até a legitimidade – de a Constituição de um tempo reger a vida das futuras gerações, orientando por meio de programas normativos as escolhas que deverão ser feitas pelos poderes políticos. Esse embate passa pela análise da eficácia da Constituição, ou seja, pela capacidade que a Constituição tem de vincular as escolhas políticas e as decisões judiciais através das suas normas. Essa análise requer o reconhecimento do tempo histórico em que a Constituição brasileira foi concebida, bem como aquilo que os efeitos jurídicos e sociais que decorrem da opção de se fazer uma Constituição Dirigente.

Palavras chave: Constituição, normas programáticas, neoconstitucionalismo, judicialização da política.

Abstract: The Brazilian Constitution had its role within the amended law. Longer a Constitution which organizes State to be a constitution that regulates the life of society. Became the document that sets out the roadmap for the exercise of political power and not just limiting the exercise of that power, as in the model of liberal rule of law. However, this fact brings -fact/real-questioning the ability of the Constitution to order the life of the state, or, the ability - and even the legitimacy of the Constitution - a rule the life of future generations while guiding

through normative choices that must be made by the political powers programs. This clash is an assessment of the effectiveness of the Constitution, or , the ability of the Constitution is to link policy choices and judgments through its standards . This analysis requires the recognition of historical time in which the Brazilian Constitution was designed, and what the legal and social effects arising from the option of making a Construction Manager.

Keywords: Constitution, Discretion, neoconstitucionalismo, judicialization of politics.

INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 vem se afirmando como uma Constituição perene e estável. Não é comum ouvir falar seriamente em uma nova Constituição. Contudo, ainda pende em relação a atual Constituição uma maior eficácia de suas normas. O tema já batido e debatido no campo acadêmico não deixa de ser atual, exatamente porque a Constituição Brasileira ainda se faz atual.

Não é uma Constituição velha e nem completamente nova, tendo sido experimentada em situações de crise institucional e sobrevivido com vigência intacta. Não é difícil citar ocasiões em que a Constituição foi dobrada – interpretativamente – para atender a interesses de outra natureza, que não meramente jurídicos ou sociais, envergou, mas não quebrou. A rigidez e a capacidade de imposição da Constituição é algo que se constrói com o tempo.

O problema é que a cada dia que passa há no Brasil pessoas completamente à margem dos direitos e garantias estabelecidos pela Constituição, e quando se fala de proteção ao ser humano, cada dia que se passa à margem da justiça ou da dignidade é um pedaço da vida humana que o tempo não permite retomar.

Assim, o presente trabalho se ocupa de analisar a capacidade da Constituição atual de ser efetiva. Uma parte da efetividade da Constituição depende da atuação das instituições criadas pela Constituição e, por isso, será analisada a relação havida entre a atuação do Poder Executivo na implementação de políticas públicas – sob o pálio da discricionariedade – e a capacidade que a Constituição tem de, em tese, vincular as escolhas políticas feitas pelos membros do Poder Executivo.

Desta forma, o presente trabalho visa fazer uma análise da característica da programaticidade da Constituição e da sua capacidade de gerar efeitos. Tomará por base uma análise doutrinária acerca daquilo que já se tratou sobre o tema.

1. A POSIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

É inegável que há um descompasso entre o Estado estabelecido na Constituição Brasileira e a sociedade que ela rege. No todo ou em segmentos é possível descrever descompassos flagrantes entre a Constituição e a realidade

social que ela visa normatizar. Para ficar em um exemplo atual, é flagrante a distância entre o texto normativo constitucional acerca das condições de cumprimento de penas no Brasil (Art. 5º, LXVIII) e a realidade carcerária.

É óbvio que o problema não se resolverá com teorias, é necessário que haja uma atitude proativa do poder público – e da população – para resolver esse problema. Mas isso, também passa por aquilo que se entende por Direito, democracia e justiça.

Sendo assim, causa bastante curiosidade o significado da Constituição e a sua posição no ordenamento jurídico pátrio, pois, talvez, a falta de vinculação das normas constitucionais com a realidade social esteja um pouco ligada com o que se entende, mesmo em campos teóricos, por Constituição.

Por meio da Constituição Federal de 1988 retomou-se a democracia, após quase três décadas de ditadura e relativa ausência de direitos fundamentais, optou-se por uma Constituição extensa, analítica, com normas programáticas e com pretensão dirigente. A Constituição de 1988 é atual, com amplo controle de constitucionalidade, extenso rol de direitos fundamentais (individuais e sociais), com a economia vinculada à justiça social, além de outras várias características que lhe dão o tom contemporâneo.

No Brasil, pode-se dizer que se tem uma dogmática constitucional e uma norma jurídica (a própria Constituição) capaz de ser plenamente eficaz. Veja-se que a Constituição Brasileira está estabelecida dentre aquelas constituições contemporâneas, elaboradas historicamente após períodos longos de ditadura, ou seja, surgiram como um renascer democrático e, pela localização histórica, foram elaboradas já sob os padrões mundiais de conquistas de direitos advindas do pós-guerra.

Neste sentido, segue na esteira da Constituição alemã e portuguesa, talvez suas maiores influências. Com isso, não é uma Constituição formal, criada apenas para organizar a estrutura estatal e assegurar alguns poucos direitos individuais contra a atuação do Estado. Essa fase, em tese, já passou.

Importante ressaltar, como faz Brene (2013), que a Constituição Brasileira sofre uma maior influência da Europa do que da América-latina, em que pese ser possível, por meio da amplitude normativa e semântica dos princípios que alberga conceber alguma aproximação ao novo constitucionalismo latino-americano.

Ao largo das influências à Constituição, é possível constatar que a Constituição Brasileira de 1988 não se limita a reger a vida do Estado, vai além para ser uma Constituição para a sociedade, reclamando aplicação nos casos

concretos, gerando efeitos até mesmo nas relações onde o Estado está aparentemente ausente – como, por exemplo, nas relações entre particulares.

Contudo, mesmo após um período normal de amadurecimento, olha-se para a realidade estatal e não se encontra ainda um reflexo do modelo de Estado democrático e social de direito estabelecido na Constituição.

Se no texto constitucional optou-se por um modelo de Estado e de direito contemporâneos, grande parte do estrato social ainda vive, em alguns aspectos, no fim da Idade Média, carentes, em alguns casos, até mesmo de acesso a justiça ou de proteção a liberdade. Entretanto, pode-se dizer, de forma convicta, que a ausência de efetividade constitucional não é um problema da Constituição.

A efetivação das normas constitucionais depende muito mais da atuação dos agentes estatais do que normas constitucionais que possibilitem essa efetivação. A Constituição de 1988 é repleta de ferramentas aptas a possibilitar a efetivação das normas constitucionais, falta, no entanto, uma maior vontade de Constituição (HESSE, 1991, p.20).

O ponto a que se quer chegar é o seguinte: a Constituição Brasileira é uma Constituição que deve ser concebida em qual sentido? Presume-se que dessa resposta possa haver uma fagulha de luz que ilumine as causas pelas quais uma Constituição democrática e com vigência inquestionável, não encontra na sociedade um reflexo daquilo que se estabeleceu juridicamente, sendo que visivelmente optou por ser uma Constituição dirigente e não uma Constituição meramente organizatória da atuação do Estado.

É importante ressaltar, como bem faz Streck (2009, p. 63), que a concepção de direito que ainda se tem no Brasil está calcada na ideia de direito do século XVIII, enquanto que a estrutura jurídica estabelecida pela Constituição concebe um Estado contemporâneo, pautado na dignidade da pessoa humana que tem seus entornos estabelecidos mais completamente após a segunda guerra mundial.

Assim, as palavras de Hesse (1991, p, 19) no seu já famoso livro “A força normativa da Constituição”, parecem hoje ainda mais atuais, pois não basta que a Constituição se lance como norma hierarquicamente superior, nem mesmo que normatize sobre isso, é necessário que a Constituição se faça Constituição.

Aqui também vale a lição, sempre elegante, de Luiz Edson Fachin (2008) “uma Constituição não nasce Constituição, ela se faz Constituição”.

Salienta-se, como faz Hesse (1991, p.24), que a Constituição não está dissociada do seu contexto histórico, mais do que isso, o contexto histórico deve ser levado em consideração na análise e na busca da eficácia constitucional.

Sendo assim, é imperioso salientar qual é o momento histórico da Constituição Brasileira.

2. A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO E DA SOCIEDADE: ENTRE O CONSTITUCIONALISMO MODERNO E NEOCONSTITUCIONALISMO

Como se disse, a Constituição Brasileira deve ser concebida no sentido mais atual de Constituição, ou seja, desvinculada daquela ideia de Constituição desenvolvida no século XVIII, voltada exclusivamente a limitar o Poder estatal e a assegurar um mínimo de direitos individuais. A doutrina tem chamado de neoconstitucionalismo a nova corrente teórica de concepção da Constituição.

Assim, é importante que se delimite o que é esse neoconstitucionalismo. Para tanto, cita-se a lição preliminar de Eduardo Cambi (2007, p. 2):

A expressão “neo” (novo) permite chamar a atenção do operador do direito para mudanças paradigmáticas. Pretende colocar a crise entre dois modos de operar a Constituição e o Processo, para, de forma crítica, construir “*dever-seres*” que sintonizem os fatos sempre cambiantes da realidade ao Direito que, para não se tornar dissociado da vida, tem de se ajustar - sobretudo pela hermenêutica - às novas situações ou, ainda, atualizar-se para apresentar melhores soluções aos velhos problemas.

O neo significa novo em relação a algo que está superado. Ainda sobre a expressão Neoconstitucionalismo, vale citar Luis Roberto Barroso (2005):

Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus.

O neoconstitucionalismo, como é evidente, opõe-se ao antigo constitucionalismo, melhor dizendo, ao constitucionalismo moderno, enquanto modelo liberal de concepção da Constituição e do Direito. O neoconstitucionalismo supera o paradigma do constitucionalismo moderno (que

vai do Estado mínimo liberal ao Estado social sempre pautado na ideia de limitação do poder Estatal) que, por sua vez, superou o paradigma do constitucionalismo antigo (de uma sociedade estamental e, muitas vezes mantida mais pela força do que pelo Direito, que culminou no Estado Absoluto pós Idade Média).

É importante dizer que isso não é uniforme ou único em todas as partes do mundo, não passa de uma forma de tentar conceber teoricamente aquilo que ocorre de diferentes formas e em tempos diferentes, em várias partes do lado ocidental do mundo.

De acordo com Canotilho (2003, p. 51) o certo é falar em vários movimentos constitucionalistas, pois não há apenas um movimento constitucionalista uniforme e equivalente em todo o mundo ocidental.

Assim, se isso era válido para o constitucionalismo moderno, não deixou de sê-lo para o neoconstitucionalismo (SARMENTO, 2009, p. 12), tanto mais quando se leva em consideração que há países, como o Brasil, que o neoconstitucionalismo começa a ganhar contornos antes mesmo de haver se completado o ciclo do constitucionalismo moderno (STRECK, 2009, p. 64).

Ainda, é importante dizer que o neoconstitucionalismo parte de premissas diferentes do que aquelas de que partiu o constitucionalismo moderno. O mote dos movimentos constitucionalistas do século XVIII é diferente, pois o *ancien regime* era absolutista, o Estado era inimigo do sujeito e era esse o paradigma a ser superado. Nesse sentido, vale lembrar a lição de Paulo Bonavides (2004, p.40):

Na doutrina do liberalismo, o Estado sempre foi o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade.

Foi assim que o trataram os primeiros doutrinários do liberalismo, ao acentuarem deliberadamente, essa antinomia.

Na base da estruturação do Estado moderno e conseqüentemente do constitucionalismo do século XVIII, está uma forte construção teórica e ideológica. O constitucionalismo moderno vai lançar mão das teorias do liberalismo econômico (Adam Smith e a riqueza das nações), do direito natural e do positivismo jurídico – numa simbiose que culminará no Estado de Direito – e filosoficamente vai lançar mão do racionalismo, construído a partir do contratualismo – de Hobbes a Rousseau –, construída em cima do paradigma da consciência de base Kantiana.

O positivismo jurídico que se apossa da estrutura do Estado moderno vai assegurar que as liberdades individuais sejam respeitadas por meio da lei, instituindo, pois, um *government by law*, limitando a atuação do Estado à lei, mas ao mesmo tempo, impedindo a realização de políticas e “programas de ação de longo prazo”, algo que só vai ser superado com a formação do Estado social de direito. (BERCOVICCI, 1999, p. 36).

Para Brene (2013), a superação do positivismo será o mote do neoconstitucionalismo por meio de uma “reestruturação teórica em face do positivismo jurídico naquilo que é chamado de escolas – correntes – pós-positivistas ou neopositivistas”.

Vale lembrar que essa construção do constitucionalismo moderno tem origem na Europa ocidental, visto que o constitucionalismo americano tem causas e consequências distintas e que influenciarão a forma de conceber o direito constitucional no Brasil, apenas quando da concepção neoconstitucional após a segunda guerra Mundial (SARMENTO, 2009, p.12).

O paradigma a ser superado pelo neoconstitucionalismo então é outro, vale dizer, a desconfiança gerada no ser humano após as duas guerras mundiais passa a exigir dos ordenamentos jurídicos uma postura mais ativa e não apenas voltada para políticas sociais, mas nos sentido de incluir na própria razão de ser do Estado uma reaproximação entre direito e moral (SARMENTO, 2009, p. 10).

Como bem salienta Sarmento (2009, p. 11), há uma “ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política” entre aqueles doutrinadores que se denominam neoconstitucionalistas, bem por isso, há uma variada seleção de características do neoconstitucionalismo.

Conforme ressalta Luís Roberto Barroso (2010 p. 262), o neoconstitucionalismo visa atribuir força normativa à Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e uma reelaboração da teoria da interpretação constitucional, o que coloca o Poder Judiciário no papel de protagonista na busca pela efetivação das normas constitucionais, posto que toda discussão judicial deverá passar agora pelo crivo da validade constitucional.

Nesse ponto cabe um esclarecimento. Na Europa o constitucionalismo moderno legou uma supremacia às leis infraconstitucionais e não à Constituição, isso não acontece no constitucionalismo americano, onde a Constituição desde o primeiro dia de vigência é concebida como uma norma jurídica hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento jurídico (SARMENTO, 2009, p. 13-14).

Assim, após as duas guerras mundiais, percebendo-se a necessidade de diminuir a autonomia do Legislador, elevou-se para a Constituição um conteúdo menos formal e mais substancial da vida do Estado, além disso, passou a conceber a Constituição como norma jurídica capaz de ser aplicada diretamente nos casos concretos, sem a intermediação da legislação infraconstitucional (eficácia horizontal dos direitos fundamentais *p.e*), criando-se um mecanismo mais efetivo de controle de constitucionalidade que recairá quase sempre sobre o Poder Judiciário. Aqui está a aproximação do constitucionalismo americano com o neoconstitucionalismo de raiz europeia.

Além dessas características acima indicadas, é possível encontrar na doutrina outros aspectos que dão ao neoconstitucionalismo um aspecto próprio¹.

Nesse sentido, citam-se as características estabelecidas por Cambi (2007, p. 6-22), Sarmento (2009) e Lenio Streck (2010)², as quais vão, com alguma diferença, dar ênfase à força normativa da Constituição, aumento da atuação do Poder Judiciário e uma concepção atual de interpretação constitucional que, nas palavras de Cambi (2007, p. 17), não abandonou os antigos métodos interpretativos, mas os revitalizou, lançando mão da teoria dos princípios.

Pode-se dizer que no Brasil o texto constitucional adota uma postura mais ativa, adequada com as características acima indicadas. Note-se que mais do que uma construção teórica sobre a força normativa da Constituição o texto constitucional Brasileiro se faz expresso quanto a sua pretensão de aplicabilidade (art. 5º, § 1º), bem como estabelece amplo rol de ações capazes de reivindicar a eficácia de normas constitucionais, em especial diante de omissões advindas dos órgãos estatais (art. 5º, LXXI, art. 103, §2º), o que acaba por favorecer uma constitucionalização do direito e uma Judicialização dos conflitos (CAMBI, 2007.p.8)

Além disso, a característica da Constituição permite que praticamente todas as questões políticas sejam encaminhadas para o poder Judiciário, o que já faz surgir no Brasil uma doutrina de limitação do poder Judiciário. Vale dizer que essa característica do neoconstitucionalismo é acentuada no Brasil, visto

¹ Como dito, dentro do neoconstitucionalismo há várias correntes filosóficas e de filosofia política, bem por isso, as características do neoconstitucionalismo serão bastante variados. Entre as concepções de neoconstitucionalismo pode-se citar a divisão entre os positivistas e os não-positivistas, bem como dos positivistas inclusivos como uma divisão dos grupos dos positivistas. Quanto a essa divisão o ponto de divergência está na existência de uma conexão entre o direito e amoral. Ainda se pode citar como questões subjacentes ao neoconstitucionalismo questões como procedimentalismo e substancialismo, comunitarismo e construtivismo ético, além de outras discussões que vem com o paradigma neoconstitucional.

² Em posfácio ao livro de Écio Oto Ramos DUARTE e Susanna POZZOLO, intitulado Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição.

que o Poder Judiciário, mesmo com erros e acertos, tem recepcionado essa tendência de Judicialização dos conflitos.

Ainda nesse sentido, são várias as decisões judiciais que enaltecem a necessidade de o Poder Judiciário, sobremaneira o STF, atuar ativamente na concretização da Constituição, cita-se dentre outros a ADPF 45, cujo voto do Ministro Celso de Mello dá demonstrações claras da necessidade de o Poder Judiciário ser proativo na tutela de direitos fundamentais, exatamente para evitar que a Constituição peque naquilo que é a sua maior qualidade, uma Constituição democrática e garantidora de direitos fundamentais.

Veja-se parte do voto do Ministro Celso de Mello:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do poder Judiciário - e nas desta Suprema corte em especial- a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...], pois, nesse domínio, o encargo reside primeiramente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora com bases excepcionais poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [...] o caráter programático das regras inscritas no texto da carta política ‘não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria lei fundamental do Estado’.

Nesse particular, a participação do Poder Judiciário ganha realce, pois poderá significar a ordem concreta que estabelece, na prática, o programa constitucional estabelecido através das normas de direitos fundamentais.

A atuação do Supremo Tribunal Federal na efetivação dos direitos fundamentais realça a nova fase do direito Brasileiro, onde o Poder Judiciário assume papel preponderante na solução de conflitos sociais e, neste contexto, o juiz se torna “protagonista direto na questão social” (VIANA, 2007, p. 41).

Veja-se que tudo isso só é possível diante de uma concepção de Constituição válida e eficaz. Porém, a eficácia da Constituição depende, nas palavras de Hesse (1991, p.20), de uma Constituição cujo conteúdo corresponda com a natureza singular do presente, ou seja, é necessário que a Constituição incorpore o espírito do seu tempo, tenha capacidade de adequar-se a uma

eventual mudança de tais condicionantes, apresente princípios constitucionais possíveis de serem realizados e, por fim, não “assente-se numa estrutura unilateral”, deve, pois, ter a capacidade de conceber o oposto do que positivou como contrapartida.

Contudo, a força normativa da Constituição depende, nas palavras de Konrad Hesse (1991, p. 19), de três elementos para que se estabeleça aquilo que o autor alemão chamou vontade de Constituição, a saber:

Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. .

Nesse sentido, é importante a lição de Bercovicci (1999, p. 36), que bem entende o constitucionalismo moderno (aquele estabelecido a partir das ideias dos teóricos do século XVIII) como um período em que a função da Constituição é de impedir “que o Estado faça o mal, isto é, ameaçar as liberdades individuais”, além é claro de estabelecer uma estrutura mínima de organização estatal.

A Constituição Brasileira vem em outra seara, ou seja, deixa de ser um mero inibidor de condutas maléficas por parte do governante (do Estado) para orientar a atuação do governante. Ainda é Estado de direito, mas Estado social de direito, mais ainda, Estado democrático de direito (STRECK, 2009, p. 64).

Um dos problemas advém exatamente dessa passagem ideológica de Estado e de Direito. Para Streck (2009, p. 63), o Brasil passou do Estado liberal para o Estado democrático de direito sem que tenha havido uma verdadeira passagem dogmática e real do paradigma filosófico liberal da consciência para o paradigma da linguagem.

Dito de outra forma, o que está escrito na Constituição ainda não vale como está escrito, pois a forma de conceber o direito ainda está calcada no sujeito e não na linguagem, e as instituições e as leis ainda são aquelas que valorizam excessivamente o indivíduo.

Contudo, é necessário romper o paradigma da consciência, para conceber o direito a partir do paradigma filosófico da linguagem, pois as demandas sociais

agora são outras e os juízes, a doutrina e a lei não podem mais conceber o direito Brasileiro com os olhos do século XVIII (STRECK, 2009, p. 63).

Ainda é de se esclarecer que a Constituição Brasileira não é por um todo inefetiva ou efetiva, ou seja, enquanto Constituição está alçada ao patamar mais alto do ordenamento jurídico, não padecendo de qualquer legitimidade popular. No entanto, há na Constituição normas efetivas e normas destituídas de qualquer eficácia.

Nesse sentido, bem lembra Barroso (2010, p. 3), que há normas jurídicas que ganharam nesses últimos anos plena efetivação. Isso se deu, em muito, pela capacidade de judicializar direitos constitucionais, ou seja, deve-se à recepção pelo poder Judiciário da discussão de questões constitucionais como direitos subjetivos.

O professor carioca ainda adverte, é possível que nessa matéria da efetividade, em relação a alguns direitos sociais, se possa “morrer de cura”, ou seja, aquilo que deu efetividade ao direito pode ser exatamente a causa do problema, isso em relação àquilo que convencionalmente se chama de Judicialização da política.

Com isso, pode-se dizer que a judicialização da política foi uma conquista do neoconstitucionalismo, mas a prática em países como o Brasil mostra um desvirtuamento daquilo que se buscou com a passagem dos problemas políticos para o âmbito do judiciário, visto que os limites da jurisdição passa agora a ser um dos problemas a ser resolvido pelo próprio direito.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

É importante estabelecer mecanismos para identificar o que é conhecido em campos doutrinários como Judicialização da política e quais os efeitos desse fenômeno para o tema que se está a discutir.

Como se disse, a Constituição Brasileira situa-se dentre aquelas constituições contemporâneas, complexas e amplas. Como tratou de vários temas, subtraíu do campo político muitas escolhas que outrora dependiam de escolhas feitas pelo viés político.

Dessa forma, ao constitucionalizar questões que outrora pertenciam ao campo de debate e de escolha exclusivamente político, tornou jurídico aquilo que era político, mais ainda, retirou do campo das escolhas políticas a apreciação e o cuidado de tais questões, isso porque a Constituição assume papel eminentemente programático e dirigente, no sentido de dar aos dispositivos nela positivados um mínimo de eficácia que deve ser alcançado, o que, muitas vezes acaba sendo tratado por meio de ação judicial.

Em algum aspecto é possível verificar que o Judiciário, por conta dessa Judicialização de questões políticas, tornou-se cenário para discussões de natureza política, ou seja, é possível considerar que um partido político minoritário no Congresso Nacional quando não vence na seara política tem mecanismos de discussão, em igualdade, no âmbito do Poder Judiciário (VILHENA, 2008, p. 453).

Assim, pode-se dizer que a passagem da tomada de decisões políticas do Poder Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário é fenômeno mundial (BARROSO, 2010, p. 3). Contudo, no Brasil há algumas peculiaridades que devem ser ressaltadas.

Primeiramente deve-se entender qual o fenômeno que se está a analisar, ou seja, no Brasil se está diante de um caso de ativismo judicial ou de uma Judicialização da política?

Talvez, no caso Brasileiro, se esteja tratando de ambos, ou seja, uma judicialização que decorre da própria estrutura institucional do Estado Brasileiro e um ativismo que tem raízes muito mais profundas, parte na ineficiência do Poder Legislativo e parte na falta de competência dos membros do Executivo, o que proporciona um campo propício para que o Judiciário seja chamado a decidir sobre questões que inicialmente não demandam uma análise e conseqüentemente uma resposta tal como a que o Poder Judiciário tem condições de dar.

Como diz Barroso, judicialização da política e ativismo judicial são primos, mas não são iguais, têm características e causas diferentes. (BARROSO, 2010, p.6).

Para Barroso (2010, p.3-4), a judicialização da política no Brasil decorre do próprio modelo institucional implantado a partir de 1988, tendo, como principais características a redemocratização do país a partir de 1988, a constitucionalização abrangente de temas que antes não pertenciam a Constituição e o amplo sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, com um sistema híbrido ou misto de controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

Para o professor carioca a judicialização pode ser assim classificada:

‘Judicialização’ significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso nacional e o Poder Executivo (...). Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Como salienta Oscar Vilhena (2008, p 451), “tudo no Brasil parece exigir uma ‘última palavra’ do Supremo Tribunal Federal” isso decorre, como é sabido, da própria estrutura institucional adotada pelo Estado Brasileiro, bem como, pela necessidade que alguns casos apresentam quanto a necessidade de análise política para a solução da lide, como ressalta Dworkin (2001, p. 6) “os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político”, isso porque a própria Constituição trouxe para o campo jurídico questões que historicamente pertenciam ao campo político, mas as causas pelas quais o fez, tem se mostrado justificadas com as contínuas condutas tomadas pelos poderes políticos no Brasil.

Isso, no entanto, é diferente do ativismo judicial. Aliás, até mesmo as origens distintas. Enquanto o ativismo judicial tem suas origens na Espanha e na Itália (SARMENTO, 2009, p. 11), a Judicialização da política tem a sua origem no direito norte americano (BARROSO, 2010, p.6).

Quanto ao ativismo judicial, Barroso (2010, p.6) esclarece que trata-se de “uma atitude”, uma “escolha de modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandido o seu sentido e alcance”.

Para o professor carioca, o ativismo judicial se caracteriza por algumas condutas que em sua opinião são:

- (i) A aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independente de manifestação do legislador.
- (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2010, p.7).

A atuação mais ativa ou com mais autocontenção³ do Poder Judiciário depende da atuação mais ou menos efetiva dos poderes políticos, ou seja, em caso de os poderes políticos cumprirem devidamente com seus compromissos constitucionais, o Poder judiciário desincumbe-se que atuar em “substituição” aos referidos órgãos. (BARROSO, 2010, p.9)

Dito de outra forma, a Constituição Brasileira, excelente Constituição, é propícia para a Judicialização, ou seja, o fato de ser analítica e de ter

³ A doutrina chama de autocontenção o oposto do ativismo judicial, vale dizer, quando o judiciário em lugar de adotar uma postura ativa, atua de modo a não “interferir nas ações de outros poderes” (BARROSO, p. 7).

texto que reclama interpretação permite que muitas vezes não seja possível extrair do texto constitucional uma única interpretação possível.

É de se ressaltar que isso é possível mesmo diante do paradigma da linguagem, ou seja, mesmo que todos reconheçam o significante descrito no texto normativo constitucional, ainda assim é possível que o texto não tenha um significado unânime.

Desta forma, vale dizer que o fato de a Constituição Brasileira ser uma Constituição atual, programática e dirigente é também a causa do aumento da atuação do Poder Judiciário, em especial em questões políticas.

Além disso, verifica-se que em Estado como o Brasileiro, a tese da Constituição dirigente⁴ parece ainda prevalecer como bem afirma Lenio Streck (1999, p. 51) tanto mais porque o Brasil ainda não alcançou sequer um estágio mínimo de evolução na garantia de direitos fundamentais.

Por outro lado, se a judicialização da política merece algumas críticas, em especial quando acompanhadas de um ativismo judicial descolado do texto constitucional, é de se ressaltar que o STF tem obtido acerto nas recentes decisões em que tomou posição mais proativa frente a questões políticas.

De outro lado, parece que ainda não há nos poderes políticos uma efetiva atenção ao texto constitucional sendo rotineiro encontrar reportagens que relatam a existência de uma atuação à margem dos programas estabelecidos pela Constituição, o que acaba por legitimar, junto a opinião pública, uma atuação mais ativa do Poder Judiciário o que nem sempre significa um caminhar para frente no carreiro da efetivação das normas constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Brasileira possui dispositivos que ainda carecem de maior efetividade. Essa efetividade não decorre apenas do tipo de positivação que adotado no texto constitucional, depende muito mais da vontade ativa dos indivíduos em dar à Constituição uma aplicabilidade e efetividade mais ampla.

Veja-se que o problema não está na falta de ferramentas disponíveis pelo ordenamento jurídico para que determinadas normas constitucionais sejam efetivadas. No que concerne ao Poder legislativo, a iniciativa popular pode suprimir a mora do Legislador na criação de normas regulamentadoras do texto

⁴ A tese da constituição dirigente tem como expoente o constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho que após desenvolver a referida tese a reviu.

constitucional. Além disso, há eleições periódicas com voto secreto e universal o que possibilita a alteração dos representantes no Congresso Nacional.

Quanto ao Executivo, também é possível que a população tenha uma participação ativa, por meio de orçamento participativo, audiências públicas (também válidas para o Poder Judiciário e para o Poder Legislativo) e os Conselhos de Políticas Públicas. Mais ainda, a atuação de instituições e entidades que fiscalizam o gasto do dinheiro público, assim como as recentes leis de transparência (Lei 12.527/2011), permitem que seja acompanhado de perto os gastos e a implementação de políticas públicas no Brasil.

Nesse ponto, o Judiciário tem atuado com bastante ênfase, às vezes de forma até desmedida e trágica, nas ações judiciais que visam atribuir eficácia aos direitos fundamentais não atendidos por políticas públicas ou pela legislação.

A Constituição da sociedade é elaborada para a população e não apenas para a organização do Estado.

Com isso também se quer dizer que o espaço ocupado pelo Judiciário, em substituição (ou troca do sujeito, como leciona Valter Claudius Rothemburg) ao Poder/Órgão estatal omissivo pode ser ocupado pelo próprio povo, visto que a Constituição tem ferramentas capazes de possibilitar uma participação mais ativa do indivíduo na perseguição dos programas constitucionais.

Por fim, esclarece-se que o retalhamento que se faz da Constituição, por meio das várias emendas constitucionais, demonstra claramente a desvinculação dos poderes políticos ao projeto constitucional, mais ainda, mostra que ainda se está preso ao modelo de direito do século XVIII, onde só se concebe o direito onde ele está expresso, ao contrário da lógica contemporânea que remete aos princípios o papel de integrar o texto constitucional.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular. A construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental.** Juruá: Curitiba, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito constitucional contemporâneo.** 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2011.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Revista da Escola de Magistratura Regional Federal, v. 1, p. 389-406, 2010.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 27 nov. 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRENE, Tiago. **Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano. Brasil, uma vanguarda esquizofrênica entre a miscigenação étnica e ecletismo normativo. IV Seminário Interinstitucional de Mestrados em Direito da Universidade Estadual de Londrina “Repercussões da Hermenêutica do Novo Constitucionalismo para os Empreendimentos Econômicos”.** Anais. UEL. Londrina-PR. ISSN **2179-0760.**

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.** Panóptica, Vitória, ano 1, n.6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em:<[HTTP://WWW.panoptica.org](http://WWW.panoptica.org)>.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição.** 2 ed. São Paulo: Landy, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo, Martins fontes, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil Brasileiro contemporâneo.** Rio de janeiro: Renovar, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca do sujeito. A perda de competência como sanção à**

inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** In SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão. (org). Direitos Fundamentais e Estado constitucional. Estudos em homenagem a JJ Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise uma exploração hermenêutica da Construção do direito.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

VIANNA, Luiz W., Burgos, Marcelo, e Salles, Paula. **Dezessete anos de judicialização da política. Tempo social,** revista de sociologia da USP. São Paulo, disponível na internet em <<http://www.fflch.usp.br/sociologia/temposocial/mostraArtigo.php?id=453>>. Acesso em 16 de dezembro de 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia.** Revista direito GV. São Paulo-SP, vol. n. 4, pgs 441-464, jul-dez 2008.

Artigo recebido em: 20/03/2014

Aprovado para publicação em: 31/03/2014

Como citar: BERNARDI, Renato. PIEROBON, Flávio. **A Constituição do Estado e da sociedade: uma análise da força normativa da Constituição brasileira De 1988.** Revista do Direito Público. Londrina, v.9, n.1, p.55-72, jan./abr.2014. DOI: 10.5433/1980-511X.2014v9n1p55.