

A LEGITIMIDADE DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NA CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

*THE LEGITIMACY OF CONSTITUTIONAL COURT IN THE
REALIZATION OF THE RULING CONSTITUTION*

Daniel Silva Passos

Advogado da União

Especialista em Direito Tributário pela UFBA

Mestrando em Direito e Políticas Públicas pela UNICEUB

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Jurisdicização da Política; 2 Legitimidade do Judiciário e a garantia do Dirigismo Constitucional; 3 A Importância dos Direitos Fundamentais na Legitimação da Justiça Constitucional; 4 As Legítimas Opções Impostas à Justiça Constitucional; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O atual estágio de politização do direito decorre do conteúdo valorativo dos objetivos e direitos fundamentais previstos no texto constitucional. Estes últimos, ao tempo em que estabelecem limites à atuação estatal, irradiam um plexo de obrigações voltado à sua concretização material, e exigindo, em última instância, a reconstrução da realidade. Deste contexto sobressai a importância da participação do Poder Judiciário neste processo, na medida em que é garantidor, em última instância, da plena normatividade da Constituição. O presente trabalho pretende discutir os principais óbices levantados pelos opositores da jurisdição constitucional, analisando a postura que o STF vem adotando atualmente, para, ao final, concluir sobre a essencialidade de seu papel no cumprimento das promessas emancipatórias assumidas pela Constituição de 1988.

ABSTRACT: The current stage of law politicization stems from the value content of the objectives and fundamental rights predicted in the constitutional text. The fundamental rights, while establish bounds to the state activity, constitute a range of obligations aimed to achieve their own materialization, requiring, ultimately, reality's reconstruction. This is the context where the importance of involving the judiciary along this process arises, as it is lastly responsible for the full normative aspects of the Constitution. The objective of this study is to discuss the main obstacles raised by the opponents of a Constitutional Court, analyzing the recent positioning of the Brazilian Supreme Court, and then to draw conclusions about the relevance of its role in fulfilling the promises of emancipation proposed in the 1988 Constitution.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Dirigente. Jurisdicização da Política. Legitimidade da Justiça Constitucional

KEYWORDS: Ruling Constitution. Juridicizing Policy. Constitutional Court Legitimacy.

INTRODUÇÃO

Um dos temas mais palpitantes da atualidade pertine ao hipertrofiamento do Judiciário, chamado, cada vez mais, a manifestar-se sobre matérias que, em um passado não muito distante, lhe eram estranhos. A clássica divisão de poderes impedia a apreciação judicial de questões manifestamente políticas, outrora atribuídas com exclusividade ao Legislativo e ao Executivo. Tal entendimento levava a situações incompatíveis com a normatividade constitucional, como bem explana Luis Roberto Barroso¹ ao analisar a mora legislativa²:

Surgem, assim, duas situações contrastantes com os princípios da moderna ciência jurídica:

(1) a existência de um direito destituído de qualquer garantia, isto é sem ação;

(2) a subversão da hierarquia das normas, com a falência da supremacia constitucional, visto que o legislador ordinário de arroga o poder de impedir que um direito conferido pela Lei Maior opere seus efeitos.

De plano, verifica-se que a judicialização de questões políticas é um imperativo do caráter dirigente da Constituição Cidadã de 1988, que, consciente das desigualdades que permeiam a realidade brasileira, impõe cláusulas sociais emancipatórias voltadas à construção de um futuro de inclusão. É evidente a pretensão do constituinte originário de se reaproximar o direito da ética, surgindo daí necessidade de adoção de princípios de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade da pessoa humana³. Os direitos fundamentais, ao lado dos objetivos e finalidades constitucionais, desempenham papel determinante neste processo, na medida em que, mais que obrigações ao poder público, estabelecem uma ideologia programática voltada à transformação da realidade. Evidentemente, a consolidação de uma Justiça Constitucional é essencial neste processo, pois, garantindo a supremacia constitucional, promove também o cumprimento destes programas transformadores.

1 BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 160.

2 Hipótese mais restrita que o objeto do presente.

3 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 29.

Ainda não há, contudo, uma plena consciência da relevância do dirigismo constitucional para a construção de uma realidade mais humana, não sendo poucos os que não percebem (ou assim tentam transparecer) a insuficiência do processo político-democrático formal e de suas vias institucionais. Não são poucas as escusas que se utilizam para garantir o monopólio do poder, e promover a continuidade da inércia administrativa que estanca o desenvolvimentismo social imposto pela Constituição.

Cumprе reiterar a inafastabilidade dos compromissos firmados pelo constituinte originário, sendo imprescindível a Justiça Constitucional na concretização dos mesmos.

1 A JURISDICIZAÇÃO DA POLÍTICA

O caráter dirigente da Constituição de 1988 decorre não apenas dos objetivos fundamentais (artigo 3º) e das demais normas programáticas nela insertas, mas, especialmente, dos direitos fundamentais. A Constituição, ao ser dirigente, assume dupla dimensão eficaz: uma, defensiva e garantidora das liberdades; outra, prospectiva e voltada à modificação da realidade por meio de cláusulas de inclusão, servindo de “fundamento normativo para o alargamento das tarefas estaduais e para a incorporação de fins econômicos-sociais, positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica⁴”. Evidentemente, por conta do compromisso com a dignidade da pessoa humana e conseqüente reconstrução social, esta projetividade reveste-se de caráter vinculante, impondo ao governante um dever de implementação irrenunciável.

Assim como a abolição das cláusulas pétreas não está disponível à agenda legislativa, o mesmo se pode dizer a respeito dos compromissos dirigentes constitucionalmente estabelecidos. O cumprimento das promessas emancipatórias não é uma faculdade do administrador público, não havendo qualquer discricionariedade neste sentido. A lei, no Estado Democrático de Direito, não é um ato essencialmente livre, mas sempre vinculado, seja positiva ou negativamente, à programaticidade social assumida pelo constituinte originário. Fica evidente, ainda, que a Constituição Federal pretende tal concretização por meio de um Estado social caracterizado, por definição, pelo intervencionismo. Toda e qualquer omissão estatal, neste sentido, seja ela administrativa ou legislativa, é marcadamente inconstitucional.

4 CANOTILHO, José Joaquim Comes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra, 1982, p. 166.

A realidade dos países em desenvolvimento revela que o processo democrático representativo não é suficiente à preservação dos direitos fundamentais, sendo certo, ainda, que estes consistem em instrumento essencial à legitimação de uma postura não majoritária⁵. A experiência demonstra a reiteração da inércia administrativa e a judicialização dos direitos fundamentais passa a ser um último recurso em favor das classes desfavorecidas. O reconhecimento da juridicidade do conteúdo programático inserto na Constituição, pois, representa o fim do “funesto dualismo que gravita ao redor da suposta incompatibilidade dos fundamentos políticos com os fundamentos jurídicos da Constituição⁶”.

Maiorias eventuais não podem opor consensos ocasionais a um programa vinculado a construção de um futuro mais solidário. Daí porque alguns temas, eminentemente políticos, já se encontram positivados na Carta Constitucional, garantindo-se a inegociabilidade deste ideário reformista e transformador. Adverte Canotilho⁷ que “a concretização das imposições constitucionais não é só uma tarefa de legislação, mas também uma tarefa constitucional de direção política”. A constitucionalização da política, com sua consequente jurisdicização e vinculação à programaticidade insculpida na Carta, enseja o controle judicial de tais temas, produzindo questionamentos a respeito da legitimidade de sua atuação, notadamente com base no argumento de ausência de legitimidade democrática.

Não se pode perder de vista que uma Constituição social é, eminentemente, “uma Constituição do conflito, dos conteúdos econômicos, do pluralismo, da tensão sempre renovada entre a igualdade e a liberdade⁸”,

5 Appio (APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 27) dá contornos nítidos ao quadro de insuficiência da democracia representativa: “O critério formal de democracia se revela insuficiente para a sociedade brasileira contemporânea, já que a complexidade das decisões sobre as políticas públicas produziu um ambiente exclusivo em que as relações entre governos eleitos e empresas privadas nunca foram tão próximas. Em contrapartida, o cidadão (eleitor) nunca esteve tão distanciado do núcleo político das decisões, seja por conta da proposital alienação imposta pelos meios de comunicação social (empresas privadas), seja pelo discurso científico de uma tecnologia invisível que opera no interior do Estado usando de sua estrutura burocrática. As decisões sobre o conteúdo das políticas públicas, no Brasil, raramente passam por um processo de avaliação prévia da população. Não raro, as políticas públicas endereçadas a um mesmo setor são objeto de constantes e profundas alterações, criando-se mecanismos irracionais de decisão modulados de acordo com os interesses atingidos. As políticas públicas surgem como mais um produto da máquina de propaganda dos governos eleitos, a qual parece ser a única a funcionar com eficiência no Brasil, e para a qual os recursos públicos raramente são contingenciados. A ilusão substitui a democracia”.

6 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 237.

7 CANOTILHO, op. cit., p. 178.

8 BONAVIDES, op. cit., p. 380-381.

deprendendo-se daí ser natural a resistência ao dirigismo constitucional. Trata-se de verdadeiro embate de forças, como adverte Bonavides⁹, sendo que o compromisso para com os objetivos e direitos fundamentais insculpidos na Carta Política deve ser renovado diariamente, inclusive pelas vias processuais, sob pena de malogro das promessas emancipatórias referendadas pela Constituição. Aliás, insta observar que o dirigismo da Carta Política não apenas legitima a atuação o ativismo judicial, como o impõe, na medida em que ao Judiciário compete resguardar a imperatividade das normas.

2 LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO E A GARANTIA DO DIRIGISMO CONSTITUCIONAL

O fenômeno da positivação da política por conta de uma programaticidade social e emancipatória envolve o fortalecimento da Justiça Constitucional, pois é esta quem irá zelar, em última instância, pelo cumprimento daquelas normas. Eduardo García de Enterría¹⁰ destaca bem a importância da referida Corte:

Una Constitución sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma em los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido em el poder, que impone em esos casos, por simple prevalencia fáctica, la interpretación que em esse momento le conviene.

Este protagonismo foi qualificado por uma parcela de críticos como usurpadora da soberania popular, pois, supostamente, extrapola as funções de judicial review para impor posições políticas diferentes daquela maioria ocasional. São inúmeros os argumentos que se levantam contra a legitimidade do Tribunal Constitucional, dentre os quais se destaca:

- 1) a tensão entre política e direito nos temas submetidos ao referido Tribunal;
- 2) a dificuldade de estabelecer os critérios de julgamento, tendo em vista que a Suprema Corte atua exatamente em momentos de comprovada insuficiência do texto constitucional; 3) a suposta ausência de legitimidade democrática do referido Tribunal.

9 BONAVIDES, op. cit., p. 371.

10 ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1985, p. 186.

A primeira oposição entende que a Justiça Constitucional é uma contradição em si mesma, pois uma expansão sem limites representaria sua transformação em verdadeira instância política. Afirma que a decisão judicial pressupõe uma decisão geral já tomada pelo legislador, sendo que a politicidade deveria restringir-se ao Poder Legislativo. Segundo este pensamento, apenas o controle de constitucionalidade de uma lei já poderia ser interpretado como poder judicial de censura, equiparando-se o Judiciário a uma Câmara Alta.

Não há dúvidas que, com escólio em tudo aquilo que já foi afirmado anteriormente, os conflitos a serem decididos pela Corte Constitucional têm substância eminentemente política. Contudo, a diferença evidente entre o juiz constitucional e o magistrado ordinário não desqualifica o fato de que ambos se utilizam de método técnico-jurídico para a resolução das controvérsias. Reconheça-se que os métodos empregados na jurisdição constitucional contêm peculiaridades, mas, ainda assim, revelam natureza técnica-jurídica. Não poderia ser diferente, tendo em vista a amplitude dos efeitos das decisões que versam sobre matéria constitucional, bem como o fato de a funcionalidade da Constituição ser bastante diversa das leis ordinárias. Impregnada de conteúdo valorativo, a Constituição veicula diversos princípios que, em hipótese de colisão, encontram solução na proporcionalidade, e não na regra do tudo ou nada. Os princípios exigem uma apreciação de sua densidade, tema estranho às regras que, simplesmente, são aplicáveis ou não.

Nesta linha de idéias, o julgador deve estar sempre atento às consequências práticas de sua decisão, mas não pode deixar de decidir nos estritos termos da lei. Ao magistrado é vedado desenvolver um raciocínio jurídico partindo de um resultado preconcebido. Pode, sim, valer-se do ideário promovido pela Carta de Direitos para pautar sua interpretação a respeito da controvérsia que lhe é apresentada. Mas isto decorre da própria supremacia constitucional, se confundindo com o próprio objetivo da função jurisdicional. Eduardo García de Enterría¹¹, citando Bachof, destaca bem o ponto de distinção entre a atividade legislativa e aquela desempenhada pela Justiça Constitucional:

Em definitiva, el Tribunal Constitucional no puede ser ciego a las consecuencias políticas de sus decisiones. 'Pero esas consecuencias solo puede tomarlas em cuenta em el marco de las posibilidades abiertas por el ordenamiento, pudiendo contribuir la consideración de las potenciales consecuencias de su sentencia a descubrir el

11 ENTERRIA, op. cit., p. 183-184.

Derecho 'justo' y a construir interpretaciones jurídicas com uma u outra corrección a lãs que hubiese llegado se no hubiese tenido a la vista esse resultado. Em esse sentido, existe, sin duda, um cierto influjo de lãs repercusiones políticas de la sentencia sobre la interpretacion jurídica. Pero aqui está a la vez el limite para la toma em cuenta de tales consideraciones. Contra el Derecho, el juez no puede decidir jamás.

De outro lado, o Tribunal Constitucional não cria direitos, apenas garantindo a plena eficácia das normas constitucionais, de essência ideológica e programática. Também não faz as vezes de legislador negativo, não sancionando leis por critérios fulcrados em convicções pessoais de seus membros. Os valores prestigiados são sempre aqueles determinados pela Constituição¹², e a declaração de constitucionalidade de determinada lei apenas reitera e ratifica o conteúdo da norma fundamental. Ademais, a grande transcendência que acompanha os litígios constitucionais força o magistrado a renunciar a qualquer possibilidade de fundamentação escorada em convicções pessoais, remetendo-o à Constituição como norma jurídica apta a solucionar o caso, forçando-o a buscar o método jurídico mais rigoroso ao escopo que se pretende¹³.

A história também legitima os Tribunais Constitucionais. Ao contrário do que seus opositores sustentam, não se tem notícias de uma ditadura do Judiciário ou de despropositada desvinculação do ideal de Justiça propugnado pela Constituição. Pelo contrário, tais Cortes têm demonstrado elevada capacidade de promover integração e consenso social. Basta citar o famoso caso *Brown vs. Boar of Education*¹⁴ que significou duro golpe contra o segregacionismo racial vigente nos Estados Unidos. No Brasil, cite-se o julgamento, em 17/09/2003, do Habeas Corpus 82424, relatado pelo Ministro Moreira Alves, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal reafirmou a intransigência da Constituição de 1988 a qualquer espécie de prática de segregação.

O argumento da ausência de legitimidade democrática se baseia na idéia de que apenas a Casa Legislativa representa os reais ideais da sociedade, competindo-lhe a exclusividade do poder reformador e construtor de uma nova realidade substancialmente mais justa. Trata-se de pensamento estreito, que entende só ser possível a reconstrução por

12 Cf. COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle Jurisdiccional da Administração Pública*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 193.

13 Cf. ENTERRÍA, op. cit., p. 184-185.

14 347 U.S. (1954).

parte de um movimento social criador de uma assembléia revolucionária e, apenas por meio dela, se adotem as medidas necessárias ao fim colimado. Por conseqüência, os opositores da legitimidade democrática da Justiça Constitucional acabam por entender o direito como mero instrumento de conservação, ignorando sua potencialidade transformadora¹⁵.

O que se depreende é que as críticas mencionadas partem de um desconhecimento do próprio conceito de Constituição. A rigidez constitucional é garantia de que os ideais supra partidários nela dispostos fiquem imunes ao poder legislativo ordinário, facilmente influenciáveis por maiorias episódicas. Evidentemente, o legislador reformador poderá alterar o texto constitucional, mas o fará com respeito aos procedimentos e ao núcleo pétreo da Carta, dentre os quais se destaca a programaticidade reformista decorrente dos objetivos e direitos fundamentais. A Corte Constitucional surge como guardião da normatividade constitucional, protetor, portanto, das promessas sociais realizadas pelo constituinte originário, revelando-se o único instrumento eficaz contra eventuais atentados cometidos pelas maiorias políticas.

Ademais, quanto a crítica de que a Justiça Constitucional seria incompatível com a soberania do Parlamento, Kelsen¹⁶ assim já se manifestava:

Mas, à parte o fato de que não se pode falar de soberania de um órgão estatal particular, pois a soberania pertence no máximo à própria ordem estatal, esse argumento cai por terra pelo simples fato de que é forçoso reconhecer que a Constituição regula no fim das contas o processo legislativo, exatamente da mesma maneira como as leis regulam o procedimento dos tribunais e das autoridades administrativas, que a legislação é subordinada à Constituição exatamente como a jurisdição e a administração o são à legislação, e que, por conseguinte, o postulado da constitucionalidade das leis é, teórica e tecnicamente, absolutamente idêntico ao postulado da legalidade da jurisdição e da administração. Se, ao contrário dessas concepções, se continua a afirmar a incompatibilidade da jurisdição constitucional com a soberania do legislador, é simplesmente para dissimular o desejo do poder político, que se exprime no órgão legislativo, de não se deixar limitar pelas normas da Constituição, em patente contradição, pois, com o direito positivo.

15 Sobre o tema, vide: HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

16 KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*, 2003. São Paulo: Martins Fontes. p. 150-151.

Para concluir este tópico, resta pontuar que a Justiça Constitucional representa importante instrumento de integração política e social da sociedade. A reiteração de decisões em determinado sentido orienta não só os demais órgãos jurisdicionais, mas também toda a administração pública e a sociedade em geral, acentuando a máxima efetividade das normas constitucionais ao reiterar sua programaticidade e induzir um consenso sobre tal conteúdo. A Constituição de 1988, por isso mesmo, representa desestímulo a qualquer pretensão conservadora, que não esteja sindicada com os ideais reformistas ali insculpidos, pois já se sabe, de antemão, que encontrará veemente oposição do Judiciário.

Depreende-se, portanto, que o papel da Justiça Constitucional, muito ao contrário do que pregam seus opositores, não dissolve o Estado na jurisdição, nem elimina a política, nem a democracia. Pelo contrário, destaca seus sentidos e revivifica os valores constitucionais por meio da confirmação de sua normatividade. As atribuições judiciais no controle da constitucionalidade decorrem da própria Constituição, assim como acontece com o Poder Legislativo. E, conforme já salientado, o processo representativo democrático não vem se demonstrando suficiente à encampação dos ideais transformadores que permeiam a Carta da República, sendo que a defesa dos direitos fundamentais confere importante legitimidade ao ativismo do Judiciário.

3 A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA LEGITIMAÇÃO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

A prevalência ideológica imposta pelos direitos fundamentais no bojo da Constituição Federal de 1988 pode ser observada, inclusive, da sistematização da própria Carta. A Lei Maior discorre, em seus títulos iniciais, sobre os fundamentos do Estado brasileiro para, logo depois, estabelecer o sistema normativo básico dos direitos e garantias fundamentais, inferindo-se daí, indisputavelmente, o fato de que todos os títulos que se seguem versam sobre temas tributários aos direitos fundamentais¹⁷.

A par de toda a discussão a respeito da justificação dos direitos fundamentais, matéria que escapa ao objeto da presente exposição, trata-se de lugar comum a afirmação de que aqueles ocupam uma posição de superioridade dentro da sistemática constitucional. Destacam-se pelo

17 FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz. *Aspectos da Positivização dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. In: BITTAR, Eduardo C. B. e FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz (Org.). *Direitos fundamentais: positivação e concretização*. Osasco: Edifeo, 2006, p 124.

alto valor político, representando um postulado inderrogável e diretivo para a orientação de todo o Estado-aparato¹⁸. Os direitos fundamentais, portanto, legitimam o poder estatal, na medida em que condicionam sua existência aos objetivos vinculados ao desenvolvimento da pessoa humana. Assim sintetiza Perez Luño¹⁹:

En este sentido, los derechos humanos justifican al Estado en la medida que reconoce y respeta su esencia, de manera que la estructura estatal es para el hombre y no este para el Estado como preconizan todos los totalitarismos. Así se asegura la libertad y, además, se satisface un requerimiento universal que está éticamente fundado.

O caráter dirigente da Constituição Federal decorre, pois, não apenas dos objetivos fundamentais insculpido em seu artigo 3º, mas essencialmente dos mandados de otimização decorrentes do sistema formado pelos direitos fundamentais. Neste particular, é essencial recordar-se as lições de Alexy segundo o qual todo o direito, mesmo que tenha por núcleo principal uma obrigação negativa, ainda assim impõe prestações positivas pertinentes àquela, especialmente quanto ao dever de proteger-la contra terceiros.

Em suma, todos direitos fundamentais possuem dupla dimensão eficaz: uma negativa e outra positiva. A primeira diz respeito ao conteúdo do referido direito, proibindo condutas tendentes à sua supressão ou ofensa, representando, pois, um dever de omissão. Engloba o respeito à integridade da autonomia privada, bem como a proibição de injusta invasão, seja estatal ou de origem privada, sobre a esfera mínima necessária à livre autonomia do indivíduo. Os efeitos positivos, por sua vez, ensejam uma obrigação de fazer direcionada à concretização dos requisitos necessários a fruição do direito pertinente. Trata-se de uma obrigação imposta principalmente ao Estado, a quem incumbe o dever de proteger os direitos alheios, podendo-se destrinchar-la em quatro obrigações estatais: dever de proteger os direitos passíveis de lesão por parte de outras pessoas; dever de criar todo o instrumental necessário à obrigação anterior, tais como a criação de órgãos policiais e judiciais; o dever de promover medidas de estímulo e facilitação de acesso aos direitos fundamentais; e o dever de adotar medidas materiais e concretas

18 LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 68.

19 LUÑO, op. cit., p. 68-69.

em favor do titular do direito fundamental, especialmente por meio de serviços públicos²⁰.

Portanto, os direitos fundamentais, todos eles e não apenas os sociais e econômicos, impõem ao Estado um dever positivo de transformação da realidade, constitucionalizando ideais que militam pelo amplo desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, em todos os seus sentidos. Na medida em que o sistema formado pelos direitos fundamentais impõe a obrigação de conferir todos os esforços necessários ao amplo desenvolvimento de cada um deles, vincula a liberdade de conformação legislativa ao referido objetivo. Esta principiologia axiológica que acompanha os direitos fundamentais confere nítido caráter diligente à Constituição Federal de 1988, destacando o compromisso emancipatório, vinculado ao reconstrutivismo social. Como bem explana o professor Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas²¹,

A elucidação dessas dimensões de direitos fundamentais possibilita uma melhor compreensão da capacidade dirigente da ordem constitucional, como também a averiguação adequada das opções políticas e da alocação de recursos promovida pelo legislativo na formulação e implementação de políticas públicas, permitindo verificar se há conformidade com os programas constitucionais ou se há omissão ou contrariedade com as cláusulas de utopia.

4 AS LEGÍTIMAS OPÇÕES IMPOSTAS À JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

O ativismo judicial é uma realidade e decorre da redescoberta da normatividade constitucional. Não há dúvidas do importante contributo que o Supremo Tribunal Federal tem dado à moralização do país e a concretização dos direitos fundamentais. Basta recordar os julgamentos que concluíram pela vedação ao nepotismo; pela vinculação do mandato eletivo ao partido político; pela distribuição de medicamentos; e que supriu lacuna história acerca do direito de greve no funcionalismo público. A discussão a respeito das possibilidades abertas a este ativismo, contudo, persiste.

20 DANTAS, Miguel Calmon. O Constitucionalismo Dirigente Brasileiro Diante da Pós-Modernidade: Ode ou Réquiem?. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 145-189, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=55214>>. Acesso em: 14 jan. 2010.

21 Ibidem.

Parcela significativa da doutrina entende que cabe ao Judiciário, na hipótese de ativismo judicial, apenas promover uma intervenção direta, determinando uma obrigação de fazer; impor à administração pública a inclusão de dotação no orçamento para fins de atendimento da prestação em causa; ou seqüestrar verbas públicas suficientes ao cumprimento da prestação²². Apesar de reconhecer que tais possibilidades representam muito para a defesa do dirigismo constitucional, haverá casos em que não serão suficientes à garantia das promessas reformistas insertas na Constituição. É de se reconhecer a possibilidade da idealização de políticas quando isto se mostrar efetivamente necessário.

Neste ponto, deve-se concordar, em parte, com o disposto pela professora Maria Paula Dallari Bucci²³ segundo a qual “a elevação do patamar da cidadania depende mais de alterações estruturais na organização e funcionamento do Estado e do sistema econômico do que das decisões do Poder Judiciário, cujo papel é subsidiário, em matéria de políticas públicas”. Não há dúvidas de que a normatividade da Constituição irradia efeitos não apenas reativos, mas principalmente prospectivos, voltados ao futuro. Tratando da realidade fática, assentimos com o fato de que a idealização e implementação, por parte do Legislativo e Executivo, de políticas públicas voltadas ao cumprimento das promessas constitucionais seria mais profícuo que a intervenção do Judiciário nestes temas. E não é outra a postura que se espera dos governantes, pois a normatividade constitucional impõe deveres irrenunciáveis aos mesmos, nos termos já tratados.

De fato, os poderes Executivo e Legislativo estão mais bem instrumentalizados para o fim de identificação de necessidades, estabelecimento das prioridades, idealização das políticas, implementação e controle das mesmas. A corroborar com tal entendimento, verificamos, por meio de pesquisa jurisprudencial junto ao sítio do Supremo Tribunal Federal na internet²⁴ que, até dia 30 de setembro de 2009, não constava nenhuma decisão ou acórdão que estabelecesse uma determinada política pública para qualquer setor que fosse. Das 96 (noventa e seis) ocorrências encontradas, 65 (sessenta e cinco) tratavam, efetivamente,

22 BORGES, Alice Gonzalez. Reflexões Sobre a Judicialização de Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, abr./jun. 2009 Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=58007>>. Acesso em: 14 janeiro 2010.

23 BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle Judicial de Políticas Públicas: Possibilidades e Limites. In: BENEVIDES, Maria Victori de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de. (Org.). *Direitos Humanos, Democracia e República*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 695.

24 A pesquisa se deu com base nos parâmetros “política(s) pública(s) + direito(s) fundamental(ais)”.

da implementação de políticas públicas, mas políticas estas já idealizadas e constituídas por instrumento jurídico próprio.

Tal fato demonstra que a mais alta Corte do país, responsável por garantir a normatividade das decisões políticas inseridas na Constituição Federal, e mesmo diante da realidade de exclusão conhecida por todos, reconhece a complexidade da tarefa atinente à idealização de políticas públicas. Isto não advoga, contudo, contra necessidade de uma intervenção mais ampla e profunda, pois, como já salientado, a Carta de 1988 encontra-se impregnada de valores sociais carecedores de concretização, sendo certo, ainda, que o Judiciário tem o dever institucional e constitucional de zelar pelo cumprimento de tais promessas.

Está correta a professora Maria Paula Dallari Bucci em afirmar que o reconstrutivismo não será implementado por decisões judiciais pontuais, que decidam sobre direitos individuais. Mais correto seria se pensar em uma escala maior, por meio da construção de políticas públicas direcionadas a promover os ideais programáticos da Carta. Tal tarefa, evidentemente, é mais afeta ao Executivo e Legislativo, face o nexos com suas finalidades institucionais²⁵. Contudo, a experiência demonstra que a contumácia estatal é historicamente reiterada, não se podendo admitir que as promessas constitucionais se convolem em palavras vazias e destituídas de eficácia. O Judiciário pode e deve combater a inércia que impede a plena realização das aspirações sociais veiculadas pelos objetivos e direitos fundamentais.

À guisa de exemplo, coteje-se o caso da população carcerária deste país, absolutamente desamparada de qualquer política pública que garanta uma sombra que seja de dignidade. Também esta minoria foi contemplada pela principiologia emancipatória da Constituição dirigente, sendo que ao Tribunal Constitucional compete debruçar-se sobre o tema, e pôr fim a realidade da superlotação, de encarceramento em contêineres, da prisão de crianças e adolescentes junto aos adultos, dentre outros absurdos noticiados pela mídia.

25 Acerta mais uma vez a professora Maria Paula Dallari Bucci ao destacar ser mais conveniente ao interesse público a celebração de termos de ajustamento de conduta, "porque insta o administrador público a agir, sem lhe tolher certa margem de discricionariedade, que lhe permita manter a lógica do conjunto da ação do governo ou do órgão público" (BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas. Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 32). A ressalva que se faz refere ao fato de que o ativismo judicial nem sempre representará uma quebra na unidade das ações promovidas pela administração, especialmente em casos de absoluta omissão, incompatível com o conteúdo emancipatório da Constituição.

Mister observar que o Tribunal Constitucional tem condições, sim, de enfrentar desafios de tamanha envergadura. No que pertine ao macro planejamento do Estado, forçoso recordar que o Judiciário já vem analisando as dotações orçamentárias, de modo a compatibilizá-las com as prioridades constitucionalmente estabelecidas²⁶.

De outro lado, a atividade judicante sempre se valeu de experts das mais diversas áreas para assessorar os seus trabalhos, não se vislumbrando argumentos suficientes a justificar uma impossibilidade de utilização deste tipo de conhecimento especializado para a concretização dos mandamentos constitucionais. Também merece referência instrumentos democráticos como o *amicus curiae* e as audiências públicas, que viabilizam uma saudável participação popular na idealização de tais programas, permitindo, ainda, o conhecimento mais amplo e definido dos problemas e instrumentos de que se dispõe.

Não se está aqui defendendo as possíveis decisões teratológicas e os abusos que, de certo, podem acontecer como em qualquer local onde o homem esteja inserido. Aqueles devem ser combatidos, mas não têm o condão de infirmar o importantíssimo papel conferido ao Judiciário na defesa da Constituição Dirigente. Da mesma forma, o ativismo judicial não significa uma desqualificação dos Poderes Executivo e Legislativo, mas apenas ratifica a supremacia constitucional, a qual não se coaduna com a leniência e o situacionismo. Em caso de descumprimento da principiologia emancipatória que norteia o Estado Democrático de Direito, o Judiciário deve ser chamado a intervir e fazer valer a normatividade constitucional em toda a sua amplitude e profundidade.

26 ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.
2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.
3. *Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.*
4. Recurso especial provido.

Resp 493811/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2003, DJ 15/03/2004 p. 236) (destacou-se).

No mesmo sentido: Agravo de Instrumento N° 70018282756, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 09/05/2007; e Apelação Cível N° 597097906, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 22/04/1998.

5 CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 possui, sem dúvidas, caráter dirigente, comprometido com a reconstrução desta realidade injusta e desigual. As promessas reformistas decorrem não apenas dos objetivos fundamentais prescritos no artigo 3º da Carta Maior, mas, essencialmente, do sistema formado pelos direitos fundamentais.

Todo o direito enseja uma dimensão positiva, seja com fito a obrigar o Estado a proteger-los, seja para desempenhar todos os esforços necessários ao seu pleno desenvolvimento. Os direitos fundamentais, na medida em que postulam pela emancipação material dos cidadãos, impregnam todo o Estado de valores direcionados à erradicação das desigualdades e concretização da dignidade da pessoa humana.

A catalogação destes direitos tem por consequência direta a positivação de princípios axiológicos que conformam e dirigem o desenvolvimento de políticas públicas aos referidos fins. Relativiza-se, assim, o antigo dogma de absoluta discricionariedade a respeito de temas políticos, notadamente porque a Constituição, sapiente da insuficiência do modelo democrático representativo, positivou parte da política, vinculando toda a atividade estatal ao cumprimento de suas promessas emancipatórias.

Evidentemente, a constitucionalização de tais ideais só logrará plena eficácia se for objeto de proteção por parte do Poder Judiciário. A inércia que anteriormente caracterizava a atividade judiciária deve ser observada cum grano salis, posto que a Constituição elegeu, como meio para a reconstrução da realidade, o Estado Social, intervencionista por natureza. As críticas liberais contra o ativismo judicial demonstram um compromisso da classe econômica dominante com atual estado das coisas. Nenhuma das oposições levantadas contra o pleno cumprimento da positividade constitucional pelo Poder Judiciário encontra fundamentos firmes, sendo, todas elas, desarrazoadas, especialmente face o caráter dirigente da Carta de 1988.

É indisputável a contribuição que o Supremo Tribunal Federal tem dado para a concretização dos direitos fundamentais. É preciso destacar, ainda, a importância de se estender a normatividade da Constituição a toda a administração pública, independentemente da atuação judicial, na esteira da advertência de Maria Paula Dallari Bucci. Este cumprimento dos mandamentos constitucionais, de ofício pelos

poderes Executivo e Legislativo, traz muito mais vantagens aos fins emancipatórios que se pretende, pois possibilita o bom planejamento de políticas públicas direcionadas ao exercício de tal mister. A prioridade, portanto, deve ser a atuação daqueles dois Poderes, pois a difícil tarefa de mitigação das desigualdades sociais é mais afeta às suas finalidades institucionais. Contudo, em casos de reiterada contumácia por parte daqueles, o Judiciário tem a obrigação de fazer valer toda a envergadura da norma constitucional, podendo, para tanto, valer-se de todos os instrumentos possíveis e necessários ao cumprimento das cláusulas de utopia ali prescritas, intervindo, seja no processo de criação das políticas públicas, seja na execução daquelas já definidas.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORGES, Alice Gonzalez. Reflexões sobre a Judicialização de Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, abr./jun. 2009 Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=58007>>. Acesso em: 14 janeiro 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle Judicial de Políticas Públicas: Possibilidades e Limites. In: BENEVIDES, Maria Victori de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de. (Org.). *Direitos Humanos, Democracia e República*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

_____. O Conceito de Política Pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas. Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra, 1982.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DANTAS, Miguel Calmon. O Constitucionalismo Dirigente Brasileiro Diante da Pós-modernidade: Ode ou Réquiem? *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais _ RBEC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 145-189, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=55214>>. Acesso em: 14 janeiro 2010.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha Ferraz. Aspectos da Positivação dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. In: BITTAR, Eduardo C. B. e FERRAZ, Anna Cândida da Cunha Ferraz (Org.). *Direitos fundamentais: positvação e concretização*. Osasco: Edifeo, 2006.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.