ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

A PROBLEMÁTICA DA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

THE PROBLEM OF THE EFFECTIVENESS OF CONSTITUTIONAL LAWS

Daniel Rocha Maia*

RESUMO: As normas constitucionais, na condição de ditames fundamentais basilares e superiores, assumem acentuada importância no trato do estudo dos direitos consignados no ordenamento jurídico pátrio, porquanto concomitantemente ao fato de ostentarem a qualidade de fontes originárias de direitos, obsta que outros sejam criados quando em confronto com os seus dispositivos (constitucionais). Estudar sua eficácia e os problemas aí decorrentes é entender porque há tantas normas previstas na Carta Maior quanto direitos de conteúdos vazios e inoperantes. Discute-se a problemática da eficácia das normas constitucionais a partir de fatores impeditivos e a atuação do judiciário diante de tais obstáculos ao efetivo exercício dos direitos fundamentais, através de um levantamento bibliográfico-jurisprudencial, da análise de textos legais relacionados à temática e de uma visão transdisciplinar das ciências. Constata-se que os obstáculos à regulamentação estão situados no aspecto legal, pela ausência de normas regulamentadoras, no orçamentário, pela insuficiência de verbas destinadas à implementação de políticas públicas, e no ideológico, exercido por agentes políticos para a promoção da neutralização e controle social, através de uma atuação interativo-comunicacional. Conclui-se que o judiciário pode ser um forte aliado do cidadão na concretização dos direitos aventados na Constituição, por oferecer alternativas às lacunas deixadas pelo legislador constituinte e mora do legislador ordinário.
Palavras-chave: Eficácia das normas constitucionais. Fatores impeditivos. Papel do Judiciário.

ABSTRACT: The constitutional laws, on the condition of basic and higher fundamental orders, take great importance concerning the study of the rights protected in the native legal system because the concomitant fact of bearing the quality of original sources of rights, prevent others from being created when confronted with their (constitutional) devices. To study its effectiveness and the problems arising from it is to understand why there are so many rules laid down in the Constitution as rights of empty and dead content. The work discusses the issue of effectiveness of constitutional impediments from actions of the judiciary among such obstacles to the effective exercise of fundamental rights through a bibliographical and jurisprudence research, analysis of legal texts related to the theme and

* Acadêmico do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Extensionista do Projeto Cinelegis da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN e Simulação Inter-Múndi da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do RN – FARNSIM. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

a multidisciplinary vision of science. It appears that the regulatory obstacles are located in the legal aspect, the absence of regulatory standards, the budget, the lack of funding for implementation of public policies and the ideological, exercised by political agents for the promotion of social control and neutralization through a communicative and interactive actuation. It is concluded that the judiciary can be a strong ally in the implementation of the citizen's rights exposed in the Constitution by offering alternatives to the gaps left by the constitutional legislator and the delay of the ordinary legislator.
Keywords: Efficacy of constitutional laws. Factors of Impediments. Role of the Judiciary.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o universo jurídico contemporâneo vem assistindo à ruína de um obsoleto modelo de Estado estritamente legalista - "legicentrista"- *pari passu* ao nascimento de um novo modelo paradigmático calcado na supremacia das normas constitucionais.

Não mais consideradas meras e triviais "diretrizes" abstratas destituídas de imperatividade e de autêntico valor jurídico, as normas constitucionais, em sede do que hodiernamente chamamos Neoconstitucionalismo ou da "constitucionalização do Direito", foram alçadas à condição de dispositivos supremo-fundantes de toda ordem jurídica pátria. Desse modo, os princípios e regras constitucionais passaram a constituir tanto parâmetros para emanação de normas como fontes diretas de direitos e obrigações.

E, justamente por ostentarem tal importância, o estudo das normas constitucionais, na vertente de sua eficácia, nos enviesa por um caminho que torna lúcida, ou ao menos se esforça a esclarecer o porquê de termos um rol tão numeroso de direitos e garantias – na Carta Constitucional, e reflexivamente em diplomas legais – e, não obstante, carecermos de suas materializações no mundo dos fatos.

Assim, este artigo inicia-se com uma análise da eficácia das normas jurídicas na sua conceituação e diferenciação de outros institutos, reservando subtópico destinado ao estudo das normas constitucionais, gerais e programáticas, particularmente por estas constituírem categoria especial de normas, dependentes de integralização, e que, por este motivo, são empregados como instrumentos, sob as mais diversas condições, a fim de dificultar o exercício dos direitos por parte do cidadão.

Em um segundo momento, investiga-se, mais detidamente, parte dessas condições *ut supra,* as quais impossibilitam as normas de terem suas eficácias plenamente incidentes e exercíveis ao materializarem-se nos seguintes óbices: fator jurídico, identificado pela reserva legal; fator econômico-financeiro, refletido pela reserva do possível, e o fator ideológico, demonstrado pelo controle psicológico exercido por parte dos agentes políticos.

Superada essa segunda parte, adentraremos no terceiro e último estudo deste trabalho, o qual se destina a investigar o judiciário como órgão capaz ou não de dirimir tais lesões, com o fito de viabilizar a efetivação dos direitos fundamentais no bojo do Estado Democrático de Direito.

Objetiva-se, assim, identificar as possíveis causas que estejam impedindo a eficácia plena das normas, e, por extensão, o exercício efetivo dos direitos consubstanciados nas normas constitucionais, apontando uma possível solução para essa problemática.

2 DELIMITAÇÃO DO OBJETO DA EFICÁCIA JURÍDICA

Abstraindo quaisquer pretensões classificatórias e exaustórias acerca do tema, urge-se no presente artigo, antes de qualquer coisa, que se faça uma delimitação acerca do significado do que seja o atributo da eficácia, inerente ou não às normas jurídicas, bem como sanar possíveis confusões doutrinárias que envolvam o termo e outros institutos afins, de forma breve e objetiva.

Conforme lição do ilustre professor Norberto Bobbio (2008, p. 27), a eficácia das normas jurídicas estaria intrinsecamente ligada ao fato de estas serem ou não seguidas pelas pessoas a quem se destinam, e, caso sejam violadas, sejam observadas por meios coercitivos pela autoridade que as estabeleceu. Coadunando com a mesma linha de pensamento, Miguel Reale (2010, p.112) nos ensina que "a eficácia se refere, pois, à aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é regra jurídica enquanto momento da conduta humana".

Verifica-se que, até então, os referidos autores atribuíam como qualidade inerente à eficácia das normas, condutas que correspondessem a suas prescrições, isto é, ao fato de serem obedecidas. Contudo, a propósito de

uma conceituação mais genérica, leciona Luís Roberto Barroso (2002, p. 83) ser eficácia tão somente a "aptidão para produção de efeitos", e complementa, afirmando ser eficaz "o ato idôneo para atingir a finalidade para o qual foi gerado".

O mesmo autor supracitado, afastando possíveis confusões doutrinárias, diferencia a eficácia da efetividade (eficácia social), definindo esta como sendo a "concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos." (BARROSO, 2002).

Dada à importância que o atributo da eficácia possui, há autores que chegam a identificá-la como requisito mínimo para validade formal das normas[1], ou mesmo como uma dimensão desta[2].

Não se pode confundir, ademais, os institutos retrocitados com outros atributos como a validade, vigência e vigor de uma norma, distinção ignorada por alguns autores[3]. Há de se entender que, enquanto o termo vigência está correlacionado ao tempo de duração de uma lei, o vigor relaciona-se à sua força vinculante (GONÇALVES, 2010, p.60) [4]. Uma norma válida, diversamente, é aquela integralizada no ordenamento jurídico, quando atendidas as formalidades legais e materiais conteudísticas (FERRAZ JR., 2008, p. 165).

2.1 EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E AS NORMAS PROGRAMÁTICAS

Não obstante muitos eminentes autores discorrerem sobre o tema, a classificação escolhida para ser abordada no presente artigo foi a desenvolvida com fulcro na obra Aplicabilidade das Normas Constitucionais, cujo autor, José Afonso da Silva, subdivide as normas constitucionais em normas

1 Kelsen (KELSEN, 1999), Miguel Reale (REALE, 2010), Dreier (DREIER apud HABERMAS, p. 51). Em sentido contrário cf. Bobbio, para quem a eficácia, justiça e validade das normas são atributos que, embora correlacionados, são independentes.

2 Nesse sentido Habermas (1997, p.51); afirmando que a validade social (facticidade, efetividade ou *Geltung*, em alemão) se mede pelo grau de obediência às normas –, e conjuntamente com a legitimidade formariam a validade.

3 Ver, por exemplo, Miguel Reale, para quem vigência e validade formal possuem o mesmo objeto semântico (REALE, 2010, p. 105).

4 No mesmo sentido julgado do TRF1 Apelação Cível AC 14904 AM "2. Não há como se confundir vigência, eficácia e vigor de um ato normativo, pois enquanto a vigência diz com o seu tempo de validade, a eficácia representa a sua aptidão para produzir efeitos concretos e o vigor revela a sua força vinculante". Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2222380/apelacao-civel-ac-14904-am-950114904-8-trf1>. Acesso em: 27 dez. 2011.

de eficácia plena, contida e limitada.

A primeira categoria seria formada por aquelas normas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais. As segundas, a exemplo das primeiras, também incidiriam imediatamente e produziriam (ou poderiam produzir) todos os efeitos almejados, porém poderão prever reservas que permitam manter sua eficácia contida dentro de certos limites. Por fim, as terceiras, limitadas, seriam todas as outras que, com a entrada em vigor, não estão aptas a produzirem seus efeitos essenciais, devido ao fato de o legislador constituinte, por algum motivo, não ter estabelecido, sobre a matéria, uma normatividade para isso o bastante, deixando tal encargo ao órgão do executivo ou ao legislador ordinário.

Assim, em suma, as normas de eficácia plena seriam de aplicabilidade direta, imediata e integral; as normas de eficácia contida possuiriam direta e imediata aplicabilidade não integral, por estarem passíveis de restrições e, por fim, as programáticas ostentariam a qualidade de indiretas, mediatas e não integrais. (SILVA, 1998).

Em que pese a difundida proposta doutrinária classificatória acima exposta, não poderíamos deixar de mencionar autores que, oportunamente, a criticam incisivamente, invocando, para tanto, dispositivo da própria Constituição Federal[5]. Assim, por exemplo, aduz Leonardo Martins:

> A classificação das normas constitucionais quanto à intensidade de suas "eficácias" ("plena", "contida" e "limitada") cunhada pelo citado autor José Afonso da Silva ainda na década de 1960 não tem como subsistir após 1988 em face do teor do art. 5º, § 1º, da CF. "Aplicação imediata" denota todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais que devem ter, segundo a vontade do constituinte, a mesma eficácia, o mesmo efeito jurídico (MARTINS, 2010, p. 90- 91).

Contudo, reconhece-se que o efeito imediato dos direitos fundamentais não se manifesta plenamente no caso dos direitos sociais, os quais consistem em pretensões dos indivíduos diante do Estado e, assim, não podem ser exercidos de forma imediata, tal como estabelece a referida norma (MARTINS, 2010, p.91).

5 "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" (Art. 5º, § 1º, CF).

E acrescenta:

> O mesmo ocorre com os direitos difusos que são insuficientemente delineados no texto constitucional. Basta indicar que a defesa do consumidor é mencionada de maneira genérica no art. 5, inciso XXXII que por si não é apto a produzir efeitos vinculantes nas relações de consumo[6] (MARTINS, 2010, p. 91).

O próprio Canotilho, citado por Gilmar Mendes, expõe que, malgrado a presença do dispositivo constitucional retro (CF, art. 5.º §1.º), "não significa que sempre, de forma automática, os direitos fundamentais geram direitos subjetivos, concretos e definitivos" (CANOTILHO apud MENDES et al, 2009, p. 286).

Ao seu viés, as normas de eficácia limitada – especificamente as programáticas – são, pois, todas aquelas normas que, além de direcionar a atuação estatal em prol de um determinado fim e possuir cunho principiológico-interpretativo, são também normas do texto legal, a exemplo do art. 203, V, da Constituição Federal. E, por isso, configurariam direitos públicos subjetivos positivos do indivíduo para com o Estado, no sentido de se impor ao legislador ordinário ou ao órgão administrativo, o dever de concretizá-los mediante edição de normas integralizadoras, sob pena de constituir estorvo ao exercício dos direitos e lesão à própria Constituição.[7]

Desta feita, passados os aportes teóricos expostos para uma melhor compreensão do tema, passaremos a direcionar o estudo com maior ênfase aos fatores legais, econômicos e ideológicos que estariam figurando como óbices para a efetivação/concretização das normas constitucionais.

3 FATORES ÓBICES PARA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS

3.1 FATOR JURÍDICO (LEGAL)

Os fatores jurídico-dogmáticos que corroboram para a falta de efetividade das normas constitucionais, conforme já exposto, consubstanciam-

6 "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor" (Art. 5º, XXXII, CF).

7 Tal posicionamento contraria parte da doutrina (Luís Roberto Barroso) para quem as normas programáticas possuem unicamente conteúdos finalísticos e consagram unicamente direitos subjetivos negativos dos indivíduos para com o Estado. Ver BARROSO, 2002, p. 121.

se na maior parte dos casos na falta de uma norma legal para integralizar a norma carecedora de regulamentação (reserva legal).

Assim, por exemplo, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

> SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. INDENIZAÇÃO. REVISÃO GERAL E ANUAL. Inadmissibilidade. Norma dependente de lei específica, de iniciativa do Poder Executivo. Não cabe ao Judiciário suprir eventual omissão do Poder Executivo. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Decisão de caráter meramente declaratório. Ainda que reconhecida a omissão do chefe do Poder Executivo, em observar a norma do artigo 37, inciso X, da Constituição Federal, não há se falar em indenização, em face da falta de prazo estipulado para o seu atendimento - Inocorrência de prescrição. Preliminar afastada. Recursos providos. (SÃO PAULO, 2009).

Para identificar estas normas, ensina Mendes (2009, p. 331): "o constituinte utiliza-se de expressões diversas, v.g., 'nos termos da lei' (art. 5, VI e XV), 'nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer' (art. 5, XII)". E conclui, "outras vezes, a norma fundamental faz referência a um conceito jurídico indeterminado, que deve balizar a conformação de um dado direito. É o que se verifica, v.g., com a cláusula de 'função social' (art. 5, XXIII)".

É pertinente atentar que tais omissões, quer por parte do legislador ordinário, quer da administração, importam em sérias lesões aos seus titulares, por configurarem não apenas "programas" para os órgãos políticos mas, sobretudo, como verdadeira obrigação de adimplir com esse dever sob pena de quedar-se em mora, podendo até mesmo, consoante lembra Martins, serem penalizados por crime de responsabilidade (impeachment) (MARTINS, 2010, p. 93).

Com efeito, podemos concluir que o art. 5, § 1, CF, autoriza qualquer cidadão a pleitear seus direitos lesados no judiciário, mediante instrumento idôneo, em face da inércia do órgão responsável. Poder-se-ia citar, a título exemplificativo, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ação popular, e o mandado de injunção.

Ratificando o exposto, leciona Michel Temer (1990, p. 28): "Os princípios fundamentais ali estabelecidos (Constituição Federal) podem ser

avocados na sua plenitude, até que sobrevenha legislação regulamentadora, quando for o caso, de sua utilização".

3.2 FATOR ECONÔMICO-ORÇAMENTÁRIO

Outro grande obstáculo que se sobrepõe à consecução dos objetivos delineados pelas normas constitucionais encontra terreno na questão orçamentária.

Por sua vez, reveste-se de tamanha importância o orçamento público na medida em que figura como "instrumento representativo da vontade popular", além de não mais reproduzir um quadro frio e contábil das despesas e receitas públicas como o era antes, mas principal instrumento de intervenção estatal (HARADA, 2009, p. 58-62).

Aliás, essa mesma ideia de "meio ou instrumento" é apresentada por Aliomar Baleeiro nas seguintes palavras:

> A preocupação não deve residir em equilibrar o orçamento como se este fosse um fim em si mesmo e não simples meio ao serviço da prosperidade nacional. Não se trata de equilibrar o orçamento, mas fazer com que este equilibre a economia nacional (BALEEIRO, 1981, p. 396).

E, em passagem anterior, ao comentar o aspecto político do orçamento, o mesmo autor explica que é a forma pela qual o orçamento revela-se com clareza, em prol de grupos sociais e regiões ou para solução de problemas e necessidades, funcionando principalmente em proveito do aparelhamento de serviços públicos (BALEEIRO, 1981, p.387-388).

Do exposto até aqui, depreende-se a grande importância que a destinação do orçamento possui no trato dos problemas sociais e, por extensão, na concretização das normas constitucionais, sociais, precipuamente. A elaboração do orçamento é um ato eminentemente político, e requer a ponderação minuciosa de interesses para que não se incorra em injustiças.

Todavia, encontra o orçamento obstáculo à sua plena incidência, pois, pela chamada "reserva do possível". Nessa linha, os recursos públicos seriam insatisfatórios para abarcar as necessidades sociais, impondo ao Estado, sempre a tomada de decisões difíceis (BARROSO, 2011a, p. 24). Ra-

tificando a já mencionada importância das decisões político-orçamentárias, lembra o ilustre constitucionalista que "investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros". E acrescenta que "de fato, o orçamento apresenta-se, em regra, da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais".

Em que pese tal dilema, propugna Ana Paula Barcellos que se deve alçar o "mínimo existencial" à condição de prioridade estatal, como condição ínsita ao princípio da dignidade da pessoa humana, já que:

> Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverão investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível (BARCELOS apud CASTRO, p. 128).

Em tempo, contudo, mostra-se oportuna a crítica apresentada pelo professor Leonardo Martins, para quem três são os motivos pelos quais se configuram ilegítimas as alegação da reserva do possível:

> O "possível" não é uma grandeza objetivamente aferível no que diz respeito à atuação do Estado. Tais medidas enfrentam sempre protestos e geram o denominado custo político, pois prejudicam os interesses econômicos de determinadas categorias de pessoas, b) como inexiste hierarquia de valor ou relevância dos direitos fundamentais, falta base normativa para comparações entre as políticas publicas, não sendo, portanto, a ele possível aferir se a realização de certo direito é "possível" c) a impossibilidade de o Estado atender demandas de despesa não pode servir como limite constitucional ao seu dever de concretizar um direito social tanto no plano geral, quanto individual. Isso se deve a razões processuais (DIMOULIS, MARTINS, 2010, p. 93-94).

Em ADPF 45/DF, o relator Ministro Celso de Mello, diverge, afir-

mando ser legítima a alegação da reserva do possível perante órgãos públicos, porém, advertindo para fato de que:

> A cláusula da "reserva do possível" – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade[8] (DISTRITO FEDERAL, 2004).

3.3 FATOR IDEOLÓGICO: A EFICÁCIA E ATIVIDADE LEGIFERANTE SIMBÓLICOS - EXEMPLOS DE CASOS BRASILEIROS

Vale salientar, antes de tudo, que de nenhum modo o fator ideológico está apartado, estanque ou independente aos fatores jurídicos e econômico-orçamentários, mas, pelo contrário, muitas vezes, oculta-se sob os argumentos da reserva legal e do possível para fazer valer o objetivo a que se destina – controlar e neutralizar as ações sociais.

Para o presente tópico faz-se uso, precipuamente, do estudo do professor Marcelo Neves (1994, p. 32), acerca do simbolismo das legislações, entendidas estas como portadoras de "textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, **primária e hipertrofiamente**, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico." (grifo nosso).

Diante dessa conjuntura, delimitam-se três funções[9] a que se servem as legislações simbólicas para entendimento de suas atuações nos ordenamentos jurídicos modernos e de suas consequências no que tange à legitimação no cenário político-social vigente num contexto de manipulação ideológica.

Assim é que as legislações simbólicas servem para confirmar valores

8 Para julgados que versem sobre a questão orçamentária, cf. AI 70044908853 RS, Relator: Rui Portanova. Data de Julgamento: 09/09/2011, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/09/2011; AI 6751546 PR 0675154-6, Relator: Eduardo Sarrão. Data de Julgamento: 07/05/2010, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 386.

9 Em síntese: servem para confirmar valores sociais, demonstrar a capacidade de ação do Estado frente aos indivíduos e firmar compromissos dilatórios. Tal proposta tricotômica foi elaborada por Harald Kindermann (NEVES, 1994, p.34).

sociais, v.g, no caso de "grupos que 'veem a vitória legislativa' como uma forma de reconhecimento da 'superioridade' ou predominância social de sua concepção valorativa, sendo-lhes secundária a eficácia normativa da respectiva lei" (NEVES, 1994, p. 34). E a influência na atividade legiferante se dá justamente "no sentido de que sejam formalmente proibidas condutas que não se coadunam com os seus valores, assim como permitidos ou obrigatórios os comportamentos que se conformam aos seus padrões valorativos" (NEVES, 1994, p. 34).

No cenário brasileiro poderíamos citar certas manifestações LGBT[10] em prol de políticas legislativas que visem a reafirmar a posição cultural de seus militantes e alçá-los a uma condição privilegiada frente aos demais. As sanções e penas aplicáveis às infrações cometidas serviriam apenas como meio de reafirmar o primeiro propósito.

As ditas legislações simbólicas também possuem em seu arcabouço finalístico demonstrar a capacidade de ação do Estado frente aos seus subordinados. Exemplo claro dessa falcatrua encontra-se na lição do professor Tercio Sampaio (2008, p. 167-168):

> É o caso da norma constitucional sobre o salário mínimo, que prevê para ele um valor suficiente para atender às necessidades vitais do trabalhador e de sua família com moradia, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social (Constituição de 1988, art.7, IV); nas condições brasileiras atuais, a lei salarial não atende ao valor exigido pela Constituição que, se atendido, certamente levaria a um tumulto nas relações econômico-sociais; mas a norma constitucional produz, não obstante isso, um efeito ideológico simbólico: a Constituição garante o salário mínimo!

Tal situação seria viabilizada por *fatores normativos de poder, o poder de violência simbólica,* entendendo esse como poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo, portanto o mundo; poder qua-

10 Veja-se, por exemplo, a PLC 122/06 (a chamada Lei da Mordaça), prevendo pena de detenção ou reclusão àqueles que, por motivos religiosos ou crença (direitos constitucionalmente garantidos no art. 5, VI, CF) pronunciem-se, por exemplo, em cultos ou missas, contrários a práticas homossexuais.

se mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força, graças ao efeito específico da mobilização, o qual só exerce se for *reconhecido,* quer dizer, ignorado como arbitrário (BOURDIEU, 2002, p. 14).

Trata-se, como se pode ver, de uma relação eminentemente *comunicacional e interativa.*

Tercio Sampaio, mais uma vez, explica:

> Não se trata de coação, pois pelo poder da violência simbólica, o emissor não co-age, isto é não se substitui ao outro. Quem age é o receptor. Poder aqui é controle. Para que haja controle é preciso que o receptor conserve suas possibilidades de ação, mas aja conforme o sentido, isto é, o esquema de ação do emissor: por isso, ao controlar, o emissor não elimina as alternativas de ação do receptor, mas as neutraliza. Controlar é neutralizar, fazer com que, embora conservadas como possíveis, certas alternativas não contem, não sejam levadas em consideração (FERRAZ JR, 2008, p. 242).

Na *práxis*, fazendo uso dos termos técnicos mencionados acima pelo autor e do exemplo do salário mínimo verificamos que a população (receptores), na condição de titulares das normas emanadas pelo Estado (emissor), ostentadores da posição de cidadãos e co-participes da atividade política dessa máquina administrativa, possuem instrumentos idôneos para fazer valer seus direitos, tais como mandado de injunção, habeas corpus, ADI (não-supressão das possibilidades de ação), porém, não encontram motivos para ir às ruas ou ao Judiciário pleitear por um salário mínimo justo[11], porque o Estado já o garante na qualidade de norma constitucional (controle neutralizador).

Por derradeiro, poder-se-ia citar a legislação como *fórmula de compromisso dilatório*, tendo em vista a promanação de normas que são feitas para não serem cumpridas. No Brasil, particularmente, tivemos o caso do direito de greve dos servidores públicos que, depois de uma viragem jurisprudencial inovadora-concretista, o STF estendeu o regulamento da greve dos trabalha-

11 Isso porque, segundo apontam pesquisas oficiais, um salário mínimo digno de suprir as necessidades **básicas** do trabalhador brasileiro chegaria a R$ 2.349,26. Valor este 4,31 vezes maior que o atual (R$ 545,00). Fonte: Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese).

dores em geral aos servidores públicos[12]. Como se pode ver, desde a promulgação da Carta Maior foram quase 19 anos sem efetiva regulamentação. E isso se deve ao fato de não interessar ao Estado regulamentar um direito que, *a priori*, resultaria em mais despesas e prejuízos, além de poder causar eventuais paralisações na máquina administrativa. De qualquer forma o direito está lá, escrito, e isso é o que importa para o controle Estatal neutralizante.

Desse modo, o "acordo não se funda, então, no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado." (NEVES, 1994, p.41).

Por seu turno, tratando mais especificamente das normas constitucionais programáticas, Neves adverte que não cabe atribuir a falta de concretização normativa de determinados dispositivos constitucionais simplesmente ao seu caráter programático, pois sua presença em excesso no ordenamento jurídico está ligado diretamente ao simbolismo da Constituição. De modo que "dela não resulta normatividade programático-finalística, antes constitui um álibe para os agentes políticos" (NEVES, 1994, p. 103-104).

Por fim, para não ficarmos apenas na leitura doutrinária, nesse mesmo sentido, inclusive, foi o entendimento do Juiz Rubens Calixto no acórdão proferido em julgado pelo TRF3:

> Não há como manter a velha concepção de que as normas programáticas, como as que estabelecem o direito à saúde, são meras diretrizes a serem seguidas de acordo com a livre discricionariedade do administrador público (SÃO PAULO, 2011).

4 ATUAÇÃO JURISDICONAL: SOLUÇÃO?

A polêmica questão que envolve a ascendente atuação do Judiciário na sociedade e na vida política do Estado – judicialização e ativismo judicial [13] – tem suscitado debates calorosos, no que tange à legitimidade ou não, em maior ou menor grau, da intromissão das decisões judiciais em questões que, *a priori*, caberia aos demais órgãos políticos. Tal debate tem-se revestido de vultoso prestígio à proporção que promove alternativas aos antigos

12 BRASIL. STF. MI 670, Relator para o acórdão Gilmar Mendes; MI 708. Relator: Gilmar Mendes, e ML 712, Rel. Eros Grau (p. 1273).

13 Cf. BARROSO, 2011b, p. 6.

estorvos sofridos em face das lacunas no ordenamento jurídico, como reacende o embate emergido em torno da reforma democrática[14] [15].

Talvez a crítica mais frequente interposta contra esse fenômeno relativamente recente da democracia brasileira poderia ser sintetizada pelo seguinte trecho proferido pelo professor Ives Gandra Martins, em que, por ocasião dos debates das audiências públicas da constituinte, afirmou:

> Por outro lado, a fim de não permitir que o Judiciário se transformasse em legislador positivo, foi determinado que, na ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), uma vez declarada OMISSÃO DO CONGRESSO, o STF comunicasse ao Parlamento o descumprimento de sua função constitucional, sem, entretanto, fixar prazo para produzir a norma e sem sanção, se não a produzisse. NEGOU-SE, assim, AO PODER JUDICIÁRIO, a competência para legislar (grifos do autor).

Ademais acrescenta:

> Este ativismo judicial, que fez com que a Suprema Corte substituísse o Poder Legislativo, eleito por 130 milhões de brasileiros - e não por um homem só -, é que entendo estar ferindo o equilíbrio dos Poderes e tornando o Poder Judiciário o mais relevante dos três, com força para legislar, substituindo o único poder que reflete a vontade da totalidade da nação, pois nele situação e oposição estão representadas (MARTINS, 2011).

Por outro lado, segundo seus defensores, advoga-se que: "o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais" (BARROSO, 2011b, p.10).

E essa importância é refletida nas próprias audiências públicas e o jul-

14 A propósito dos problemas concernentes à concretização dos direitos, lembrar-se dos fatores jurídicos e econômico-financeiros expostos em tópicos anteriores e que têm sido solucionados por meio da atividade ativista. Ver MI 708, Rel. Gilmar Mendes, para tratar do fator jurídico e RE-AgR 393175 RS que aborda o fator econômico-financeiro.

15 Nesse sentido Barroso (2011b, p. 19), para quem "A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política".

gamento acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias, pelo STF, que tiveram bem mais visibilidade e debate público do que o processo legislativo que resultou na elaboração da lei (BARROSO, 2011b, p.10).

Sintetizando, usa-se assiduamente, de um lado, o argumento da falta de legitimidade dos órgãos do Poder Judiciário e, de outro, a comprometedora mora do legislador ordinário em tornar perfeitamente exercitáveis os direitos a ele delegados para devida integralização.

Em que pesem os argumentos interpostos na tentativa de deslegitimar a atuação crescente da atividade judicante ativista, parece-nos que assiste razão aos seus defensores, na medida em que configura maior lesão o fato de seus titulares não poderem exercer seus direitos - erigidos à condição de cláusulas pétreas (art.60, par. 4, IV, CF) -, como também são atentatórias ao próprio fundamento do Estado Democrático de Direito consubstanciado na cidadania (art. 1, II, CF) – entendendo esta como a possibilidade efetiva das pessoas de exercerem seus direitos.

Ainda, mitiga-se a tese da ilegitimidade democrática aduzindo que juízes e tribunais fiquem adstritos à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular, posto que "diante de cláusulas constitucionais abertas ou fluidas – como dignidade da pessoa humana, impacto ambiental –, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo" (BARROSO, 2011b, p.18).

Aliás, justamente esse caráter implementador da decisão judicial, advinda da própria exigência de integralização das normas de eficácia limitada, é que

> Tornaria legítima a desneutralização da função do Judiciário, ao qual, perante os direitos sociais ou perante sua violação, não cumpriria apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei, mas também examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados (BRASIL, 2011).

Ademais, advirta-se que não se está aqui defendendo a substituição definitiva das decisões judiciais pelo legislador, mas apenas provisoriamente e com certa cautela, enquanto este órgão político não cumpre com seu de-

ver constitucionalmente posto, porquanto "até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Consistindo em um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado" (BARROSO, 2011b, p.19).

Por fim, no trato com a legislação simbólica, especificamente, o magistrado também desempenharia importante papel conforme "seja sua função enfrentar esta questão, trazer aos processos estas questões simbólicas para tentar dar-lhes a devida instrumentalização, tornando valores simbólicos em Direito Material, a ser gozado pelos cidadãos" (SANTA CATARINA, 2011).

5 CONCLUSÃO

De todo exposto, extrai-se que a eficácia jurídica – entendida esta como a aptidão de uma norma para produzir efeitos -, especificamente das normas constitucionais, é prejudicada por certos fatores, ínsitos a ela própria (ausência de norma) – reserva legal – e fatores extrínsecos à ordem jurídica, mas com implicações nesta, como são os obstáculos financeiro-orçamentários ou mesmo a vontade política daqueles que detêm o poder (ideológico).

Assim, deixado ao alvedrio do legislador, nota-se que a reserva legal representa forte obstáculo ao exercício do direito, em sua concretização, o que, como visto, pode demorar anos a fio.

A reserva do possível, outrossim, constitui um óbice, pois muitas vezes é pretexto utilizado dolosamente pelos órgãos públicos para não efetivar um determinado direito. Ademais, em virtude da ausência de critérios objetivamente aferíveis para comprovar o "possível", torna-se dificultoso estabelecer um controle adequado.

Doutro flanco, muitas das normas constitucionais estão positivadas na Carta Maior apenas como "vitrines", verdadeiros "ornamentos". Apresentam-se como normas que seu conteúdo é jurídico-normativo, mas que servem, tão somente para atender aos interesses dos agentes políticos, a fim de controlar os anseios sociais sem que estes sejam efetivamente atendidos. É o controle ideológico.

Por fim, conclui-se que o judiciário, órgão do Estado com o prestígio cada vez maior, estaria apto a corrigir tais mazelas, deixadas na forma de lacunas pelo legislador constituinte, e pela mora do le-

gislador ordinário. Assim, malgrado argumentos contrários à atuação ativista dos juízes, tal atividade, desde que exercida com controle, tem se mostrado, majoritariamente, como um grande aliado da democracia, na proporção em que, preenchendo as lacunas e transformando valores simbólicos em direitos materiais concretos tornaria plenamente exercíveis os direitos do cidadão.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2011.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Eletrônica da OAB**, n. 3, jan./fev. 2009. Disponível em: <http:www.oab.org.br./oabeditora/users/revista/123506667017421818190 1.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2011.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da Constituição brasileira. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BOURDIEU, Pierre. Sobre o poder simbólico. **O poder simbólico**. 5.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. Cap. 1.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988.

_____**.** Supremo Tribunal Federal. ADPF 45/DF. Relator: Min. Celso de Mello**. Informativo do STF,** Brasília, DF, n. 345, 2004.

_____. Tribunal Regional Federal (1º região). Apelação cível nº 14904- AM (95.01.14904-8). Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado, data de julgamento: 23/08/2006, primeira turma. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p.2, publicado em 4 set. 2006.

_____. Tribunal Regional Federal (3ª região). **Apelação Cível nº 6734 - SP 2002.61.00.006734-7.** Relator: Rubens Calixto, data de julgamento: 30 mar. 2011. Judiciário em dia – Turma D. Disponível em: < http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18871450/apelacao-civel-ac-6734-sp-20026100006734-7-trf3>. Acesso em: 27 dez. 2011.

CASTRO, Fernanda Barroso; MAIA, Christianny Diógenes. A efetividade dos direitos sociais e o ativismo judicial. **Revista de direitos sociais**, Fortaleza, v.1, n. 4, p. 119 – 134, fev. 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. . **ADPF 45/DF.** Rel. Min. CELSO DE MELLO. **Informativo do STF** , Distrito Federal, n. 345, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2008.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia:** entre a facticidade e validade. 4. ed. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. Cap. 1.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo. Editora Martins Fontes, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.1.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Constituição "conforme" do STF**. Disponível em: < http://www.memesjuridico.com.br/jportal/portal.jsf?post=33808>. Acesso em: 9 dez. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Marcelo. **A constituição simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, [s.d].

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento 358713 SC 2007.035871-3**. Relator: Newton Trisotto. Data de Julgamento: 17 mar. 2009. Primeira Câmara de Direito Público. Disponível em: < http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7775067/agravo-de-instrumento-ag-358713-sc-2007035871-3-tjsc/inteiro-teor>. Acesso em: 27 dez. 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Com Revisão: CR 9337195800 SP. Relator: Moacir Peres. 23/11/2009. **Diário Oficial [de São Paulo],** São Paulo, 29 dez. 2009.

_____. 7ª Câmara de Direito Público. **Acórdão nº 9337195800.** Relator: Moacir Peres. Data de Julgamento: 23 nov. 2009.

_____.Tribunal Regional Federal. **Ação Cível 6734 SP 2002.61.00.006734-7**,TURMA.AC 6734 SP 2002.61.00.006734-7. Relator: JUIZ CONVOCADO RUBENS CALIXTO, Data de Julgamento: 30 mar.2011.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

SUL 21. Disponível em: <http://sul21.com.br/jornal/2011/12/salario-minimo-deveria-ser-de-r-2-34926-aponta-pesquisa-do-dieese>. Acesso em: 22 dez. 2011.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

Correspondência | Correspondence:

Daniel Rocha Maia
Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Campus Universitário, s/n, Lagoa Nova, CEP 59.072-970. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3215-3487.
Email: daniel_rmaia@hotmail.com

Recebido: 29/12/2011.
Aprovado: 29/01/2012.