A “POLITIZAÇÃO” DO DIREITO E A EFETIVAÇÃO DE NORMAS DE CARÁTER PROGRAMÁTICO

JULIA MAURMANN XIMENES¹

RESUMO: O presente artigo busca analisar a efetivação de normas de caráter programático a partir do processo de “politização” do Direito, destacando o importante papel exercido pela jurisdição constitucional. Considerando este novo cenário, aponta-se ainda a necessidade de resgate da Teoria do Estado, com vistas ao cumprimento dos direitos sociais e conseqüente inclusão social.

PALAVRAS-CHAVE: Normas Programáticas; Jurisdição Constitucional; Teoria do Estado.

ABSTRACT: This article aims an analysis of the effectiveness of programmatic rules through the process of “politization” of law, distinguishing the important role of constitutional jurisdiction. Considering this new setting, it points out the need for a revival of State Theory, as a social rights fulfillment mean and resulting social inclusion.

KEYWORDS: Programmatic Rules; Constitutional Jurisdiction; State Theory.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Premissas Iniciais; 2. Efetivação das Normas de Caráter Programático; 3. A “Politização” do Direito e Inclusão Social; Conclusão; Referências Bibliográficas.

SUMMARY: Introduction. 1. Initial Premises; 2. Effectiveness of Programmatic Rule; 3. The “Politization” of Law and Social Inclusion; Conclusion; Bibliographical References.

INTRODUÇÃO

O campo jurídico brasileiro enfrenta um grande desafio neste início do século XXI – responder às novas demandas impostas pelo texto constitucional de 1988 e pela sociedade.

Estas demandas decorrem de duas premissas que não são exclusivamente brasileiras e que serão objeto de nossa análise neste trabalho. Elas podem

Artigo recebido em 10.03.2011. Pareceres emitidos em 18.04.2011, 27.03.2011 e 25.07.2011.

Artigo aceito para publicação em 05.09.2011.

¹ Advogada. Mestre em Direito. Doutora em Sociologia Política. Professora do Mestrado da Pós-Graduação, e da Graduação da Escola de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP. Diretora-Geral da Escola de Direito de Brasília/IDP. Pesquisadora líder do grupo “Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania” - DDFC. *juliximenes@idp.edu.br*

ser resumidas na expressão “politização do mundo do Direito”. Após a segunda Guerra Mundial, a centralidade dos Tribunais Constitucionais e o conteúdo político atribuído a vários textos constitucionais contribuíram para uma nova percepção da separação dos poderes e da revisão do isolamento do Direito de questões tidas como “políticas” defendido até então.

As duas premissas nos conduzirão à principal reflexão do presente trabalho: a jurisdição constitucional e a efetivação de normas de caráter programático. Cumpre salientar que deteremos nossa reflexão na jurisdição constitucional típica – o controle concentrado de constitucionalidade, e eventualmente teceremos comentários sobre o modelo difuso. Esta demarcação do objeto decorre de nosso posicionamento quanto ao próprio papel a jurisdição constitucional sob o viés da premissa política anteriormente apontada.

De algum modo o empolamento da polêmica ‘judicialização da política’ vs. ‘politização da justiça’, quanto ao papel real desempenhado pelos tribunais de justiça constitucional no processo político de concretização e realização da constituição – bem vistas as coisas, ao cabo e ao resto, um problema de legitimidade -, representa, a um tempo, tanto um momento de viragem do discurso constitucional, no sentido da sua renovação como ciência, quanto a um ponto de encontro e **de (re)dimensionamento dos domínios jurídico e político**. (QUEIROZ, 1990, p. 22) **(Grifamos)**

Assim, a proposta do presente trabalho é refletir sobre a efetivação de normas de caráter programático pela Jurisdição Constitucional considerando um importante elemento no desenho político e jurídico provocado pela Constituição de 1988 – a “politização do Direito”. A problemática que ampara a presente análise é: em que medida a nova configuração “política” do texto constitucional de 1988 influencia o desenho institucional democrático brasileiro e o debate sobre a efetivação dos direitos sociais?²

1. PREMISSAS INICIAIS

A primeira premissa, reconhecida pela literatura constitucional estrangeira e brasileira é o caráter político atribuído aos textos constitucionais.

Este processo é decorrente da recusa da neutralidade política atribuída ao Estado liberal do século XVII-XVIII. Neste formato, a relação entre Estado e Direito era de restrita observância da limitação do poder estatal na esfera individual do cidadão, na luta contra o Estado absoluto. Assim, não se discutia qualquer possibilidade de “prestação” por parte deste Estado na efetivação dos direitos formalmente previstos.³

² Cumpre padronizar a expressão direitos sociais: no presente texto ela substituirá os econômicos, sociais e culturais – DESC, usualmente utilizados.

³ Para a leitura positivista do Direito, o que importante é a previsão normativa do direito e não a sua efetivação, objeto de competência típica dos Poderes Executivo e Legislativo. Ao Poder Judiciário

Com o surgimento dos direitos sociais e a concepção do Estado de Bem-Estar Social, “o impacto do político nos problemas concretos da normatividade do Estado” (QUEIROZ, 1990, p. 11) passa a ser uma interrogação freqüente nas análises políticas e jurídicas da relação entre Estado e Direito.

Esta breve exposição sobre a história do Estado, perpassa também a do próprio constitucionalismo – primeiramente mero documento escrito que limitava a atuação do Estado⁴, a um segundo momento com um alargamento do conceito de constituição – “de estatuto de organização do Estado, a estatuto de ordenação das bases fundamentais da vida comunitária, e a introdução do ‘momento social’ na análise dos problemas constitucionais” (QUEIROZ, 1990, p. 98).

Tudo isto faz ganhar para a constituição a importante tarefa de “integrar” e “referir” no seu domínio de norma elementos de que outrora a sociedade se afirmara legitimamente como portador, elevando os conceitos de “consenso” de de “pluralismo” a categorias gerais do seu discurso normativo como ciência. A “igualdade de chances” (não de condições), a concorrência de oportunidades, enfim, a alternativa da minoria à maioria, substituem-se hoje ao comando da “vontade geral” como categorias gerais “legitimadoras da ação que o Estado entretanto assumiu no domínio da economia e da sociedade. A constituição assume ela própria a ‘legitimidade’ do conflito, procede à “integração” desses “corpos intermediários – institucionalizando-os -, promove ela própria o consenso e a tolerância entre os grupos como princípio máximo de convivência comunitária. (QUEIROZ, 1990, p. 96-7)

Portanto, o novo constitucionalismo, ou neoconstitucionalismo, traz para a discussão jurídica uma dimensão política. Por política entendemos os conflitos sociais, os direitos fundamentais sociais historicamente sonogados, as possibilidades transformadoras da sociedade a serem feitas no e a partir do direito (STRECK, 2007). Trata-se de ampliar a análise incluindo outras formas de sociabilidade⁵, as estratégias dos grupos e atores, nos princípios geradores das relações que os homens mantêm entre si e com o mundo.

resta a aplicação bilateral e comutativa dos direitos “formalmente” previstos. Retomaremos esta neutralidade do discurso positivista mais adiante.

⁴ “A identidade da constituição é, neste sentido, *fixa e excludente*: não se reporta ao processo de construção da ‘unidade política’ – ainda que o pressuponha’, antes se reporta ao documento jurídico ‘codificador’ de um conjunto de normas consideradas entre as demais como reguladoras dos aspectos e princípios *fundamentais* da vida comunitária. A constituição como norma apresenta-se como um valor destacado do mundo das coisas reais (*Sein*), ou seja, no mundo das coisas jurídicas, não se destaca como um conceito ‘ideal’ ou ‘polêmico’, mas como *conceito jurídico sistemático* (*Sollen*), de ordenação e conformação da comunidade política, absolutizador da unidade da sua própria ordem” (QUEIROZ, 1990, p. 135). Grifos no original.

⁵ Aqui a sociabilidade é vista como um espaço de poder presente na sociedade que se relaciona com o Estado. O conjunto de práticas, discursos e instituições que procuram estabelecer uma certa ordem e organizar a coexistência humana em condições que são sempre potencialmente conflituosas, porque afetadas pela dimensão do antagonismo inerente às sociedades humanas.

Esta aproximação de novos atores, novos tipos de litígio, de novas visões e racionalidades acarretam a própria aproximação dos sistemas político e judicial. Isto porque no sistema político os atores são plurais, os litígios coletivos e a racionalidade material; enquanto no judicial há a bilateralidade, os litígios são individuais, e a racionalidade é formal. (FARIA, 2003).

A “politização” do texto constitucional acarretou uma abertura do campo jurídico, que deixa o espaço restrito do silogismo jurídico próprio do paradigma positivista, e se aproxima dos conflitos sociais e políticos, admitindo uma hermenêutica que compreende e então interpreta o caso. Isto porque o problema da teoria jurídica hoje é concretizar os direitos, resolver problemas concretos.

É nisso que está o diferencial em favor da hermenêutica, ao denunciar – e anunciar – que a diferença entre a regra (positivista) e o princípio (constitucional) é que está contido na regra, atravessando-a e resgatando o mundo prático. E, na medida em que o mundo prático não pode ser dito no todo – porque sempre sobra algo – o princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro (aqui, o antidualismo entra como condição de possibilidade para a compreensão do fenômeno) (STRECK, 2007, p. 194).

Esta nova compreensão do papel do Direito no século XX, mais próximo dos conflitos inerentes ao “político”, acarretou um novo espaço público de poder, deslocando o foco de tensões sociopolíticas dos poderes clássicos – Executivo e Legislativo, para o Sistema de Justiça.⁶ Aqui adentramos nossa segunda premissa – o caráter programático-dirigente dos textos constitucionais.

No contexto da “politização” do Direito e de sua centralidade, os textos constitucionais ampliaram sua participação normativa na definição de direitos. Os novos textos constitucionais ultrapassam a previsão da estrutura do Estado e incluem a percepção de “direito a ter direitos”, ou seja, o compromisso do Estado em efetivar direitos até então não constitucionalizados, como os direitos sociais.⁷

⁶ “Este deslocamento do locus conflitivo vem ocasionando um certo esgotamento do modelo clássico e estanque de separação dos poderes, substituindo-o por uma técnica distributiva de funções entre órgãos relativamente separados, mas interconectados entre si” (PORTO, 2006, p. 207).

⁷ Foi preciso a experiência vivida no séc. XX através de ditaduras que desdenharam os direitos humanos de tal forma para que fossem superadas as antigas reservas ao controle judicial de constitucionalidade e as portas se abrissem para ele. A Alemanha e a Itália instituíram Cortes Constitucionais através de suas Constituições pós-guerra. Espanha e Portugal seguiram o exemplo após as suas respectivas revoluções. Depois da queda dos regimes comunistas, que foram ferrenhos opositores de qualquer forma de controle judicial de atos estatais – com exceção da Iugoslávia e depois da Polônia –, todos os ex-membros da União Soviética e da Aliança do Leste europeu criaram as suas cortes constitucionais. Cortes constitucionais também surgiram no leste da Ásia e na América Latina após a queda das respectivas ditaduras e, posteriormente, na África, mormente na África do Sul, após derrocada do regime do apartheid. Em outros países afeitos à tradição inglesa como Canadá, Austrália e Índia, as respectivas

A função constitucional é ampliada para além da limitação do poder estatal, incluindo metas para o futuro – as normas programáticas.

As normas e princípios “directivos” e “programáticos” não possuem apenas uma eficácia obrigatória e plenamente vinculante em relação ao legislador ordinário. Vinculam ainda, dentro de certos limites e observadas certas condições, todos os órgãos constitucionais chamados à sua concretização e actualização. Melhor seria dizer-se que se dirigem, preliminarmente, não tanto à actividade legislativa quanto à chamada actividade de “indirizzo político”. Muito mais do que simples normas “directivas”, representam, objectivamente, um momento fixador na constituição do Estado de “directivas políticas gerais”, de “princípios directivos materiais”, numa época profundamente marcada pela intervenção deste último no domínio solidarista das “prestações sociais”. (QUEIROZ, 1990, p. 144).

Num primeiro momento a compreensão da norma programática sofreu forte influência positivista, o que acarretou a recusa da sua efetivação pelo campo jurídico. Trata-se de uma interpretação que insere estas normas programáticas como “derivação jurídica”, mantendo a concepção liberal dos direitos de defesa para direitos económicos, sociais e culturais. O conceito moderno de interpretação recupera a percepção da “decisão política” do Poder Judiciário de concretização do texto constitucional. “Por isto, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados” (PORTO, 2006, p. 209).⁸

As constituições dirigentes, entendidas como constituições programático-estatais não padecem apenas de um pecado original – o da má utopia do sujeito projectante. Como dissemos, elas ergueram o estado a “homem de direcção” exclusiva ou quase exclusiva da sociedade e converterem o direito em instrumento funcional dessa direcção. Deste modo, o Estado e o direito são ambos arrastados para a crise da política regulativa. (CANOTILHO, 2001, p. X).

Obviamente que a crença ingênua no poder de transformação da realidade pelo Direito perceptível na definição preliminar da Constituição Dirigente está em crise. Contudo, o debate sobre seu real poder “revolucionário” provocou

Supremas Cortes logo passaram a exercer a jurisdição constitucional. O mesmo é verdade para a Noruega e Israel. (GRIMM, 2006, p. 5)

⁸ Cumpre salientar aqui uma reflexão de Gilberto Bercovici que será retomada ao final deste trabalho: “A consolidação dos tribunais constitucionais na Europa e a tendência crescente à ‘normativização’ da Constituição favoreceram, ainda, uma ‘mudança de paradigmas’ na Teoria da Constituição, que passou a enfatizar muito mais a hermenêutica constitucional e o papel dos princípios constitucionais. Toda discussão sobre interpretação e concretização da Constituição passou a ser, ao mesmo tempo, uma discussão sobre o conceito e a Teoria da Constituição. (2003, p. 112)

um intenso movimento de provocação dos Poderes Legislativo e Executivo quanto à concretização do texto constitucional, valorizando ainda a jurisdição constitucional.

Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas a “linha de caminho de ferro” neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais. (CANOTILHO, 2001, XXX).

Entretanto, é preciso “levarmos a sério” (CANOTILHO, 2008, p. 51) o reconhecimento constitucional de direitos como o direito ao trabalho, o direito à saúde, o direito à educação, o direito à cultura, o direito ao meio-ambiente, o direito à segurança alimentar. É preciso analisar as normas programáticas “independentemente das dificuldades (reais) que suscita um tipo de direitos subjectivos onde falta a capacidade jurídica poder (=jurídico, competência) para obter a sua efetivação prática (=accionabilidade)” (CANOTILHO, 2008, p. 51).⁹

A partir desta primeira análise, a segunda premissa aqui apontada torna-se “natural” – a centralidade dos tribunais constitucionais. Isto porque após a Segunda Guerra Mundial, juntamente com a “politização” dos textos constitucionais há um “empoderamento”¹⁰ dos Tribunais Constitucionais e o controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade adquire força diante da importância atribuída às previsões constitucionais, que, conforme já apontado, ultrapassam a restrita organização do Estado e a limitação do seu poder quanto à esfera privada dos indivíduos. As normas programáticas e seu impacto na sociedade salientam este importante papel atribuído aos tribunais constitucionais.

O Tribunal Constitucional tem igualmente uma palavra a dizer no que concerne ao processo de concretização e aperfeiçoamento do direito constitucional. Mais do que nenhum outro órgão político, mais do que nenhum outro órgão constitucional, o Tribunal Constitucional joga literalmente a sua vida dia a dia sobre o acerto das suas competências. Um problema de legitimação tanto da sua existência como de cada uma das suas decisões. (QUEIROZ, 1990, p. 164).

Entretanto, a “politização” do Direito implica em tratar de demandas sobre justiça distributiva. A justiça distributiva se resume em dar a cada um a

⁹ Contudo, aqui discordamos de Canotilho quando ele defende que há uma metodologia “fuzzy” – os juristas não sabem do que estão falando, diante da indeterminação da teoria jurídica das normas programáticas, ou dos direitos econômicos, sociais e culturais. Para nós, é justamente no resgate da Teoria do Estado que podemos compreender o importante papel que tem sido exercido pela jurisdição constitucional na efetivação das normas de caráter programático, conforme retomaremos no final deste trabalho.

¹⁰ “Empoderamento” no sentido de valorização do seu papel institucional.

sua parte no mal comum (distribuição dos ônus) ou no bem comum (distribuição de benefícios), enquanto a justiça comutativa ou retributiva, típica da adjudicação é devolver e corrigir, restaurar ao estado certo ou anterior. (LOPES, 2006).

Uma boa parte da questão jurídica sobre os direitos sociais dá-se em torno da lentidão ou dificuldade da distribuição (afinal nisto interessam os direitos sociais, ou seja, a distribuição dos benefícios da vida em sociedade) pelo processo legislativo e pela Administração Pública. Na falta destas duas ordens de soluções, o sistema judicial vê-se confrontado com as expectativas de diversos grupos sociais que, apelando para os termos da declaração de direitos da Constituição Federal, desejam vê-los realizados e exigidos. (LOPES, 2006, p. 160)

Este é o grande desafio do Poder Judiciário hoje: adaptar-se a demandas de caráter “distributivo” e efetivar o texto constitucional diante das críticas que o acusam de “ativista”¹¹.

2. EFETIVAÇÃO DAS NORMAS DE CARÁTER PROGRAMÁTICO

A dinâmica do desenho institucional dos tribunais constitucionais após a Segunda Guerra Mundial reflete as duas premissas anteriormente discutidas: o caráter “político” do texto constitucional expresso nas normas programáticas. E mais:

Falar em justiça constitucional significa, portanto, abordar a importante temática da “judicialização da política” como expressão da institucionalização no aparelho de Estado de órgãos específicos de controle – os tribunais de justiça constitucional – como “árbitros supremos” ou “supremos guardiães” da ordem constitucional... (QUEIROZ, 1990, p. 166)

Portanto, nesta linha de raciocínio é possível “naturalizar” o próprio fenômeno da judicialização da política: trata-se de uma decorrência lógica das premissas apontadas: da “politização” e das normas programáticas. Então por que surgem tantas discussões e embates? Basicamente porque o sistema de justiça não está preparado para exercer esta função. Sua função típica está relacionada à adjudicação, conforme apontamos anteriormente.

A justiça constitucional existe para prevenir e corrigir actuações inconstitucionais dos órgãos de poder, sempre que estes, de forma clara e inequívoca..., ultrapassem as competências ou os limites que lhes foram constitucionalmente fixados. Neste sentido, a justiça constitucional, pormenor da relação de vida juridicamente normada, afirma a sua pertença a uma esfera de “direcção” do processo político.

¹¹ Não exploraremos o ativismo judicial, pois estamos dialogando apenas com a possibilidade de efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário, independentemente de análises sobre os limites, necessários, desta efetivação.

É, neste sentido, uma justiça simultaneamente política e jurídica: política, na medida enquanto direito político; jurídica, porquanto no processo da sua actuação não faz apelo a métodos políticos, mas a métodos exclusivamente jurídicos. Sob este ponto de vista, que é largamente maioritário, reveste inequivocamente uma natureza dual: a um tempo órgão político, mas também órgão jurisdicional... (QUEIROZ, 1990, p. 166)

Quando estas novas atribuições alteram a função típica atribuída ao Poder Judiciário, novos atores são inseridos no debate sobre a efetivação dos direitos constitucionalmente previstos, retomando o caráter “político” discutido anteriormente. Novas esferas de debate e novos atores no desenho institucional democrático questionam o papel do Estado.

Estas novas esferas de debate e novos atores consolidam o modelo comunitarista que influenciou o nosso texto constitucional:

A promulgação da *Constituição Cidadã*, cujo sistema de direitos fundamentais, como vimos, informa todo o ordenamento jurídico, é certamente a expressão definitiva do *movimento de retorno ao direito* no País. Não se trata, como poderia parecer à primeira vista, de uma mera reconstrução do Estado de Direito após anos de autoritarismo militar. Mais do que isso, o movimento de retorno ao direito no Brasil também pretende *reencantar* o mundo. Seja pela adoção do relativismo ético na busca do fundamento da ordem jurídica, seja pela defesa intransigente da efetivação do sistema de direitos constitucionalmente assegurados e do papel ativo do Judiciário, é no âmbito do constitucionalismo brasileiro que se pretende resgatar a *força do direito*. E são os constitucionalistas “comunitários” os encarregados deste resgate. (CITTADINO, 2000, p. 13-14) *Grifos no original*.

Para os fins do presente trabalho, destacamos uma das premissas do comunitarismo político: a participação do cidadão nos temas públicos. O pensamento comunitário encadeia uma idéia de Direito que sugere “atitude” (SCHMIDT, 2004). “E esta visão poderá ser interpretada no âmbito da jurisdição constitucional como uma compreensão dos mecanismos e das qualidades da autonomia pública enquanto projeto de elevação das formas de existência social. E a sua realização não ode ser orientada por uma teoria do direito que se sustenta na imparcialidade alcançada pela obrigatoriedade de critérios racionais supostamente universais.” (XIMENES, 2010, p. 41)

Assim, ainda que se possa abordar a própria legitimidade democrática da jurisdição constitucional, tema que não aprofundaremos aqui, a jurisdição constitucional proporciona um novo campo de embate sobre a concretização dos direitos constitucionais e assim, exerce um importante papel para a democracia.

Para a presente reflexão, democracia implica também em aproximação entre Direito e Política, no que Celso Campilongo defende como “o progresso

da democracia mede-se precisamente pela expansão dos direitos e pela sua afirmação em juízo” (CAMPILONGO, 1994, p. 48).

Portanto, ultrapassamos as duas visões radicais que Canotilho resume como presentes no debate hoje sobre a efetivação das normas de caráter programático:

A análise da forma como os juristas têm discutido o problema das prestações sociais nos conduz a duas visões distintas. A primeira pode ser descrita da seguinte forma: (i) as normas consagradoras dos direitos sociais, económicos e culturais consagram o direito à saúde, à segurança social, ao ensino; (ii) logo, todos temos direitos por via da Constituição a todas as prestações da saúde, da segurança social e do ensino; (iii) logo, a política do direito constitucionalmente conforme no campo destes direitos é a que consagra a gratuidade de todas as prestações reclamadas pela necessidade de realização destes direitos.

Em sentido diametralmente inverso, os ideólogos liberais partes das seguintes premissas: (i) os direitos sociais não são verdadeiros direitos porque não possuem a dignidade de direitos subjectivos; (ii) as normas constitucionais consagradoras desses direitos são normas programáticas que, em rigor, não deveriam estar no texto constitucional, pois as suas concretizações dependem das políticas públicas dos órgãos políticos legitimados para as desenvolver; (iii) os bens, protegidos por essas normas são, em primeira linha, bens privados, cuja protecção só excepcionalmente deve ser confiada as entidades públicas. (CANOTILHO, 2008, p. 260-61).

A proposta aqui apresentada é perceber a constitucionalização das normas de caráter programático em um contexto mais amplo de “politização” do direito e, portanto, resgatar a Teoria do Estado, como ator responsável pela efetivação dos direitos de caráter prestacional, já que a Constituição não se restringe aos direitos negativos.

A liberdade igual é interpretada, neste contexto, como a igual possibilidade de inclusão num sistema social diferenciado. A realização deste princípio de igualdade de inclusão continua a colocar o nó górdio da socialidade: a inclusividade pressupõe justiça quanto às possibilidades iguais de acesso. Como garantir esta justiça? A resposta, para muitos (nos quais nos incluimos), é a reinvenção do Estado Social. Os direitos sociais e os princípios socialmente conformadores significam, no actual contexto, a legitimação de medidas públicas destinadas a garantir a inclusão do indivíduo nos esquemas prestacionais dos sistemas sociais funcionalmente diferenciados. (CANOTILHO, 2008, p. 254-55)

A importância atribuída a Constituição e seu caráter político pode ser exemplificada no Brasil de forma recente. A prestação de alimentos e a garantia da segurança alimentar e nutricional aos cidadãos brasileiros surge com a política pública que criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar

e Nutricional – SISAN pela Lei nº 11.346, de 11 de setembro de 2006, estabelecendo que “por meio do qual o poder público, com a participação da sociedade civil organizada, formulará e implementará políticas, planos, programas e ações com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada” (art. 1º).

O direito à segurança alimentar foi objeto de Projeto de Emenda Constitucional de 2003 (PEC 47/03), que sugeriu a inclusão da palavra alimentação no art. 6º da Constituição Federal. Em fevereiro de 2010 a Emenda Constitucional nº 64 incluiu a palavra “alimentação” entre os direitos sociais.

Percebe-se que apesar da política pública já efetivada e em andamento, a “constitucionalização” do direito implica em determinar uma obrigação ao Estado Brasileiro, independentemente das mudanças de governo. A determinação constitucional do direito à alimentação obrigará a criação de programas, de políticas de governo¹² para sua efetivação. Ainda que as políticas de governo possam variar, elas devem procurar a consecução do mesmo objetivo anterior, o que de certa maneira vincula o Poder Executivo no futuro e corrobora com a “politização” do Direito anteriormente apontada.

Na figura abaixo tentamos ilustrar este novo cenário a partir da categorização dos diferentes conceitos e atores envolvidos.

Figura - Novos Atores no processo de “politização” do Direito

¹² Por política de Estado compreendemos as políticas públicas que perpassam as finalidades essenciais do Estado, ligadas à sua organização (política e social), estrutura e desenvolvimento. As políticas de governo são políticas pontuais e seus objetivos são o de aumentar a eficácia e a efetividade das ações de promoção e proteção dos direitos humanos, através da estrutura estatal já existente e utilizando-se dos mecanismos democráticos já estabelecidos. A própria estrutura do Estado, independentemente de composições políticas, mais próximas das políticas de governo. (AITH, 2006)

As setas à esquerda na figura compreendem os quatro momentos ou fases após a promulgação da Constituição de 1988. Assim, o poder constituinte provocou uma “politização” do Direito e um novo arranjo institucional para o Supremo, valorizando a Teoria da Constituição. Após a promulgação do texto temos um período de adaptação do campo jurídico quanto às normas programáticas: seu conceito, finalidade, com uma resistência de efetividade por parte do Poder Judiciário diante do caráter político que estas refletem.¹³

3. A “POLITIZAÇÃO” DO DIREITO E INCLUSÃO SOCIAL

Diante do exposto, adentramos nossa principal hipótese – a necessidade de resgatar a Teoria do Estado. O debate sobre a concretização das normas de caráter programático perpassa não apenas a compreensão da Constituição, mas a compreensão do Estado – “sem entender o Estado, não há como entender a Constituição” (BERCOVICI, 2003, p. 132).

Ao trazer o Estado de volta, os novos estudos das ciências sociais buscam entender o papel central do Estado na explicações sobre política e mudança social, respeitando a historicidade inerente às estruturas sócio-políticas e buscando entender as implicações do nível nacional de desenvolvimento em um contexto mundial em mudança. (BERCOVICI, 2003, p. 135)

As novas premissas abordadas nos permitem concluir que a ampliação da presença do direito na vida social, em especial pelo prisma das normas de caráter programático, constitui-se em instrumento de adaptação das instituições estatais à dinâmica democrática das sociedades contemporâneas. Portanto, o Estado passa a ser visto como instrumento de inclusão social. Um importante ator nas relações política, sociais e jurídicas.

Isto porque:

- a) O Estado, por intermédio do Poder Executivo, é o responsável pela elaboração de políticas públicas que concretizem os direitos sociais constitucionalmente assegurados;
- b) O Estado, por intermédio da Jurisdição Constitucional, poderá ser demandado para concretizar a política pública estabelecida;
- c) O Estado, por intermédio da Jurisdição Constitucional, poderá ser demandado diante da escassez de consenso sobre um determinado direito no âmbito do Poder Legislativo, e sua leitura será conforme a Constituição e não baseado em interesses específicos.

Assim, torna-se visível que as competências típicas dos três Poderes do Estado permanecem: ao Poder Executivo surge o mandato constitucional

¹³ Em pesquisa utilizando a jurisprudência do STF nos cinco anos após a promulgação do texto constitucional, XIMENES (2010, p. 102) aponta que “o discurso da neutralidade escamoteia a recusa de “abertura” nos temas do discurso comunitarista atribuído ao novo texto constitucional brasileiro”.

de otimização dos direitos via políticas públicas, ao Poder Legislativo o debate sobre estas mesmas políticas públicas incluindo diversos atores; e ao Poder Judiciário a análise sobre a relação entre a política pública e o texto constitucional.

Terá aqui, pois, pleno cabimento a crítica de que um direito social não se concretiza, ou, pelo menos, não se realiza só através de uma política constitucional, que outra coisa não é senão uma projecção imperativa sobre órgãos constitucionais do Estado das contingências de várias esferas da sociedade. De forma sugestiva, poderemos dizer que, no âmbito dos direitos económicos, sociais e culturais, “a política faz os políticos, mas são as políticas que acabam por fazer a política”. (CANOTILHO, 2008, p. 131)

O carácter dirigente da Constituição não quer dizer efetivação imediata dos direitos, isto porque eles dependem de políticas públicas elaboradas de forma conjunta pelos Poderes Executivo e Legislativo.¹⁴ Portanto, a importância da jurisdição constitucional é justamente de verificar a conformidade da política pública que busque a concretização das normas de carácter programático com os ditames constitucionais. E que ainda possa ser um espaço onde os interesses conflitantes tenham voz e prevaleça Justiça Social como princípio constitucional previamente estabelecido.

Por fim, jurisdição constitucional pode contribuir para a legitimidade do sistema democrático como um todo. Aparentemente, sociedades pluralistas sofrem da dificuldade de assegurar suficiente legitimidade e estimular motivação política na sociedade. Essa notória escassez de consenso, legitimidade e engajamento pode ser causada pela constante troca de maiorias não permitirem a definição do bem comum. Tudo parece ser contingente. Sob tais condições, uma corte constitucional pode, até um certo grau, compensar esse déficit fazendo visível, por trás dessa confusa contingência da política partidária, princípios e normas gerais obrigatórios. Os políticos não podem simplesmente dar vazão aos seus interesses ou aos da sua clientela ou tampouco seguir seus ideais monetários. **A constituição tem importância.** As suas limitações ao poder não são meras promessas. Os políticos irão sempre achar que a aplicação das normas constitucionais é onerosa ou injustificada nos casos individuais. **Mas o que, em curto prazo, pode parecer um obstáculo se transforma, a longo prazo, na estabilização da aceitação de decisões políticas.** (GRIMM, 2006, p. 13) **Grifamos.**

¹⁴ “A linha ideológica de fundo poderia ser resumida da seguinte forma: o carácter dirigente da Constituição Social não significa a optimização directa e já dos direitos sociais, antes postula a graduabilidade de realização destes direitos. Graduabilidade não significa, porém, reversibilidade social” (CANOTILHO, 2008, p. 245).

Aqui retomamos, portanto nossa problematização: a “politização” do direito contextualiza o debate atual sobre a efetivação das normas de caráter programático e implica em uma possibilidade de adensamento da democracia pois envolve vários atores na busca pela Justiça Social, ultrapassando os limites típicos do paradigma individual-liberal. Contudo, esta mesma premissa demanda um resgate da Teoria do Estado – qual Estado a sociedade brasileira almeja?

CONCLUSÃO

Esta pergunta se situa perfeitamente nas considerações finais do presente trabalho: após abordar premissas que contextualizam a “politização” do Direito, especialmente no contexto da jurisdição constitucional e seu papel na efetivação das normas de caráter programático, nossa proposta é ir além da Teoria da Constituição.

Ao restringir o debate nos argumentos da dogmática constitucional sobre os direitos a prestações estatais, exclui-se do debate o objetivo maior das normas de caráter programático – a Justiça Social. E esta só será alcançada com inclusão social, que demanda, por sua vez, políticas públicas de efetivação de direitos sociais básicos. Assim, fechamos um círculo vicioso, que acaba retomando e resgatando a Teoria do Estado e seu papel na busca pelo ideal da Justiça Social.

A Jurisdição Constitucional pode exercer um importante papel neste cenário, provocando os Poderes Executivo e Legislativo na concretização das normas de caráter programático e quebrando o paradigma do distanciamento entre Direito e Política, diante da complexidade das sociedades contemporâneas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AITH, Fernando. Políticas Públicas de Estado e de Governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas – Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 217-245.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: BERCOVICI, G.; SOUZA NETO, C.P.; MORAES FILHO, J.F.; LIMA, M.M. *Teoria da Constituição – Estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 75-150.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, J. E. C. O. (Org.) . *Os Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 30-51.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Ed. 2001.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

GRIMM, Dieter. Jurisdição Constitucional e Democracia. *Revista de Direito do Estado*. Ano 1, nº 4:3-22, out./dez. 2006.

FARIA, José Eduardo (org). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais – Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

QUEIROZ, Cristina M.M. *Os Actos políticos no Estado de Direito – O Problema do Controle Jurídico do Poder*. Coimbra: Almedina, 1990.

SCHMIDT, Ernani Santos. *Pensamento Comunitário Contemporâneo: expressões para um referencial teórico no estudo do direito*. Disponível em:

<http://www.conpedi.org/Manaus/arquivos?Anais>. Acesso em jan. 2007.

STRECK, Lênio Luiz. (org.) *Estudos Constitucionais*. 1. ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2007.

XIMENES, Julia Maurmann. *O Comunitarismo e Dinâmica do Controle Concentrado de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.