

# Democracia em Marx: o necessário resgate da crítica no Direito Constitucional da atualidade

Martonio Mont’Alverne Barreto Lima\*  
Rômulo Guilherme Leitão\*\*

**Sumário:** 1. Introdução à discussão; 2. Crítica e descritivismo no direito constitucional; 3. Descritivismo constitucional e limitações democráticas; Referências.

**Resumo:** O texto trata da crítica ao descritivismo no âmbito do Direito Constitucional, que procura explicar os fenômenos das decisões judiciais a partir da análise interna dos dispositivos legais, desconsiderando as tensões políticas presentes em todas as sociedades. Sugerindo-se a retomada dos elementos concretos e objetivos para além da normatividade, o ensaio busca explicações na obra marxiana, não para justificar a existência de uma teoria do direito em Marx, mas para sugerir que o constitucionalismo tem muito a ganhar com a análise marxista das sociedades do capitalismo atual.

**Palavras-chave:** Normativismo constitucional; Política e Direito; Judicialização da Política; Marx e o Direito.

**Abstract:** The text is faces a critical view of descriptivism on Constitutional Law studies. These studies, traditionally, try to understand judicial decisions as an internal analysis – specially those decisions on constitutional questions – that ignore political tensions in modern societies. Reconsidering elements of Marx’s theory on concrete and objective reality, the essay does not support the existence of a law theory in Marx, rather explains what could be won to constitutionalism from Marx’s point of view and political philosophy.

**Keywords:** Constitutional normativism; Politics and Law; Judicial Policy; Marx and Law.

## 1 Introdução à discussão

Após a decisão do caso *Gore vs. Bush*, que decidiu a eleições americanas de 2000, a Suprema Corte dos Estados Unidos enfrentou críticas de toda ordem, sendo a mais contundente delas aquela subscrita e publicada por mais de quinhentos professores de direito constitucional no jornal *The New York Times*, onde o entendimento da Corte recebera forte crítica.

Em 2003, o mesmo caso veio à discussão novamente, desta vez feita em artigo publicado no *British Journal of Political Science*, James Gibson, Gregory Caldeira

\* Doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt, Professor do Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza e Procurador-geral do município de Fortaleza.

\*\* Professor da Universidade de Fortaleza, Procurador do município de Fortaleza e Mestrando em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza.

e Lester Spence.<sup>1</sup> As principais conclusões dos autores são: 1) a decisão do caso não comprometeu seriamente a legitimidade da Corte; 2) provavelmente devido ao efeito de uma legitimidade preexistente sobre as avaliações de a decisão ter sido mais forte que avaliações sobre a lealdade institucional; e 3) a lealdade institucional predispôs a maior parte dos americanos a enxergar a decisão como baseada na lei, e, portanto, legítima.<sup>2</sup> Não há como desconhecer a boa qualidade das reflexões trazidas no mencionado texto, tampouco os resultados empíricos obtidos pelos autores deixam de representar importante estudo sobre percepção da sociedade a respeito de julgamentos de tribunais constitucionais que, atualmente, constituem-se em autênticos *policy makers*. Tratando-se especificamente dos Estados Unidos, esse fenômeno já é consolidado na sociedade, seja, principalmente, em virtude do tempo de atuação da Suprema Corte, seja por força dos casos decididos ao longo dessa longa tradição, sempre alimentada esta por uma criação que não diverge da sua versão original.

O que propomos neste rápido estudo, porém, deriva de outra ordem de preocupação, a deixar-se traduzir no exemplo do ensaio a que ora recorremos. Não se encontra, nas considerações do texto, qualquer indagação a respeito do mérito da questão. Em outras palavras: Allan Dershowitz, em seu livro *Supreme Injustice: How The High Court Hijacked Election 2000*,<sup>3</sup> não poupou críticas ao papel da Suprema Corte no caso, apontado evidências que denunciam claramente a superposição de preferências pessoais dos juízes da Corte com prejuízo da legalidade, o quê, na sua visão, compromete a legitimidade da Corte, elemento que, para os autores do ensaio, restaria quase imaculado. Visões tão distantes uma da outra instigam qualquer pesquisador a retomar temas até então considerados sepultados – e em profundas covas da história – cujo principal aspecto é o da recuperação da crítica na construção científica.

## 2 Crítica e descritivismo no direito constitucional

A presença de atitudes meramente descritivas para análise de sociedades e de seus episódios políticos e econômicos mais determinantes no âmbito do direito constitucional e da ciência política da atualidade se consolida com o passar do tempo. Os *papers* apresentados nos congressos mundiais da *International Political Science Association – IPSA* – não deixam dúvidas. Considerável número de cientistas políticos trata das questões do Leste Europeu e da América Latina – como a “redemocratização” daquelas sociedades – no intuito de definir que o fim do socialismo

<sup>1</sup> Gibson, James, Gregory Caldeira and Lester Spence. 2003. **The supreme court and US presidential election of 2000: Wounds, Self-Inflicted or Otherwise?** *British Journal of Political Science*, 33, 535-556.

<sup>2</sup> *Id. ib.*, p. 555.

<sup>3</sup> Dershowitz, Allan. **Supreme injustice: how the high court hijacked election 2000**. Oxford/New York, Oxford University Press, p. 5ss.

real correspondeu à chegada da democracia nessas sociedades. Nos 18<sup>o</sup> e 19<sup>o</sup> Congressos Mundiais da IPSA, em 2000, em Québec e Durban, respectivamente, alguns trabalhos apresentados bem ilustram essas tendências.<sup>4</sup>

O que nos parece merecedor de nota é o fato de que a observação crítica de avanços democráticos tenha, ao mesmo tempo, perdido e conquistado seu terreno a partir dos anos 1990, exatamente quando a globalização solidificou-se nas idéias e ações de governos e sociedades, e, ao mesmo tempo, quando emergiu o constitucionalismo dirigente da América Latina. O aprofundamento da globalização e a crítica ao constitucionalismo dirigente<sup>5</sup> são reveladores de uma mesma postura. O primeiro episódio faz com que parte considerável de análises constitucionalistas e políticas identifiquem democracia como sociedades e estado que aceitam a economia de mercado. Neste primeiro instante, a crítica sobre a qualidade dessa democracia, os questionamentos a respeito da influência do poder econômico na construção de tais governabilidades tem merecido pouca atenção, quando não inexistente, de maneira toda especial por parte da esfera pública, notadamente a imprensa. Não sem razão adverte Ellen M. Woods que a liberdade de imprensa na atualidade resume-se à garantia de que as empresas de comunicação sejam de propriedade privada e seja o capital igualmente livre para lucrar com ela. “A imprensa é livre quando é privada, mesmo quando seja uma fábrica de consenso”.<sup>6</sup> No que diz respeito ao segundo dos aspectos que mencionei – o constitucionalismo dirigente da América Latina, notadamente – a crítica que surge acode de maneira contundente o primeiro aspecto. É que as constituições dirigentes, que estabelecem a firme intervenção do estado na economia, buscando regular a atividade econômica no sentido de redução das desigualdades sociais, aparecem aos olhos de muitos analistas como anacrônicas, destinadas ao fracasso, e inviabilizadoras tanto do desenvolvimento econômico quanto do progresso social por elas próprias pretendido.

Como se constata, ambas as posições caminham no mesmo sentido, construindo um forte viés de condenação de um passado simultaneamente elaborando com uma espontaneísta simpatia pelo presente da desregulamentação.<sup>7</sup> Não há, em referidas posições, novidade alguma. Após a Comuna de Paris, por exemplo, os vencedores

<sup>4</sup> Cf. **Transition toward independence and democracy**: Consolidation Task *in* Lithuania, de Algimantas Jankauskas, da Universidade de Vilnius; a sessão do Research Committee 13 (no 19<sup>o</sup> Congresso Mundial, em Durban, África do Sul) foi inteiramente dedicada ao processo de democratização da Europa Central, com os *papers*: **The development and consolidation of democracy in Romania**: The Communist Legacy (O. Tomescu-Hatto, Instituto de Estudos Políticos de Paris), *Democratization in Central European Countries in Comparative Perspectives* (B. Dobek-Ostrowska, Universidade de Wrocław, Polónia).

<sup>5</sup> Bercovici, Gilberto. **A constituição dirigente e a crise da Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Júris, 2003, p. 129.

<sup>6</sup> Wood, Ellen. **Democracia contra capitalismo**: a renovação do materialismo histórico. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003, p. 218

<sup>7</sup> Chauí, Marilena. **Intelectuais em tempos de incerteza**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 7.

não se satisfizeram com a derrota dos trabalhadores que tomaram as ruas de Paris, mas cuidaram de “demonizar esses derrotados”, os quais foram comparados por Bismarck a “delinquentes comuns”.<sup>8</sup> Mais significativa foi a assimilação por parte dos próprios derrotados de que seus momentos de vitória se constituíram mesmo nos instante da barbárie. Essa tradição, noticia Losurdo, é tão antiga quanto a própria história do homem, já que tal comportamento registra-se quando os judeus, após setenta anos de domínio de Jerusalém, amargaram a derrota para o império romano, reconhecendo logo após as lutas, muitos deles, que nada tinham a ver com o regime que fora eliminado.<sup>9</sup>

No âmbito da intelectualidade da ciência política, bem como da reflexão do direito constitucional (direito constitucional nada mais é do que direito político) anteriormente à ausência da crítica e do apego ao descritivismo – para análises favoráveis à globalização – e do convencimento ideológico disfarçado de construção filosófica – para o caso do fracasso da constituição dirigente – chama a atenção o crescente número de juristas e cientistas políticos que procuram se libertar da herança de um passado recente, onde eles mesmo estiveram atuantes de forma a integrar, agora numa perspectiva ibero-americana, as forças políticas e sociais que representaram por mais de vinte anos a esperança de concretização da crítica intelectual que se realizava.

A contraditória repetição da história não poderia ser mais caprichosa. Juristas dos momentos constituintes, de defesa do dirigismo constitucional, das potencialidades de um extenso rol de direitos e garantias individuais, todos esses pontos comuns do constitucionalismo dirigente, abandonam a discursiva exigência de sua realização, em nome da “morte da constituição dirigente”,<sup>10</sup> reservando apenas à tarefa de diagnosticar as deficiências deste ou daquele método interpretativo, ou as vantagens desta ou daquela escola do constitucionalismo, como se o trabalho de aproximar a constituição dirigente da realidade em que opera se resumisse apenas num desafio da linguagem (embora não se negue o poder da linguagem e a eficiência, na perspectiva descritiva da linguagem do poder). Aqui, constata-se que, apesar da presença evidente da crítica, caminha esta na direção de fazer coro à não-crítica, uma vez que a morte da constituição dirigente significa também o fortalecimento do estado permanente de exceção protagonizado pela globalização.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Losurdo, Domenico. **Fuga da história: A Revolução Russa e a Revolução Chinesa vistas de hoje.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004, p. 96.

<sup>9</sup> *Id. ib.*, p. 21.

<sup>10</sup> Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda(Org.). **Canotilho e a constituição dirigente.** Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002, pp. 15ss.

<sup>11</sup> Bercovici, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente: Atualidade de Weimar.** Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p. 168.

No que envolve a ciência política, o panorama não parece diferenciado. As contribuições não somente não mais se preocuparam com a crítica, como engordaram as hostes dos que ou apenas descrevem a realidade ou se ocupam em analisá-las para aperfeiçoar a convivência do binômio democracia/mercado. Desta forma, vitórias eleitorais como a de Lula, Nestor Kirchner, Hugo Chavez, Tabaré Vasques e, por último, de Evo Morales são vistas com forte suspeição. O primeiro elemento da suspeição é o econômico. As vitórias eleitorais da esquerda ou da centro-esquerda são concebidas como perigo para investimentos, o que imobilizará tais sociedades na busca de seu desenvolvimento. O segundo – mais próximo dos cientistas políticos – é o temor pela estabilidade democrática até então conseguida e que pode ser ameaçada por essas vitórias. Não é sem explicação que Hugo Chavez e Evo Morales aparecem como ameaças populistas – o populismo concebido na sua forma negativa – enquanto Lula, Kirchner e Vasquez aparecem apenas como conciliadores não plenamente confiáveis, por mais que tenham se mostrado domesticados. Prepondera a visão a respeito das origens pessoal e política desses novos governantes, a qual se distingue daquela dos tradicionais governantes. Pode-se agora se juntar ao pensamento recente de Francisco de Oliveira, quando afirma que se atingiu a “crítica mais analítica do que teórica”.<sup>12</sup>

Para a retomada da crítica no direito constitucional brasileiro e na ciência política, o apelo de Karl Marx parece atual. O Marx da Ideologia alemã, que insiste que as idéias dominantes traduzem as idéias das classes dominantes, surge com um potencial de atualidade capaz de oferecer ferramentas capazes de superar tanto o descritivismo a que me reporteí, como o ambiente de unanimidade por ele causado.

Aceitar o fluxo e o diálogo entre as idéias dominantes e as idéias das classes dominantes em todas as esferas da sociedade – artes, direito, literatura, política etc. e não somente na economia, nem mesmo na economia determinadamente – significa compreender a história na sua acepção concreta, realista, objetiva, a possibilitar o intelectual a desvendar aquilo que se encontra para além da aparência. Vistas as coisas sob essa ótica é que a história do movimento da revolução de outubro, do socialismo real, da vitória dos mercados e da globalização e da vida e morte da constituição dirigente se submetem a uma reformulação crítica a considerar também o efeito do elemento ideológico como inversor de tudo que aparece à sua frente, sugerindo-lhe força e vida próprias, como oportunamente registra D. Quixote: “[...] há sempre, entre nós, uma caterva de feiticeiros, que todas as coisas mudam, transformam e invertem, conforme seu gosto e segundo tenham vontade de favorecer-nos ou destruir-nos”.<sup>13</sup> E é também exatamente na “memória da história”<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Oliveira, Francisco de. **No silêncio do pensamento único**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 301.

<sup>13</sup> Cervantes, Miguel de. **D. Quixote de la Mancha**. v. I. São Paulo: Ediouro, 2004, p. 357.

<sup>14</sup> Losurdo, Domenico. **Fuga da história: a Revolução Russa e a Revolução Chinesa vistas de hoje**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004, p. 97.

que o embate ideológico se movimenta, entre os interesses distintos das sociedades no capitalismo, periférico ou central, desenvolve-se.

Por fim, cabe considerar que a retomada da crítica tanto na ciência política quanto no direito constitucional somente adquirirá uma conotação crítica, capaz de representar uma força que também move as sociedades onde se operam desde que aceitem travar essa disputa, que exige posições também por parte dos intelectuais.

### 3 Descritivismo constitucional e limitações democráticas

O descritivismo referido nos pontos anteriores do presente texto afasta-se das questões reais da política e em nada contribui para o aperfeiçoamento do constitucionalismo ou da democracia. Uma visão meramente descritiva da concretização dos direitos fundamentais, por exemplo, acaba tornando ainda mais difícil a efetivação desses direitos. Decisões judiciais dessa natureza, ou seja, determinando a realização de obras ou a construção de creches, escolas ou unidades de saúde que atendam toda a demanda de uma cidade, mas sem qualquer preocupação com a realidade ou condições políticas vigentes não são e não têm como ser cumpridas e acabam por gerar uma situação de conflito institucional. Não que a grande parte dos administradores – que, em quase todos os países onde se observa o fenômeno da judicialização da política, são eleitos – assim não deseje e efetivação de direitos fundamentais constitucionalmente impostos. O problema aqui ganha em complexidade na medida em que tais administradores deparam-se, objetivamente com limitações orçamentárias e financeiras, além daquelas igualmente legais. A conjunção desses fatores – imposição judicial para efetivação de direitos fundamentais *versus* limitações dos administradores – é que conduz a um dilema, cuja solução, necessariamente terá que abandonar o território do meramente normativo-dogmático para sua análise e possível direção de soluções a serem encontradas.

O conflito institucional entre poderes constituídos denominado atualmente de judicialização da política e se dá quando

os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do legislativo e do executivo se mostra falhos, insuficientes ou insatisfatório. Sob tais condições ocorre uma aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um “direito” e um “interesse político”.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Castro. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. São Paulo, v. 12, nº 34, julho de 1994, p. 34.

Entre as causas da crescente judicialização da política, aponta-se o declínio do totalitarismo comunista no leste europeu, notadamente do império soviético e a manutenção dos Estados Unidos como superpotência mundial, livre para expandir a revisão judicial (*judicial review*) a sua zona de influência.<sup>16</sup> Sobre o direito americano, a propósito, assim se manifestou Tocqueville:

O mais difícil para um estrangeiro entender nos Estados Unidos é a organização judiciária. Não há, por assim dizer, acontecimento político em que não ouça invocar a autoridade do juiz; e daí conclui naturalmente que nos Estados Unidos o juiz é uma das primeiras forças políticas.<sup>17</sup>

O caso *Bush vs. Gore*, objeto de análise nos primeiros tópicos desse trabalho, bem ilustra essa disposição do povo americano em ver suas questões políticas mais importantes serem decididas no âmbito da Suprema Corte, tendência crescente em diversas democracias no mundo atual e que deve ser encarada com um olhar crítico.

Mas o exemplo da Suprema Corte – e também dos tribunais europeus – parece ter sido recepcionado pelo caso brasileiro. Dotado de um sistema híbrido de controle da constitucionalidade, a incorporar controles difusos e concentrado da constitucionalidade – seguindo os modelos dos Estados Unidos e Europa, respectivamente – o Supremo Tribunal Federal tem cada vez mais dilatado o raio de seu controle sobre os demais poderes, seja por meio de sua jurisprudência, seja recorrendo a arranjos institucionais, como a recente Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, conhecida por “Reforma do Poder Judiciário”. Chama a atenção o conceito e limites da súmula vinculante trazida pelo novo artigo 103-A da Constituição Federal, introduzido pela mencionada Emenda Constitucional. A redação desse dispositivo não deixa dúvidas: a súmula vinculante, originada por decisão de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, valerá contra os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O detalhe importante a ser destacado é o fato de que o próprio Supremo Tribunal Federal poderá proceder à revisão ou cancelamento da súmula por ele mesmo determinada. Em curtas palavras, a decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal não o obriga, não o vincula. Obriga a todos abaixo dele, mas não ao próprio Supremo Tribunal Federal.

Neste ambiente, impossível não se perceber, por meio da objetividade do concreto e das relações históricas – o recurso aqui não poderia ser mais inspirado

---

<sup>16</sup> Tate, C. Neal and Torbjörn Vallinder, T. **The global expansion of judicial power**. New York: University Press, 1995. p. 2.

<sup>17</sup> Tocqueville, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes**. livro 1, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 11.

na reflexão marxiana de história – presentes nas implicações de decisões de cortes controladoras da constitucionalidade: o Supremo Tribunal Federal brasileiro é conduzido à condição de soberano, já que não está sujeito nem a si próprio. O mais grave é que referida operação se dá numa realidade institucional que se afirma, de modo inequívoco, como democrático, onde todo o poder – exercido por meio da legalidade, a ser elaborada pelo povo ou por seus representantes, conforme o arts. 1º e seu parágrafo único e 5º, II – emana do povo. Este, sim, na perspectiva objetiva da imposição constitucional brasileira, soberano, agora, porém, assiste a sujeição de seu poder e daquele de seus representantes diretamente por ele eleito submetido ao Supremo Tribunal Federal. O chamado à memória do conceito de soberano de Carl Schmitt, neste panorama, é imediato. Se para Schmitt, “soberano é quem decide sobre o estado de exceção”.<sup>18</sup> No caso brasileiro, a súmula vinculante será um momento excepcional; instante em que o Supremo Tribunal Federal recorrerá ao seu papel de guarda da constituição para determinar a todo Poder Judiciário brasileiro uma nova realidade jurisprudencial, na qual prevalecerá seu entendimento, que pode ser alterado somente por ele próprio e que não o vincula. O resultado dessa nova mecânica de funcionamento no controle judicial da constitucionalidade brasileiro, embora exija tempo para que seja possível uma valoração, não deixa de demonstrar a vitória da governabilidade sobre a democracia; do desejo de se ser exato na prática da política constitucional. Demais, a premissa aqui discutida e determinada pela Emenda Constitucional nº 45/2004 conduz – sempre num estado que se reivindica democrático, ressalte-se – ao oposto do que Newton Albuquerque afirma, isto é, de que a

idéia de soberania deve [...] assimil[ar] a liberdade enquanto gestada no espaço da intersubjetividade, ao mesmo tempo em que busque a valorização de uma concepção pluralista de sociedade, comprometendo o Estado, inclusive a desenvolver uma pedagogia institucional instigadora da tolerância entre os “diferentes”, expandido como nunca os espaços de participação.<sup>19</sup>

Para uma sociedade jurídica de controle judicial da constitucionalidade tradicionalmente “aberta”, onde a tradição das decisões em mencionada forma de controle somente experimentaram o efeito vinculante a partir de 1993 – e somente extensivo às decisões definitivas de mérito proferidas em ações declaratórias de constitucionalidade, segundo o teor do então art. 102, § 2º, da própria Constituição

---

<sup>18</sup> Schmitt, Carl. **Politische theologie**. siebente Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, p. 13. No original: *Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet*. A tradução é dos autores (v. Schmitt, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte, DelRey, 2006, p. 7).

<sup>19</sup> Albuquerque, Newton de Menezes. **Teoria política da soberania**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2001, p. 147.

Federal – a introdução da súmula vinculante não deixa de causar surpresa, sendo somente explicável, mais uma vez, se se recorre à política, incluindo-se o papel político do Supremo Tribunal Federal no jogo de conflitos e tensões intrínseco a qualquer organização política moderna e democrática da atualidade.

Da parte do Poder Judiciário brasileiro há decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) que indicam uma tendência semelhante no trato de questões de efetivação ou concretização de direitos fundamentais, como se denota da análise da decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 410715/SP, em 22/11/2005, que diz respeito ao dever do Estado, notadamente dos Municípios, de garantir as crianças até seis anos de idade, atendimento escolar em creche e pré-escola.

O relator, Ministro Celso de Mello, votou e foi acompanhado pelos demais Ministros, no sentido de negar seguimento ao recurso de agravo regimental interposto pelo Município de Santo André contra a decisão proferida em recurso extraordinário que impôs o dever assegurado pela Constituição Federal.

O recorrente sustentou como causa de pedir, em síntese, que a limitação de recursos públicos impediu atendimento da demanda em todo o município e tornou impossível a ampliação do serviço básico. Alegou, ainda, que não “há como se cobrar, somente do Município, a manutenção do sistema de ensino, especificamente o atendimento a crianças em creches e escolas de educação infantil”.<sup>20</sup>

Por fim, denuncia que a decisão judicial questionada configura uma ingerência indevida do Poder Judiciário na discricionariedade do Poder Executivo, trazendo à baila o tema da judicialização da política.

A decisão proferida pelo STF não acolheu as razões do recorrente, afastando qualquer escusa do ente público em cumprir obrigação prevista na Constituição Federal, art. 208, IV e art. 211, § 2º.

O acórdão elege os seguintes fundamentos ao negar provimento ao recurso: a) o atendimento em creches e em pré-escola é prerrogativa constitucional indisponível: art. 208, IV; b) em decorrência da prerrogativa jurídica, o Estado está obrigado a criar as condições objetivas necessárias para fruição desse direito fundamental; c) não são possíveis avaliações discricionárias em se tratando de direitos fundamentais; d) o Poder Judiciário pode determinar, ainda que excepcionalmente, sejam as políticas públicas implementadas pelo Poder Executivo, ainda que se reconheça a prerrogativa aos Poderes Executivo e Legislativo na formulação e execução dessas políticas.

O tema dos direitos fundamentais sociais (as prestações positivas do Estado) e a impossibilidade material do Estado em atender a comandos constitucionais dessa natureza não podem ser abordados partindo de um ponto de vista meramente formal,

<sup>20</sup> Supremo Tribunal Federal: RE nº 410.715-5 São Paulo.

normativo, como se a questão política não devesse estar presente, como se o fato de estar posto no texto constitucional fosse suficiente para tornar o comando da realidade.

No que diz respeito à implementação de políticas públicas, a decisão reconhece

que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial, – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois nesse domínio, como adverte a doutrina, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.<sup>21</sup>

A decisão reconhece a legitimidade do Poder Executivo, mas apressa-se em ressaltar os casos onde a mora do município comprometa a “eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame”. Nessa hipótese justificada está a invasão de competências.

E mais, trata a decisão do tema da “reserva do possível” ao reconhecer a vinculação entre a concretização dos direitos e as possibilidades orçamentárias dos órgãos estatais, mas acaba por concluir que

[...] não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF45/DF, Rel. Ministro Celso de Melo).<sup>22</sup>

A decisão do STF com essa fundamentação é mais um exercício de retórica do que enfrentamento do problema, uma vez que reconhecer a reserva do possível para dizer que essa cláusula não pode ser usada de forma dolosa é uma obviedade. A questão que se põe, assim, é o que fazer diante da impossibilidade de atendimento de um comando constitucional partindo do pressuposto que há sinceridade na declaração dos gestores que não dispõem de recursos para construir as creches, pré-escolas ou qualquer outro equipamento público.

Esse é o ponto fundamental que as decisões judiciais tergiversam e acabam por negar seguimento aos recursos que elegem essa causa de pedir como fundamento. Sobre esse problema, Gustavo Amaral aponta uma saída coerente, entendendo que o Estado terá que

---

<sup>21</sup> Supremo Tribunal Federal: RE nº 410.715-5.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

demonstrar, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas. Ao Judiciário competiria apenas ver da razoabilidade e da faticidade dessas razões, mas sendo-lhe defeso entrar no mérito da escolha, se reconhecida a razoabilidade.<sup>23</sup>

Impõe-se reconhecer, de outra parte, que o princípio da separação dos poderes precisa ser revisto, como sugere Andreas J. Krell, para “poder continuar servir ao seu escopo original de garantir direitos fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal”.<sup>24</sup> Por óbvio não há uma separação absoluta e nem se pode tratar o ato administrativo como algo absolutamente discricionário. O professor Luis Roberto Barroso menciona, inclusive, a superação do paradigma da insindicabilidade do ato administrativo,<sup>25</sup> mas a questão das escolhas feitas pelo Judiciário com base em critérios apenas jurídicos em detrimento do componente político merece severas críticas por parte da doutrina nacional e estrangeira. Não se trata de refutar os critérios tradicionalmente concebidos como jurídicos para a análise das decisões das cortes constitucionais. Mas, sim, de afirmar que tal critério, articulado a partir da tensão normativa interna de qualquer texto legal, não deve ser nem preponderante, tampouco único. O que ratifica essa recusa é a existência objetiva, a saltar aos olhos até mesmo do menos avisado observador, da heterogeneidade das tensões sociais que se constata nas sociedades redemocratizadas da América Latina, com suas demandas secularmente existentes, agora ordenadas nas constituições dirigentes dos anos 1980, na forma de exigências a serem cumpridas. Mencionadas diretas devem ser concebidas como advertências sinceras a Estado e sociedade da tarefa que há de se cumprir. Compreendê-las como imediata norma de cumprimento equivaleria a conferir ao direito e à política uma natureza exata que não possuem, além de, do ponto de vista da teoria da democracia, implementá-las sem a participação decisória dos envolvidos; aspecto igualmente caracterizador do mesmo dirigismo constitucional.

Nesse sentido, o posicionamento de Gustavo Amaral que, ao tratar das “escolhas dramáticas”, lembra que se tem de um lado a escassez de recursos e de outra banda a sempre crescente demanda por serviços públicos, o que gera uma distorção posta nos seguintes termos:

---

<sup>23</sup> Amaral, Gustavo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**: Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. Rio de Janeiro: Renovar Ltda., 2006. p. 112.

<sup>24</sup> Krell, Andréas. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, 1999, p. 252.

<sup>25</sup> Barroso, Luis Roberto. **O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 328.

Ao nosso ver, deslocar a decisão para o Judiciário em hipóteses que envolvam “escolhas dramáticas”, é querer alargar para aquele Poder competências que não são suas. O Judiciário não está legitimado pelo voto para tomar tais opções. Muito pelo contrário, é a própria Constituição que cerca a magistratura com garantias próprias para que possa ela desempenhar seu ofício alheia a pressões de momento.<sup>26</sup>

A questão da concretização das conquistas sociais, da realização das políticas públicas básicas em confronto com a impossibilidade material de atendimento por parte dos Municípios, Estados e da própria União não pode ser encarada de forma maniqueísta onde de um lado há os defensores da concretização dos direitos sociais a qualquer custo, independentemente de detalhes técnico-orçamentários, e de outro lado tem aqueles que vêm na cláusula da reserva do possível um esbarro absoluto para consecução das conquistas e garantias sociais e econômicas da Constituição, tomando ares de discussão moral o posicionamento de um lado ou do outro da polêmica.

É claro o dissenso entre o entendimento de Gustavo Amaral, cujo pensamento já foi citado no presente texto, e Andréas Krell que qualifica de falácia<sup>27</sup> a reserva do possível, oriunda de uma equivocada interpretação do direito constitucional comparado; ou ainda posicionamento mais radical de Flávia Piovesan que aponta a reserva do possível como “um mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais”.<sup>28</sup>

A melhor abordagem, no entanto, parece ser a de Ingo Sarlet que, apesar de afastar do núcleo dos direitos fundamentais a reserva do possível, reconhece que esta “constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fáticos dos direitos fundamentais”.<sup>29</sup> Cuida-se, portanto, de entendimento crítico, reconhecendo limitações de ordem material na concretização de direitos fundamentais, ainda que – é utopia comum a todos – se desejasse não existir óbices dessa natureza no Estado brasileiro.

Análises dessa natureza enfrentam o problema e evitam um viés meramente descritivo do fenômeno jurídico-político. Elaborações, por sua vez, que não reconhecem dificuldades reais para o cumprimento da norma constitucional, preferindo denominar de detalhes a inexistência de recursos orçamentários para cumprimento de direitos fundamentais ou concluindo estatisticamente que o povo americano não

<sup>26</sup> *Id. Ib.*, p. 112.

<sup>27</sup> Krell, Andreas: **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002, p. 45.

<sup>28</sup> Piovesan, Flávia e Rodrigo Stanzola: **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil**: Desafios e Perspectivas. julho de 2006, p. 7.

<sup>29</sup> Sarlet, Ingo Wolfgang: **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 302.

perdeu a confiança na Suprema Corte Americana após a decisão do caso Bush contra Gore, têm, repita-se que abandonar o território do normativismo dogmático, por vezes de matiz retórico, até, e procurar enfrentar o tema: a questão constitucional será também uma questão política, com a complexidade que lhe é inerente.

## Referências

ALBUQUERQUE, N. de M. **Teoria política da soberania**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2001.

AMARAL, G. **Teoria dos direitos fundamentais**: interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. Rio de Janeiro: Renovar Ltda. 2006.

BARROSO, L. R. O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito. *In: Diálogos constitucionais*: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho/Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro: Org. Editora Renovar, 2006.

BERCOVICI, G. A constituição dirigente e a crise da Teoria da Constituição. *In: Teoria da Constituição*: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. SOUZA NETO, C. P. de Neto; BERCOVICI, G.; MORAES FILHO, J. F.; LIMA, M. M. B. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. **Constituição e estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

CASTRO, M.F. **O supremo tribunal federal e a judicialização da política**. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo, vol. 12, nº 34, julho, 1997.

CERVANTES, M. D. **Quixote de la Mancha**. Trad. Almir de Andrade e Milton Amado. v. I. São Paulo: Ediouro, 2004.

CHAUÍ, M. Intelectuais em tempos de incerteza. *In: O silêncio dos intelectuais*. Novaes, A. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COUTINHO, J. N. de M (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.

DERSHOWITZ, A. **Supreme injustice**: how the high court hijacked election 2000. Oxford/New York: Oxford University Press, 2001.

GIBSON, J., G. Caldeira and L. Spence. **The supreme court and US presidential election of 2000**: wounds, self-inflicted or otherwise? British Journal of Political Science, 33, 535-556, 2003.

KRELL, A. J. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:** os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

LOSURDO, D. **Fuga da história:** a Revolução Russa e a Revolução Chinesa vistas de hoje. Trad. Luiz Mario Gazzeano e Carolina Muranaka Saliba. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

OLIVEIRA, F. de. No silêncio do pensamento único. *In: O silêncio dos intelectuais*. Novaes, A. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

PIOVESAN, F. e STANZIOLA, R. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil:** desafios e perspectivas. Disponível em <[http://alojamentos.us.es/araucaria/nro15/monogr15\\_3.htm](http://alojamentos.us.es/araucaria/nro15/monogr15_3.htm)>. Acesso em 9 de jul. de 2006.

SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TATE, C. N. e VALLINDER, T. **The global expansion of judicial power**. New York University Press: New York, 1995.

TOCQUEVILLE, A. de. **A democracia na América:** leis e costumes. livro 1. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SCHMITT, C. **Politische theologie:** Vier Kapitel zu Lehre der Souveränität. siebente Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

\_\_\_\_\_. **Teologia política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2006.

Supremo Tribunal Federal. RE nº 410.715-5/SP. Rel. Min. Celso de Melo. <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>, 2006.

\_\_\_\_\_. 2006. ADPF nº 45/DF. Rel. Min. Celso de Melo. <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>, 2006.

WOOD, Ellen M. **Democracia contra capitalismo:** a renovação do materialismo histórico. Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.