

PROCESSOS DE RECONSTITUCIONALIZAÇÃO LATINO-AMERICANOS E A (IN)EFETIVIDADE DOS TEXTOS CONSTITUCIONAIS: CONSTITUCIONALISMO AMBICIOSO E O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO

Gabriel Batista Rodrigues¹

Gabriel Gomes Canêdo de Magalhães Vieira²

Helen Correa Solis Neves³

Sumário: 1. Introdução. 2. Instabilidade na América Latina e os reflexos nos textos constitucionais. 3. Normas Programáticas e Constituições Nominais. 4. Do Neoconstitucionalismo ao Novo Constitucionalismo Latino Americano: Características e aspectos relevantes. 5. O fenômeno da Judicialização como produto da inércia estatal. 6. Conclusão.

Resumo: Os países Latino-Americanos enfrentaram, entre as décadas de 60 e 90, um período de instabilidade institucional, marcado por golpes de Estado e conflitos internos armados que repercutiram de forma deletéria no regime democrático, provocando a insatisfação popular. À margem deste cenário conturbado, estes regimes políticos de exceção foram superados por um processo de reconstitucionalização, haja vista a promulgação de novas Constituições, movimento que fora alcunhado por

¹ Graduando em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas –UNIPAM.

² 2 Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Professor de Direito Constitucional no Centro Universitário de Patos de Minas.

³3 Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Professora de Teoria Geral do Estado - Ciência Política e Direito Constitucional no Centro Universitário de Patos de Minas.

“Novo Constitucionalismo Latino-Americano”. Em que pese os novos textos constitucionais possuam extenso rol de direitos e garantias fundamentais, observa-se a existência de normas cuja efetivação seja utópica uma vez analisado o contexto político-social do Estado onde a respectiva incidirá. Logo, esbarra-se em normas programáticas, as quais, embora estabeleçam metas a serem alcançadas, enfraquecem a imperatividade de toda a Constituição, já que uma parcela da norma fundamental não alcança sua eficácia ao tempo da promulgação. Tratam-se, em especial, de direitos de 2ª dimensão, onde a simples abstenção Estatal é ineficiente à sua efetivação, exigindo uma postura positiva para que logrem êxito estes direitos fundamentais. A inexistência de políticas públicas capazes de efetivar todos os direitos constitucionais provocou o aumento considerável de demandas judiciais dirigidas à sua concretização, despertando o fenômeno da judicialização, tornando o Poder Judiciário protagonista deste processo de efetivação.

Palavras-chave: Novo Constitucionalismo Latino-Americano, Judicialização na América Latina, Constituições Nominais.

1 – INTRODUÇÃO.



Em razão do conturbado cenário em que as Constituições Latino-Americanas foram promulgadas, a desarmonia existente entre seus textos e a realidade político-social fora acentuada, sendo manifesta a presença de normas ambiciosas/programáticas, as quais objetivam alcançar sua efetividade de forma gradual.

Tendo as novas Constituições estabelecido o múnus ao Estado de implementar políticas públicas com a finalidade de efetivar os direitos constitucionais, o não atendimento a esta imposição desaguou no fenômeno da judicialização, tornando-se

o Poder Judiciário o protagonista deste processo de efetivação.

Deste feita, o presente artigo possui o objetivo de aclarar o cenário em que os textos Constitucionais Latino-Americanos foram confeccionados e promulgados, bem como analisar os reflexos deste contexto fático nos respectivos.

Demonstra o desenvolvimento de um *neoconstitucionalismo* e o seu rompimento nos países Andinos com a chegada do movimento denominado *Novo Constitucionalismo Latino-Americano*, pontuando as principais características de ambos.

Ademais, busca-se evidenciar os efeitos negativos do processo de judicialização, fruto da inércia estatal, o qual olvida-se em implantar projetos cujo intuito seja dar efetividade aos novéis direitos sociais.

Para alcançar estes objetivos, lança-se mão da pesquisa bibliográfica centrada no método dedutivo, analisando a literatura nacional e internacional que trata do tema, em especial periódicos e artigos científicos.

2 – INSTABILIDADE NA AMÉRICA LATINA E OS REFLEXOS NOS TEXTOS CONSTITUCIONAIS.

Em tempos pretéritos, países Latino-Americanos, v.g. Brasil, Venezuela, Bolívia e Equador, foram assolados por crises internas que abalaram a democracia suprimindo direitos fundamentais dos cidadãos, o que retardou o desenvolvimento destes Estados.

Como exemplo destas infelizes experiências, em 1989 a Venezuela enfrentava uma explosão de insatisfação popular (*Caracaço*), com milhões de venezuelanos nas ruas protestando a crítica situação econômica e social do país, o que se dava em virtude da desvalorização da principal comódite, o petróleo.

No Brasil, após o Golpe Militar ocorrido em 1964, o país se deparou com um período marcado pela censura, a falência da democracia, perseguição política, supressão de direitos fun-

damentais, e a repressão àqueles que eram desfavoráveis ao regime militar, tendo seu termo somente em 1985.

A Bolívia também enfrentara conflitos internos, de modo que, em 2003, devido à decisão governamental decidindo pela exportação de gás natural, emergiu a “Guerra do Gás”, a qual desembocou na morte de aproximadamente 65 (sessenta e cinco) bolivianos.

No Equador não fora diferente. A crise institucional restara evidente nos protestos ocorridos no ano de 2005, os quais desaguaram na deposição do então Presidente Lucio Gutiérrez.

Este período de instabilidade fez com que os países afetados passassem por um processo de redemocratização⁴, marcado pela promulgação de textos constitucionais prolixos e demasiadamente protetivos o que, diante deste cenário de transição, implicou na não efetivação de parcela destes direitos constitucionais.

O fato é que a mera elaboração de novas Constituições não é causa imediata de garantia de direitos, quíça de retomada das bases do Estado Democrático de Direito, todavia, nada impede que a nova Constituição estabeleça metas a serem alcançadas. A viabilidade do acréscimo de metas no texto constitucional fora observada pelo alemão Konrad Hesse, para o qual:

“(...) Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência,

⁴ Segundo Roberto Gargarella “(...) *el constitucionalismo siempre apareció asociado a la necesidad de poner fin a un cierto mal; se dictaba entonces una nueva Constitución como contribución institucional clave a una empresa social más vasta, orientada a remover a la sociedad de la peculiar situación de crisis por la que atravesaba(...)*” *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes*. p.1. Disponível em:

http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf. Acesso em: 03.10.2015

se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem (...)”.⁵

Contudo, o acréscimo de normas programáticas no texto constitucional fez com que o Poder Judiciário fosse acionado pelos jurisdicionados diuturnamente com o intuito de efetivar estes direitos ainda não implementados na realidade institucional. Logo, o que deveria ser realizado por políticas públicas desenvolvidas pelo Executivo vem sendo desenvolvido pelo Judiciário, o que, a toda evidência, ressoa negativamente, sendo seus efeitos contraproducentes analisados mais adiante.

3. NORMAS PROGRAMÁTICAS E CONSTITUIÇÕES NOMINAIS.

Ao tempo da elaboração do novo texto constitucional, é oportunizado ao Poder Constituinte Originário (ilimitado, incondicionado e inicial) a implementação de normas em seu corpo que, malgrado concedam aos jurisdicionados garantias e reconheçam direitos de elementar importância, possam não condizer com a realidade político-social daquele Estado.

Tal fato se dá em virtude de sua absoluta dissociação com o ordenamento jurídico vigente, não estando adstrito a qualquer modelo preexistente, bem como desvinculado de quaisquer poderes ou limitações, sendo verdadeiramente instrumento de inauguração de novo modelo de constituição, direcionado exclusivamente a cumprir com as novas necessidades do ambiente em que seu produto irradiará.

Esta possível incorrespondência entre o texto da novel Constituição e a realidade estatal fica ainda mais evidente em se tratando da garantia de direitos sociais (direitos de segunda dimensão), onde a simples abstenção do Estado é insuficiente à sua concretização, exigindo a intervenção governamental com

⁵ Hesse, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor, pág. 07.

investimentos financeiros para que logrem êxito estes direitos fundamentais (v.g. moradia, educação, saúde, etc).

O descompasso existente entre a Constituição e a realidade político-social reporta à ideia de normas programáticas as quais, revestidas sob a forma de promessa/programa, estabelecem metas a serem alcançadas pelos “poderes” Legislativo, Executivo e Judiciário.

Pedro Lenza, lecionando sobre o tema, esclarece que:

“(...) Normas programáticas são aquelas através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado (...)”⁶

Embora bem intencionado, o Poder Constituinte Originário, ao se valer de normas de natureza programática, pode criar falsas expectativas, estando a novel Constituição fadada ao descrédito, impregnada de fragmentos que, embora válidos, são destituídos de aplicabilidade prática (desafiando os fatores reais de poder idealizados por Ferdinand Lassale⁷).

Neste sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, com a clareza que lhe é típica, obtempera o seguinte:

“(...) A massa de disposições programáticas que incham as Constituições contemporâneas, mormente nos capítulos sobre a ordem econômica e sobre a ordem social, igualmente contribui para a desvalorização da ideia de Constituição. Frequentemente fruto de desejos em descompasso com o possí-

⁶ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 255.

⁷ “(...) essa é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem um país (...) Juntam-se esses fatores reais do poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressão escrita e a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas e quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido (...)”. LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?*. Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933, Tradução: Walter Stönnner.

*vel, não raro essas normas permanecem letra morta. Ora, quando uma parcela da Constituição é ressentida como não cogente, a imperatividade de toda a Constituição com isso perde (...)*⁸.

Entretanto, não se rechaça a importância da incorporação de metas no texto Constitucional, todavia, inexistindo uma mudança na postura governamental buscando emprestar a esses programas a efetividade que lhes é intencional, certamente desembocará na desconfiança e na frustração de todos os destinatários da norma.

Uma Constituição, ainda que de início simbolize único e exclusivamente a retomada das bases da Democracia daquele Estado, possui forças para impulsionar o reconhecimento de direitos e garantias, o que o faz por meio da implementação de metas em seu texto.

Portanto, um texto constitucional ambicioso, ou seja, repleto de normas programáticas, subsume-se perfeitamente ao conceito de “utopia” construído pelo uruguaio Eduardo Galeano, de modo que normas constitucionais programáticas, embora não alcancem sua eficácia imediatamente, exigem do poder público postura sempre atenta e diligente, observando-as e, sempre que possível, dando-lhes efetividade. Senão, vejamos:

“(...) Utopia está en el horizonte. Me acerco dos pasos, ella se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte se corre diez pasos más Allá. Por mucho que yo camine, nunca la alcanzaré. Para que sirve la utopia? Para eso sirve: para caminar (...)”⁹.

Karl Loewenstein, em sua célebre classificação ontológica das constituições¹⁰, considerando a essência das respectivas, dividiu-as em: Constituições Normativas, Constituições Semânticas e Constituições Nominais.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁹ GALEANO, Eduardo. *Las Palabras Andantes*. Argentina: Catálogos, 2001. p. 230.

¹⁰ LOEWENSTEIN, Karl. *A Classificação Ontológica das Constituições*. Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/3/32/Lowenstein.pdf>. Acesso em: 04.08.2015.

Nas Constituições Normativas se enquadram aquelas que correspondem com o processo político e com o fato social. No dizer de Loewenstein, as Constituições Normativas podem ser comparadas a uma roupa que assenta bem e que realmente veste bem. Desta feita, Constituições Normativas são protetivas e realistas, buscando manter o estado das coisas, traduzindo o cenário político e social enfrentado pelo Estado, sendo a fidedigna expressão dos fatores reais de poder idealizados por Ferdinand Lassale.

Já nas Constituições Semânticas, o texto constitucional é submetido ao poder político prevalecente. Destarte, ainda que inexistia uma Constituição escrita, a vida institucional não seria influenciada. Karl Loewenstein a compara a uma roupa que não veste bem, mas esconde/disfarça os seus defeitos.

Por fim, o conceito que nos interessa mais de perto, qual seja, o de Constituições Nominais. Nestas as normas são incompatíveis com a realidade político-social do Estado, possuindo um caráter educativo, estabelecendo planos para um dia serem realizados na prática, contudo, enquanto os planos não são realizados, a Constituição continua em desarmonia, vindo seus pressupostos formais a conflitarem com a sua aplicabilidade. Em síntese, a situação de fato impossibilita, ainda que transitoriamente, a completa aplicação das normas constitucionais na vida política e social, existindo uma distância significativa entre o texto constitucional e a realidade em que esta incidirá.

Loewenstein afirma que Constituições Nominais são como roupas guardadas no armário e que serão vestidas futuramente, quando o corpo nacional tiver crescido.

O fato é que o Novo Constitucionalismo Latino-Americano é marcado por Constituições inspiradas neste modelo, o qual aposta na nova *Lex Mater* como instrumento capaz de promover alterações no contexto político e social do Estado o que, à primeira vista, é um equívoco.

Esta característica das Constituições Andinas é consequência das condições em que foram promulgadas, haja vista o conturbado cenário institucional que perpassavam os países Latino-Americanos produtores das novas leis fundamentais. Devido à instabilidade institucional, a falência da democracia e a insatisfação popular, a distância das novas normas constitucionais da realidade Estatal fora acentuada.

Conforme já fora explicitado alhures, não se contesta a possibilidade de uma nova Constituição provocar mudanças significativas na atmosfera em que irradiarão seus efeitos, porém, acreditar que somente ela será capaz de alcançar tal feito é um engano sem precedentes.

Salienta-se que o estudo pormenorizado de cada texto constitucional extrapola os objetivos do presente artigo, o qual apenas esclarecerá os motivos determinantes à distância das novas Leis Fundamentais e o cenário em que regulamentarão, possibilitando uma compreensão panorâmica sobre a temática, entretanto sem esgotar todas as suas nuances. No entanto, antes de avançarmos, mister se faz contextualizar o atual momento vivido pelos povos andinos concernente ao movimento insurgente intitulado Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

4 – DO NEOCONSTITUCIONALISMO AO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO: CARACTERÍSTICAS E ASPECTOS RELEVANTES.

O Neoconstitucionalismo surgiu na Europa após a Segunda Guerra Mundial, sendo a resposta aos horrores vivenciados naquela época, procurando reconstruir as bases do Direito Constitucional que se encontrava às ruínas.

Surgiram Constituições cuja marca fora a incorporação de conteúdos axiológicos, como a dignidade da pessoa humana. Ademais, a visão de Constituição como centro do ordenamento jurídico (astro rei) se fortificou, irradiando seus efeitos pelos

demais ramos do Direito (“constitucionalização”).

Conforme magistério de Uadi Lâmega Bulos, o Neoconstitucionalismo apresenta as seguintes características marcantes¹¹:

*“(...) (i) equivale a uma nova teoria do Direito Constitucional; (ii) promoveu a decodificação do Direito, cujos ramos saíram da órbita infraconstitucional, passando para o campo constitucional; (iii) inaugura um novo período da hermenêutica constitucional; (iv) reflete a pujança da força normativa da Constituição; (v) corresponde a uma nova ideologia ou método de análise de Direito; (vi) retrata o advento de um novo sistema jurídico e político; (vii) inaugura um novo modelo de Estado de Direito; e (viii) reúne novos valores que se prenunciam vigorosamente(...)”*¹²

Portanto, o fenômeno do neoconstitucionalismo reestruturou as formas de compreender, interpretar e aplicar as Constituições, possuindo como marcos histórico e filosófico, respectivamente, o Estado Constitucional de Direito e o pós-positivismo.

Todavia, no início da década de 1990, o Constitucionalismo Latino Americano também apresentou mudanças que repercutiram de forma positiva na Crise Constitucional instalada pós Segunda Guerra Mundial. Apesar de enfrentarem um período marcado pela crise institucional, as novas Constituições Latino-Americanas superaram o conceito de Constituição como mero limite ao poder constituído, estimulando a participação política dos cidadãos e buscando reduzir as desigualdades sociais.

“El hecho de que se trate de sociedades que no experimentaron el Estado Social, induce a pensar que las luchas sociales fueron el fundamento de la aparición de esse nuevo constitu-

¹¹ Convém registrar que Uadi Lâmega Bulos não concorda com a existência de um “neoconstitucionalismo”, afirmando em sua obra que *“(...) em sua essência, ele não traz nada de “novo”, a despeito de seu importante nome e da “logística” implementada ao seu redor (...)”*

¹² BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Editora Saraiva. 2014, p. 80.

*cionalismo latino-americano. Los recientes procesos constituyentes latino-americanos, por lo tanto, pasan a ser procesos necesarios en el devenir de la historia como resultado directo de los conflictos sociales que aparecieron durante la aplicación de políticas neoliberales, particularmente durante la década de los ochenta, y de los movimientos populares que intentaron contrarrestarlos*¹³”.

Conforme já fora explicitado alhures, no interregno das décadas de 60 e 90, países Latino-Americanos passaram por delicado período de desestabilização, sendo neste cenário que suas Constituições foram confeccionadas e promulgadas, as quais, reunidas, compõem o movimento alcunhado de Novo Constitucionalismo Andino.¹⁴

Promovendo uma verdadeira repaginação de conceitos como legitimidade e participação popular, o Neoconstitucionalismo Andino se preocupou com as reivindicações de grupos historicamente excluídos dos processos decisórios, fundamentalmente os povos indígenas, criando, assim, um Estado Plurinacional.

O Estado Plurinacional consubstancia a ideia de *Democracia Consensual*, em contraposição à *Democracia Majoritária*¹⁵, para a qual o conceito de democracia se limita à prevalência do interesse da maioria dos eleitores, entendimento de-

¹³ VICIANO, R.; MARTÍNEZ, R.. Presentación. *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. In: CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. El Nuevo constitucionalismo en America Latina. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010a. p. 9-10. Conferir: SEONE, J.; TADDEI, E.; ALGRANATI, C. Minería transnacional y resistencias sociales en Africa y America Latina: experiencias de resistencia y de movilización social frente a las estrategias corporativas de las compañías Vale (Brasil) y Anglo-gold Ashanti (Sudáfrica) en Argentina, Colombia, Perú, Angola y Mozambique. GEAL, 2011, p.136. Disponível em: http://www.dialogosdospovos.org/pdf/liv_ibase_mineracao_port_REV2.pdf.

¹⁴ Muito se discute sobre a inclusão da Constituição Brasileira de 1988 neste movimento, contudo, aprofundar nesta discussão tipológica extrapola os objetivos do presente artigo. Neste sentido, nos filiamos ao posicionamento o qual defende a C.R.F.B/88 dentro do Novo Constitucionalismo Latino Americano.

¹⁵ LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Editora Record, 2003.

masiadamente reducionista.

O conceito de Democracia, clássico e arraigado no senso comum é o de “governo pelo povo e para o povo”, todavia, sob o enfoque da *Democracia Consensual*, todo o exposto não se limita na prevalência do interesse da maioria dos eleitores, sendo de elementar importância a repartição do poder entre o povo.

César Augusto Baldi aponta como as principais características do Novo Constitucionalismo Latino Americano:

*“(...) a substituição da continuidade constitucional pela ruptura com o sistema anterior, com fortalecimento, no âmbito simbólico, da dimensão política da Constituição; b) capacidade inovadora dos textos, buscando a integração nacional e uma nova institucionalidade; c) fundamentação baseada em princípios, em detrimento de regras; d) extensão do próprio texto constitucional, em decorrência tanto do passado constitucional, quanto da complexidade dos temas, mas veiculada em linguagem acessível; e) proibição de que os poderes constituídos disponham da capacidade de reforma constitucional por si mesmos e, pois, um maior grau de rigidez, dependente de novo processo constituinte; f) busca de instrumentos que recomponham a relação entre soberania e governo, com a democracia participativa como complemento do sistema representativo; g) uma extensiva carta de direitos, com incorporação de tratados internacionais e integração de setores marginalizados; h) a passagem de um predomínio do controle difuso de constitucionalismo pelo controle concentrado, incluindo-se fórmulas mistas; i) um novo modelo de “constituições econômicas”, simultâneo a um forte compromisso de integração latino-americana de cunho não meramente econômico (...)”.*¹⁶

Todavia, ignorando todas estas formidáveis características, resta evidente que alterar este cenário um tão quanto conturbado demanda tempo, não sendo suficiente a produção de

¹⁶ BALDI, César Augusto. *Novo constitucionalismo latino-americano*. Estado de Direito, n. 32, Porto Alegre, nov. 2011. Disponível em <http://www.estadodedireito.com.br/2011/11/08/novo-constitucionalismo-latinoamericano>.

Constituições que homenageiam direitos distantes da realidade, sendo o resultado de todo o exposto observado detidamente mais adiante.

5 - O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO COMO PRODUTO DA INÉRCIA ESTATAL.

Conforme fora exaustivamente exposto anteriormente, as Constituições Andinas construídas e promulgadas sob a vigência de um Estado instável, marcado por conflitos internos, são caracterizadas pela incorrespondência de seu teor com a realidade em que foram implementadas.

Recheadas de normas cuja eficácia exige prestações positivas do Estado (direitos de 2ª dimensão) e com a inexistência de políticas públicas criadas com o intuito de atender a este múnus constitucional, o Poder Judiciário é acionado diuturnamente com o escopo de efetivar estes direitos e, assim, cessar, ainda que momentaneamente, os efeitos contraproducentes da inércia estatal.

Malgrado o Poder Judiciário esteja, a cada dia, mais acessível a seus jurisdicionados, constituindo, inclusive, direito fundamental do cidadão, tem-se que seu acesso ainda encontra limitações a parcela considerável aos que a ele se encontram submetidos. Desta maneira, sendo o judiciário protagonista deste processo de efetivação dos direitos de segunda dimensão, os indivíduos que ainda não possuem o acesso ao órgão investido de jurisdição, ou mesmo possuindo de forma limitada, se veem prejudicados, impossibilitados de exercitar seus direitos em sua integralidade.

Ademais, hodiernamente o volume de demandas desta natureza é assustador, exigindo do ente julgador um esforço descomedido para que atenda todos os suplicantes em tempo razoável, prejudicando o desenvolvimento dos demais feitos em trâmite naquele mesmo juízo, sendo, desta forma, fator de

morosidade do Poder Judiciário.

Prescindi-se de notável saber jurídico para compreender que a utilização de políticas públicas para promover estes direitos prestacionais são, de longe, a maneira mais inteligente e eficiente, alcançando um número maior de beneficiados, bem como retirando do âmbito do Poder Judiciário o elevado número de demandas que objetivam a efetivação dos respectivos, como, por exemplo, os direitos à saúde, moradia e alimentação.

Impende salientar que, ainda que constante do texto constitucional, ditos direitos não são axiomáticos, encontrando empecilhos ao tempo de sua persecução em juízo, esbarrando na famigerada “*Teoria da Reserva do Financeiramente Possível*”, para a qual o ente judicante deverá observar a disponibilidade financeira do Estado antes de conceder o bem da vida perquirido.

A expressão “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*) fora utilizada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, em decisão proferida em 18 de julho de 1972, onde, na oportunidade, o r. Tribunal assentou que:

“(...) Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade (...)”.¹⁷

Assim, após a utilização pelo *Bundesverfassungsgericht*, a Teoria da Reserva do Financeiramente Possível ultrapassou os limites territoriais da Alemanha, vindo a ser empregado do Brasil, visando preservar os recursos mínimos para a continuidade dos serviços públicos, impedindo com que a concessão de direitos sociais a uma parcela limitada da população prejudique a manutenção dos serviços prestados à coletividade.

¹⁷ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*, p. 664. Disponível em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf. Acesso em: 08.10.2015.

Logo, ainda que o indivíduo detenha o direito constitucionalmente garantido e possua acesso ao Poder Judiciário para que exija o cumprimento do respectivo, o atendimento a seu requerimento encontra obstáculo na possibilidade de o Estado atender-lhe sem que tal fato prejudique a manutenção dos serviços básicos do restante da população.

Neste diapasão, é inequívoco que este fenômeno da judicialização, embora na atual conjuntura seja a única alternativa àqueles que necessitam da imediata prestação de determinado direito constitucionalmente garantido, é extremamente negativo, sendo a maneira mais acertada a utilização de programas governamentais construídos pelo Poder Executivo, alcançando um número muito maior de beneficiados.

6 – CONCLUSÃO.

As Normas Fundamentais cuja natureza se amolde á de Constituição Nominal criado por Karl Lowestein não dependem somente de aspectos jurídicos para que logre êxito em seus objetivos. O silogismo efetuado pelo i. Doutrinador é preciso e de um brilhantismo invejável, subsumindo-se perfeitamente ao fenômeno ocorrente nos países andinos.

As Constituições Latino-Americanas “*são como roupas guardadas no armário e que serão vestidas futuramente, quando o corpo nacional tiver crescido*”, isto é, ainda que parcela de seus direitos não alcancem a imediata eficácia, servirão de programas para que futuramente, ou melhor, paulatinamente o poder público busque lhes dar a efetividade que lhes é intencional.

Ainda, observou-se que dentro deste processo de efetivação das metas estabelecidas dentro da *Lex Mater*, o qual é gradual, o Poder Judiciário se tornou protagonista no tocante à concessão dos direitos sociais que carecem de aplicabilidade na realidade político-social diante na inércia estatal.

Dentre os efeitos negativos deste fenômeno da judicialização observa-se o (I) diminuto âmbito de abrangência das prestações, alcançando somente os cidadãos com acesso ao Judiciário; (II) fator de morosidade do Poder Judiciário, incumbindo-lhe de apreciar demandas cujo escopo seria solucionado com a implementação de políticas públicas destinadas a esta finalidade; (III) empecilhos erigidos pelo Estado com o intuito de impedir que os investimentos destinados ao bem da coletividade sejam consumidos em um episódio singular.

Portanto resta evidente que conferir ao Poder Judiciário o múnus de efetivar os direitos sociais possui repercussão negativa, sendo mais produtivo implantar políticas públicas, beneficiando toda a coletividade, prestigiando, assim, o princípio da equidade.



BIBLIOGRAFIA

- BALDI, César Augusto. *Novo constitucionalismo latino-americano*. Estado de Direito, n. 32, Porto Alegre, nov. 2011. Disponível em <http://www.estadodedireito.com.br/2011/11/08/novo-constitucionalismo-latino-americano>.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2014.
- GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo latino-americano: Promesas e interrogantes*. Disponível em: http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf. Acesso em: 03.10.2015

- LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933, Tradução: Walter Stöner.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18ª Ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2014.
- LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Editora Record, 2003.
- LOEWENSTEIN, Karl. *A Classificação Ontológica das Constituições*. Disponível em: <http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/3/32/Lowenstein.pdf>. Acesso em: 04.08.2015
- MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *A Constituição entre a esperança e a frustração: Em busca de um Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. Revista da Escola da Magistratura Regional Federal/Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Cadernos Temáticos - Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2010 - edição de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.trf2.gov.br/emarf/documents/revistaemarfseminario.pdf>. Acesso em: 20.07.2015.
- VICIANO, R.; MARTÍNEZ, R.. Presentación. *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. In: CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. El Nuevo constitucionalismo en America Latina. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010a. p. 9-10. Conferir: SEONE, J.; TADDEI, E.; ALGRANATI, C. Minería transnacional y resistencias sociales en Africa y America Latina: experiencias de resistencia y de movilización social frente a las estrategias corporativas de las compañías Vale (Brasil) y Anglogold Ashanti (Sudáfrica) en Ar-

gentina, Colombia, Perú, Angola y Mozambique. GEAL, 2011. Disponível em: http://www.dialogosdos povos.org/pdf/liv_ibase_minera cao_port_REV2.pdf. Acesso em: 04.08.2015.

VIEIRA, José Ribas, *et al.* *Impasses e alternativas em 200 anos de constitucionalismo latino-americano*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 5(2):122-132, julho-dezembro 2013 Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.04>. Acesso em: 04.08.2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Para um novo paradigma de estado Plurinacional na América Latina*. Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 18 - n. 2 - p. 329-342. Disponível em: <https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4683/2595>. Acesso em: 02.08.2015.