XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

JONATHAN CARDOSO RÉGIS

DIOGO DE ALMEIDA VIANA DOS SANTOS

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Diogo De Almeida Viana Dos Santos; Eloy Pereira Lemos Junior; Jonathan Cardoso Régis.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-624-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Advindos de estudos aprovados para o XXIX Congresso Nacional do Conpedi Balneário Camboriú - SC, realizado entre os dias 07, 08 e 09 de dezembro de 2022, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos, cujo encontro teve como tema principal "Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities".

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho "Direitos e Garantias Fundamentais II" pudemos testemunhar relevante espaço voltado à disseminação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Os estudos, que compõem esta obra, reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas aos direitos e garantias fundamentais, como também se traduzem em consolidação dos esforços para o aprimoramento da área e da própria Justiça.

Nossas saudações aos autores e ao CONPEDI pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Diogo De Almeida Viana Dos Santos

Universidade Estadual do Maranhão - UFMA, e Universidade UNICEUMA

Eloy Pereira Lemos Junior

Universidade de Itaúna - MG

Jonathan Cardoso Régis

Universidade do Vale do Itajaí - Univali

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION IN THE CONTROL OF PUBLIC POLICIES: CHALLENGES FOR THE REALIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS.

Rennan Gonçalves Silva

Resumo

O presente artigo busca analisar, partindo do contexto histórico e político brasileiro vigente quando da edição e promulgação da Constituição Federal de 1988, a Constituição Cidadã, os desafios existentes para fins de concretização dos direitos fundamentais, especialmente focando na jurisdição constitucional, decorrente da constitucionalização do direito e do fenômeno da judicialização, assim como seus respectivos impactos no controle de constitucionalidade de políticas adotadas pela administração pública. Busca-se, ainda, analisar a atuação da corte constitucional brasileira, seja como meio de promoção do ativismo judicial ou como meio legítimo de concretização dos direitos fundamentais. Analisaremos, por fim, os efeitos da referida atuação do Supremo Tribunal Federal, por via do controle de constitucionalidade, no princípio constitucional da separação dos poderes, assim como a delimitação, e diferenciação, da matéria constitucional daquela que deve ser alvo de análise exclusiva pelo processo majoritário. No presente trabalho foi utilizada abordagem qualitativa, com aplicação das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Constituição federal, Direitos fundamentais, Constitucionalização, Jurisdição constitucional, Políticas públicas

Abstract/Resumen/Résumé

This article seeks to analyze, based on the Brazilian historical and political context in force at the time of the edition and promulgation of the Federal Constitution of 1988, the Citizen Constitution, the existing challenges for the purpose of realizing fundamental rights, especially focusing on constitutional jurisdiction, resulting from the constitutionalization of the law and the phenomenon of judicialization, as well as their respective impacts on the control of constitutionality of policies adopted by the public administration. It also seeks to analyze the performance of the Brazilian constitutional court, either as a means of promoting judicial activism or as a legitimate means of realizing fundamental rights. Finally, we will analyze the effects of the aforementioned action of the Federal Supreme Court, through the control of constitutionality, on the constitutional principle of separation of powers, as well as the delimitation, and differentiation, of the constitutional matter from that which should be

the subject of exclusive analysis by the majority process. In the present work, a qualitative approach was used, with the application of bibliographic and documentary research techniques.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Federal constitution, Fundamental rights, Constitutionalization, Constitutional jurisdiction, Public policies

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo a análise do contexto histórico de discussão, edição e promulgação da Constituição Federal de 1988, a Constituição Cidadã, o surgimento e consagração dos direitos fundamentais enquanto direitos humanos positivados e os fenômenos decorrentes da constitucionalização, em especial no que tange à jurisdição constitucional de políticas públicas.

Partindo da ruptura democrática no Brasil, ocorrida com o golpe cívico-militar de 1964, analisaremos como ficou a atuação do poder judiciário nos anos de regime ditatorial, assim como o surgimento dos direitos fundamentais no contexto mundial, na constituição brasileira e suas características.

Após, adentrando especificamente nos efeitos da promulgação da Constituição Federal, abordaremos sobre os fenômenos da constitucionalização e judicialização.

A constitucionalização do direito ocorre por intermédio da jurisdição constitucional que é, em síntese, a irradiação dos direitos fundamentais e princípios e normas constitucionais por todo o sistema jurídico brasileiro.

Neste ponto refletiremos sobre o papel contra majoritário do poder judiciário, sua legitimidade para (in)validar leis e atos oriundos dos demais poderes, em especial no que tange às políticas públicas.

Será discutido, ainda, a postura que deve ser adotada pelo poder judiciário, seja de ativismo judicial, para fins de buscar efetivamente concretizar os direitos fundamentais ou de autocontenção, para fins de propiciar uma relação mais harmônica com os demais poderes.

Especificamente em relação ao controle constitucional de políticas públicas, serão analisados o histórico norte-americano de controle constitucional, pela Suprema Corte, de políticas públicas adotadas pelo executivo, e a postura, neste processo de reconstitucionalização, adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Tomando por base a análise da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 pelo STF, no ano de 2004, serão analisados, ainda, os parâmetros fixados pela nossa suprema corte que ensejam a intervenção do poder judiciário em políticas públicas.

Por fim, neste cenário de reconstitucionalização do direito e relações sociais no Brasil, o presente trabalho propõe analisar os efeitos da jurisdição constitucional no controle de políticas públicas, como realizada no Brasil, para fins de se constatar se a atuação do poder judiciário enquanto corte constitucional contribui, efetivamente, para a concretização dos direitos fundamentais.

2. CONTEXTO HISTÓRICO DA EDIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 88, DIREITOS FUNDAMENTAIS E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.

Após o golpe cívico-militar[1] de 1964 ocorrido no Brasil, o então presidente João Goulart foi deposto, sendo imposto um regime ditatorial militar que durou, ao todo, vinte e um anos, com cinco presidentes oriundos da caserna.

Durante este período foram editados, ao todo, dezessete atos institucionais[2], que foram resultado do esforço dos militares para dar legitimidade ao regime ditatorial imposto, promovendo um processo de institucionalização da ditadura com a criação de um aparato jurídico e o objetivo de dar aparência de normalidade ao período, tendo o Dr. Marcos Napolitano, professor de história do Brasil da Universidade de São Paulo (USP), refletido em sua obra História do Regime Militar (2016):

> Os Atos eram fundamentais para a afirmação do caráter tutelar do Estado, estruturado a partir de um regime autoritário que não queria personalizar o exercício do poder político, sob o risco de perder o seu caráter propriamente militar. Para que o Exército pudesse exercer diretamente o mando político e manter alguma unidade, fundamental no processo que se acreditava em curso, era preciso rotinizar a autocracia e despersonalizar o poder.

Estes decretos, que davam plenos poderes aos militares, determinaram, dentre outras medidas ditatoriais, o fim das eleições diretas, o fechamento dos partidos políticos até então existentes, com a adoção de um sistema bipartidarista, a concessão ao presidente da república do poder de cassar os direitos políticos de qualquer cidadão, fechamento do Congresso, proibição de reuniões e etc.

Durante a ditadura militar o poder judiciário teve seu funcionamento limitado, tendo em vista a interferência direta do poder executivo, que passou a ter papel de preponderância em relação aos demais poderes, tendo os doutores Horário Rodrigues e Gabriela Bechara (2015) aduzidos que:

> A supremacia do Executivo pode ser entendida como reflexo da perda de força política do Legislativo, cujo voto foi silenciado. Por sua vez, por meio de contenções legais,

[1] No dia 2 de Abril, os parlamentares brasileiros resolveram apoiar o golpe militar em curso por meio de um golpe parlamentar. O senador Auro de Moura tomou uma ação ilegal e decretou a vacância da presidência porque o presidente havia abandonado o cargo, sob a alegação de que ele havia fugido do país. Nesse dia, Jango ainda estava em território brasileiro. Extraído de <https://www.preparaenem.com/historia-do-brasil/golpe-militar-31-marco-1964.htm> Acesso em 27/05/2022.

[2] Atos institucionais eram decretos e normas, muitos utilizados durante a ditadura – eles davam plenos poderes aos militares e garantiam a sua permanência no poder. Extraído de <https://www.politize.com.br/ditadura-militar-no-brasil/> Acesso em 27/05/2022.

> ficou afastada do poder judiciário sua competência e possibilidades de atuação quando do cerceamento de direitos e garantias fundamentais. Assim, as violações ocorridas em decorrência de omissões/ações do Executivo eram apreciadas de forma errática, algumas vezes inclusive sem qualquer apreciação, dado o esvaziamento das prerrogativas e competências do Judiciário, que muitas vezes não pode fazer valer suas atribuições constitucionais.

No ano de 1982, já com o regime ditatorial enfraquecido, foram determinadas eleições diretas em âmbito estadual, as primeiras desde os anos 60, resultado de muita pressão popular, uma vez que a população brasileira ansiava pela volta de um regime verdadeiramente democrático.

Tal "concessão" do regime militar não teve a capacidade de esfriar as manifestações populares, sendo os anos de 1983 e 1984 marcados pelo fortalecimento da campanha das "Diretas Já".

Em 1985 ocorreu eleição presidencial, ainda indireta, todavia com a derrota do candidato governista Paulo Maluf, que tinha o apoio dos enfraquecidos militares, e vitória do civil Tancredo Neves, pondo fim ao regime ditatorial que vigorava no Brasil desde o referido golpe de 64.

Neste contexto que surgiu a necessidade de reconstitucionalizar o Brasil, sendo promulgada no dia cinco de outubro de 1988 a Constituição Federal, tendo o presidente da Assembleia Nacional Constituinte, o deputado Ulysses Guimarães, bradado em seu discurso de promulgação da constituição que "A constituição Mudou na sua elaboração, mudou quando quer mudar o homem cidadão. E é só cidadão quem ganha justo salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa".

A parte supracitada do discurso de promulgação da Constituição Federal de 88 fez com que o texto constitucional passasse a ser amplamente conhecido como "A Constituição Cidadã" e, em síntese, faz referência aos direitos e garantias fundamentais constantes no texto promulgado.

No cenário global, o surgimento da necessidade de positivação de direitos humanos enquanto direitos fundamentais se deu após o fim da segunda guerra mundial, conforme lição de Ubirajara Coelho Neto e Adriana do Piauí Barbosa (2017):

> E mais uma vez, repetindo a ideia outrora esboçada de que a história se reveste de caráter pendular, exsurge a necessidade de um sistema menos positivista e que, efetivamente, concretize uma série de garantias mínimas ao indivíduo.
> Tal asserção é feita diante da patente falência do Direito Positivo tão somente, uma vez que, na Alemanha nazista, todas as desumanidades realizadas foram perpetradas sob o manto da lei, com o respaldo do Estado.

> Destarte, pressurosa se fazia a adoção de um mecanismo que garantisse ao Direito Positivo um caráter maior de justiça e respeito à existência humana por si só considerada.

O artigo 5º da Constituição Federal está contido no título "Dos Direitos e Garantias Fundamentais" e, inspirado na Declaração Universal de Direitos Humanos, prevê um rol de direitos que são essenciais ao ser humano, diferenciando-se dos Direitos Humanos, tão somente, por estarem contidos expressamente no texto constitucional.

Para fins de comparação, os Direitos Humanos independem de positivação, apesar de, em síntese, possuírem a mesma finalidade, qual seja, a proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Existem características inerentes a todos os direitos fundamentais, quais sejam, a imprescritibilidade, uma vez que são direitos que não se perdem com o tempo, inalienabilidade, por se tratarem de direitos inalienáveis, irrenunciabilidade, tendo em vista que não é possível a renúncia destes direitos por seus titulares, historicidade, por serem resultados de um contexto histório, relatividade, pois nenhum direito fundamental é absoluto e podem ocorrer choques entre direitos fundamentais, e, por fim, universalidade, por serem direitos que são destinados a todos.

Em relação ao texto constitucional, nota-se que, ao analisar a disposição literal do CAPUT do artigo 5º da Constituição Federal, o constituinte, desde já, elencou os direitos fundamentais que considerou mais importantes, fazendo-os constar expressamente, *ipsis litteris*:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Ou seja, o art. 5º prevê, como direitos fundamentais mais importantes, o direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, cabendo ao estado brasileiro assegurar aos seus cidadãos a concretização não só desses direitos, mas também de todos os demais direitos constantes entre os artigos 5º e 17º da Constituição Federal.

Novamente fazendo menção ao brilhante discurso de promulgação da Constituição de 88, proferido pelo então presidente da Assembleia Nacional Constituinte Brasileira, deputado Ulysses Guimarães, destaco a seguinte ressalva ao texto promulgado: "A constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa ao admitir a reforma. Quanto a ela, discorda, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca.".

É de simples constatação que, desde a edição da constituição é sabido que o texto constitucional pode ser constantemente reformado.

No que tange aos direitos fundamentais, os incisos do art. 5º da CF, por exemplo, podem ser alterados conforme novos direitos sejam necessários a fim de se garantir a dignidade da pessoa humana, tendo em vista a característica de historicidade já debatida.

Em relação à construção atual dos direitos fundamentais enquanto fruto das transformações sociais, nos ensina Ingo Scarlet (2012):

> Ainda que consagrada a concepção de que não foi na antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeira é a constatação de que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, legou-nos algumas das ideiaschave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma também ser denominada, consoante já ressaltado, de "pré-história" dos direitos fundamentais. De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão. Saliente-se, aqui, a circunstância de que a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade. Do Antigo Testamento, herdamos a ideia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estoica grecoromana e do cristianismo advieram, por sua vez, as teses da unicidade da humanidade e da igualdade perante todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus).

Nessa eterna construção dos direitos fundamentais, o último que foi incluído no texto constitucional, por intermédio da Emenda Constitucional nº 115/2022, foi o "direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais", o que reitera, em termos práticos, a capacidade da Constituição Federal de modificar-se para fins de, ainda com todas as mudanças existentes na sociedade, buscar promover, atualizar o rol e resguardar a proteção dos direitos fundamentais.

Foi neste cenário, com a promulgação da Constituição Cidadã, e com ênfase nos direitos e garantias fundamentais, que ocorreu a reconstitucionalização do estado brasileiro, tendo o Ministro Luis Roberto Barroso, em sua obra Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) (2005), definido a constitucionalização como sendo:

> A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico

A constitucionalização não só incide sobre as demais normas infraconstitucionais, assim como incide também sobre os poderes integrantes do estado brasileiro por intermédio da jurisdição constitucional, que passou a ter papel de protagonismo na aplicação do texto constitucional por todo o sistema jurídico.

O Dr. Luis Barroso (2005), ainda na obra Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), discorrendo sobre a jurisdição constitucional aduziu que:

> A constitucionalização, na linha do argumento aqui desenvolvido, expressa a irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico. Esta difusão da Lei Maior pelo ordenamento se dá por via da jurisdição constitucional, que abrange a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis; e a interpretação conforme a Constituição, para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral. No caso brasileiro, deve-se enfatizar, a jurisdição constitucional é exercida amplamente: do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, todos interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucional

A Constituição Cidadã expandiu de sobremaneira a jurisdição constitucional, uma vez que ampliou, especialmente em comparação com as constituições federais anteriores, a possibilidade de interposição de demandas judiciais para fins de controle constitucional, assim como o rol de legitimados ativos.

De forma mais objetiva, a jurisdição constitucional corresponde a uma forma de intervenção do poder judiciário, ainda que provocado, com a análise de leis, medidas provisórias, decretos, e demais atos do estado brasileiro, incluindo todos os poderes, com princípios e normas constitucionais.

A materialização da jurisdição constitucional ocorre de diversas formas, podendo ser por intermédio do controle concentrado de constitucionalidade, com a interposição de ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC), ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), ou ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).

Ou, ainda, podemos ter como exemplo de jurisdição constitucional a tutela do direito fundamental de liberdade, por intermédio do *habeas corpus*, ou de outros direitos fundamentais que podem ser tutelados, em caráter coletivo ou individual, por diversos remédios constitucionais, tais como, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção, etc.

Com a ampliação da jurisdição constitucional, e uma consequente maior intervenção do poder judiciário, discussões antes que só aconteciam no poder legislativo e executivo passaram a ser definidas pelo poder judiciário.

Uma vez que a população entendeu a mudança do protagonismo de tais discussões, assim como a mudança do papel do poder judiciário na solução de conflitos e discussões relevante à sociedade, surge, no direito brasileiro, o fenômeno que foi nomeado de judicialização.

Essa maior judicialização de demandas fez com que o judiciário passasse a ser provocado para se manifestar sobre decisões políticas dos poderes legislativo e executivo, inclusive em relações à definição e implementação de políticas públicas, alocação de verbas no orçamento, etc., sendo o mérito de tal discussão, por muitas vezes, transladada ao poder judiciário.

Nas palavras do então advogado e professor Dr. Luís Roberto Barroso (2009) "O judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros poderes".

A judicialização de decisões políticas, políticas públicas e até atos de gestão dos demais agente políticos, dos poderes legislativo e executivo é uma consequência natural da ampliação da jurisdição constitucional, conforme expressamente contido na Constituição Federal de 88, promovendo, por decorrência lógica, um maior ativismo judicial, resultado das deliberações, ainda que provocadas, do judiciário.

Esse controle de constitucionalidade de atos e leis oriundos dos demais poderes, constituídos por representantes eleitos, pelo poder judiciário, que é integrado por representantes não-eleitos, demonstra o papel contra majoritário da corte constitucional, uma vez que, com fulcro na Constituição Federal, e objetivando a tutela de direitos e garantias fundamentais, cabe ao judiciário rejeitar ou confirmar leis e atos de representantes diretamente escolhidos pela vontade popular.

Em relação ao princípio da maioria, Kelsen (2000) em sua obra A Democracia, traz a seguinte reflexão.

> De fato, a existência da maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria e, por consequência, o direito da maioria pressupõe o direito à existência de uma minoria. Disto resulta não tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Esta proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e

> do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares.

Ainda em relação a esse papel contra majoritário da corte constitucional, cabe destacar, nos termos do Dr. Luis Roberto Barroso, no texto Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) (2005), que existem duas linhas doutrinárias que justificam tal papel do poder judiciário:

> Ao longo dos últimos dois séculos, impuseram-se doutrinariamente duas grandes linhas de justificação desse papel das supremas cortes/tribunais constitucionais. A primeira, mais tradicional, assenta raízes na soberania popular e na separação de Poderes: a Constituição, expressão maior da vontade do povo, deve prevalecer sobre as leis, manifestações das maiorias parlamentares. Cabe assim ao Judiciário, no desempenho de sua função de aplicar o Direito, afirmar tal supremacia, negando validade à lei inconstitucional. A segunda, que lida com a realidade mais complexa da nova interpretação jurídica, procura legitimar o desempenho do controle de constitucionalidade em outro fundamento: a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático.

Neste sentido, cabe analisar a melhor forma do judiciário realizar essa jurisdição constitucional, principalmente no que tange às políticas públicas, que são, em regra, originalmente oriundas dos demais poderes.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS E SEU CONTROLE CONSTITUCIONAL: BUSCA PELA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o consequente fenômeno da constitucionalização do direito, que ocorreu por intermédio da jurisdição constitucional, e tendo em vista, ainda, o fenômeno da judicialização já tratado no presente artigo, a discussão sobre demandas que versam sobre a tutela de direitos fundamentais teve, no poder judiciário, seu local decisório.

Coube, de forma prática, ao poder judiciário a definição não só da conformação de leis e normas com a Constituição Federal de 1988, mas também sobre a (in)validade de políticas públicas[3] que estavam em deliberação, ou já implementadas, pelos poderes legislativo ou executivo.

[3] Políticas Públicas são ações e programas que são desenvolvidos pelo Estado para garantir e colocar em prática direitos que são previstos na Constituição Federal e em outras leis. São medidas e programas criados pelos governos dedicados a garantir o bem estar da população. Extraído de <https://al.se.leg.br/politicas-publicas-o-que-sao-e-para-que-existem/#:~:text=Pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas%20s%C3%A3o%20a%C3%A7%C3%B5es%20e,o%20bem%20estar%20da%20popula%C3%A7%C3%A3o.> Acesso em 27/05/2022.

Nesse contexto de irradiação das normas e valores constitucionais para todo o ordenamento jurídico que surge o que chamamos de Estado Constitucional de Direito, que para além do estado de direito "tradicional", onde o próprio estado passou a se submeter às suas normas por influência da Revolução Francesa e já demonstrando certo grau de celebração do princípio da legalidade, o Estado Constitucional de Direito possui as seguintes características: Supremacia da constituição, respeito ao princípio da legalidade, e "funcionalização" dos poderes estatais (Freire, 2017).

Ressalta-se, de logo, que a supremacia da constituição, tida como característica do Estado Democrático de Direito inclui, por consequência lógica, a supremacia dos direitos e garantias fundamentais.

Da tutela desses direitos fundamentais, cabe esclarecer, que dentro dos termos da Constituição Federal de 1988, a jurisdição constitucional, assim como a possibilidade de controle de políticas públicas, é exercida de maneira ampla pelo poder judiciário.

Tanto o juiz de primeira instância, a quem cabe julgar, por exemplo, *habeas corpus* contra ato de delegado de polícia, quanto o Supremo Tribunal Federal, competente, por exemplo, para análise de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), materializam a jurisdição constitucional.

A corte constitucional, quando da efetiva materialização da jurisdição constitucional, deve definir a postura que quer adotar em relação aos demais poderes quando da interpretação e aplicação da Constituição Federal. O poder judiciário pode assumir a postura de ativismo ou de autocontenção judicial.

Se por um lado a postura de maior ativismo judicial está vinculada a uma participação mais efetiva do poder judiciário no controle de políticas públicas, buscando a efetiva concretização de direitos fundamentais e das normas constitucionais, do outro lado temos a posição de autocontenção do poder judiciário, postura pela qual o poder judiciário busca, primordialmente, reduzir suas intervenções nos demais poderes com o objetivo de preservar a harmonia dentre os poderes.

Uma postura de maior ativismo judicial encontra respaldo, inclusive, no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que rege "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;"

Quanto, especificamente, aos limites do controle constitucional de políticas públicas, o Dr. Luís Roberto Barroso (2005) reflete:

> A questão do controle das políticas públicas envolve, igualmente, a demarcação do limite adequado entre matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário. Por um lado, a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realizá-los.
> Por outro, atribuiu as decisões sobre o investimento de recursos e as opções políticas a serem perseguidas a cada tempo aos Poderes Legislativo e Executivo. Para assegurar a supremacia da Constituição, mas não a hegemonia judicial, a doutrina começa a voltar sua atenção para o desenvolvimento de parâmetros objetivos de controle de políticas públicas.

O Supremo Tribunal Federal, tem demonstrado historicamente que não pretende ter uma postura autocontida em termos de controle de constitucionalidade, sob a real fundamentação na necessidade de se garantir a concretização de direitos fundamentais e valores constitucionais.

Importa, ainda, ressaltar que um maior ativismo do poder judiciário decorre, também, da manifesta crise de legitimidade que passam os integrantes dos poderes executivo e legislativo, que de forma recorrente, são captados para integrar grupos de influência econômica, e defender seus interesses durante sua atividade política, ou, na pior das hipóteses, se envolvem em ilícitos penais.

Os poderes legislativo e executivo, apesar de possuírem agentes eleitos diretamente pelo povo, não conseguem, quando da formulação e implementação das políticas públicas, a efetiva concretização de direitos fundamentais e valores constitucionais à toda população

In casu, geralmente porque buscam consagrar, tão somente, o princípio majoritário que os levam, dentro do regular processo democrático, a exercer cargos políticos, seja no executivo ou no legislativo.

Noutro giro, em respeito à separação dos poderes, o poder judiciário não deve intervir nas políticas adotadas pelos demais poderes, quando de sua fundamentação se abstraia, tão somente, preferências políticas.

Luís Roberto Barroso (2005) nos relata a experiência americana de intervenção indevida do poder judiciário em políticas públicas, tendo a Suprema Corte invalidado várias políticas do presidente Roosevelt, em meados dos anos 30, em seu plano de recuperação econômica pós quebra da bolsa de valores de Nova York em 1929, por possuir, até então, membros com tendência política ao pensamento conservador. O presidente Roosevelt, ao sustentar a validade de suas políticas e declarar uma verdadeira guerra institucional à Suprema Corte chegou a enviar ao Congresso projeto para ampliação da composição da corte para nomear vários ministros de uma só vez. Apesar do congresso ter rejeitado a proposta do executivo a postura firme adotada pelo presidente Roosevelt levou o poder judiciário a, em

movimento de recuo, no ano de 1937, passar a abdicar do exame de mérito de tais normas, analisando, tão somente, aspectos formais.

Já no desenvolvimento do constitucionalismo no caso brasileiro, o STF traçou importante marco para o controle de políticas públicas quando analisou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental "ADPF" 45[4], ainda no ano de 2004, tendo, em síntese, no voto do ministro relator Celso de Mello determinado parâmetros para a intervenção do poder judiciário em políticas públicas, quais sejam: quando a omissão ou a política pública não oferecer condições de mínimas de garantir o princípio da dignidade da pessoa humana; se o pedido de intervenção do poder judiciário for razoável; e quando a omissão, ou a política pública implementada pelo poder legislativo ou executivo for desarrazoada.

O Supremo Tribunal Federal continua a avançar, em clara postura de ativismo judicial, quando da materialização da jurisdição constitucional, inclusive, em declarar, por vezes, Estado de Coisas Inconstitucionais[5], como por exemplo no julgamento da ADPF 347[6] no ano de 2015,

---

[4] ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)." (STF – Pleno – MC ADPF n. 45- Rel. Min. Celso de Melo, julgamento 29/04/04, DJ de 04-05-04).

5 A definição mais comum do chamado "estado de coisas inconstitucional - ECI" é no sentido de que se trata de "um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem alterar a situação inconstitucional". Extraído de <https://direitoreal.com.br/artigos/o-estado-de-coisas-inconstitucional-um-novo-conceito> Acesso em 27/05/2022.

[6] CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caraterizado como "estado de coisas inconstitucional". FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016)

relatoria do ministro Marcos Aurélio, onde o STF entendeu como inconstitucional a superlotação do sistema prisional, falta de realização de audiências de custódia, superação de prazos, etc.

4. CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, responsável pelo processo de reconstitucionalização do Brasil, e documento que pôs fim ao regime ditatorial militar, trouxe consigo rol de direitos e garantias fundamentais oriundos do sentimento de necessidade de garantia da dignidade do ser humano.

No Estado Constitucional a dever de controlar a formulação e execução de políticas públicas é do poder judiciário.

Como nos ensinou Luís Roberto Barroso (2005) a jurisdição constitucional, que foi ampliada na Constituição Cidadã, deve sempre levar em conta a matéria efetivamente constitucional, ressalvando de análise de mérito de matérias que devem ser apreciadas pelo processo político majoritário.

O Supremo Tribunal Federal, enquanto maior representante do poder judiciário, acerta ao tomar uma postura mais combativa em busca da concretização dos direitos fundamentais, de forma que, como dito, é urgente a necessidade de adotar parâmetros objetivos de controle das políticas públicas.

Entretanto, não devemos fechar os olhos para a possibilidade de excessos oriundo desta jurisdição constitucional, uma vez que, por vezes, a diferenciação da matéria constitucional, daquela que deve ser submetida ao processo majoritário, é extremamente complexa, ou, ainda, interpretativa.

Ressalva feita, a jurisdição constitucional realizada pelo poder judiciário com postura de ativismo, e quando realizado para fins de efetivação dos direitos fundamentais, respeitada a separação dos poderes e evitada a interferência indevida em matérias que devem ser submetidas ao processo majoritário, é extremamente benéfico à população e conditio *sine qua non* para a concretização dos direitos fundamentais.

5. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, 2005;

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016;

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Direito do Estado, Salvador, 2009;

BECHARA, Gabriela Natacha; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **DITADURA MILITAR, ATOS INSTITUCIONAIS E PODER JUDICIÁRIO**. Revista Justiça Do Direito, v. 29, 2015;

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

BRASIL. Presidente da Assembleia Nacional Constituinte Ulysses Guimarães. **Discurso de promulgação da Constituição Federal de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembleia-nacional-constituinte-dr-ulysses-guimaraes-10-23/;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de preceito Fundamental 45/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2009.

FERREIRA, Maria Elizabeth Malaquias. **Modulação dos efeitos temporais no controle jurisdicional de constitucionalidade e reflexos sobre a norma do art. 52, X, da Constituição Federal**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 44, n.173, p. 193-207, 2007.

FREIRE, Antônio Manuel Peña. **La garantia em el Estado constitucional de derecho**. Madrid. Editorial Trotta, 1997.

GONÇALVES, Kildare Carvalho. **Teoria do Estado e da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004;

GUIMARÃES, Diego Fernandes. **O Estado constitucional de Direito e a mudança de rumo no sistema de fontes do Direito**. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 83-98, jan./mar. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p83

KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000;

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007;

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A dignidade humana como critério para o controle jurisdicional de políticas públicas: análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal**. In: COSTA, M.M.M.; LEAL, M.C.H (Org.). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Tomo 13.Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014;

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14-15.

NAPOLITANO, Marcos. 1964: **História do regime Militar**. São Paulo: Contexto, 2016;

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. 3 ed. Salvador: Jus Podivm, 2017;

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 541.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial.** In: Direitos fundamentais sociais: Estudos em homenagem aos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos 20 anos da Constituição Federal. Helder Baruffi (Org.). Dourados: UFGD, 2009, p.167-216.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática.** In: SARMENTO, Daniel (Coord.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A NOVA PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O CONTROLE DIFUSO: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E LIMITES DA LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**. Argumenta jornal Law, jacarezinho – PR, n.7, p. 45-68, 2013.

NETO, Ubirajara Coelho; BARBOSA, Adriana do Piauí. **DIREITOS FUNDAMENTAIS, CIDADANIA E REGIME DEMOCRÁTICO**. VII Encontro Internacional do CONPEDI/BRAGA. 2017