

Jurisdição constitucional e controle de políticas públicas: uma realidade necessária para a concretização dos direitos fundamentais

*Tássia A. Gervasoni**

*Tamiris Alessandra Gervasoni***

Resumo: Com o auxílio do método dedutivo e do procedimento histórico-crítico, efetua-se uma abordagem histórica e conceitual da jurisdição constitucional, observando sua evolução de modo recíproco à evolução do Estado e dos direitos fundamentais. Diante das transformações ocorridas após o segundo Pós-Guerra Mundial, consolidando-se o Estado Democrático de Direito e a Constituição tornando-se ápice do ordenamento jurídico, a jurisdição constitucional destaca-se quanto à proteção e à concretização dos direitos fundamentais. Dada a

* Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), com período sanduiche na Universidad de Sevilla (Espanha). Bolsista Capes (PDSE – Proc. n. 12673-13-7). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Graduada pela mesma instituição. Professora do curso de Direito na Faculdade Metodista de Santa Maria. Integrante dos Grupos de Pesquisa “Estado e Constituição”, vinculado ao CNPq. Advogada. E-mail: tassia.gervasoni@gmail.com.

** Mestranda com Bolsa Capes Prosup em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Graduada pela mesma instituição. Integrante do Grupo de Pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, coordenado pela Professora Pós-Doutora em Direito Marli Marlene Moraes da Costa. E-mail: tamirisgervasoni@gmail.com.

necessidade de proteger e concretizar tais direitos, pondera-se a conexão existente entre eles a as políticas públicas como instrumentos aptos a concretizá-los. Nesse sentido, entende-se pela possibilidade de atuação do Judiciário no âmbito das políticas públicas para proteger e concretizar direitos fundamentais. Dentre as críticas a tal atuação, saliente-se a violação a separação dos poderes, observando-se que não se propõe a ingerência do Judiciário em funções dos demais poderes, mas que se mantenha em âmbito jurídico diante das demandas que lhe são apresentadas diante da insuficiência de determinada política pública. Assim, o controle jurisdicional de políticas é realidade necessária à proteção e à concretização dos direitos fundamentais, sendo que esforços devem dedicar-se à formulação de critérios e fundamentos para uma atuação legítima e democrática, observando sempre a Constituição e promovendo os direitos fundamentais.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Jurisdição constitucional. Direitos fundamentais. Políticas públicas. Controle jurisdicional.

1 INTRODUÇÃO

Especialmente no Estado Democrático de Direito, após o contexto apresentado no período d segundo Pós-Guerra Mundial, as Constituições assumiram papel destacado, configurando o ápice dos ordenamentos jurídicos. Em rejeição aos atos desumanos cometidos em referido período é que as Constituições serão fundadas sob a dignidade humana, tencionando preservá-la e promovê-la.

Em razão da necessidade de proteção a tal valor, que será em muito concretizado pelos direitos fundamentais, é que a jurisdição

constitucional (res)surge como guardião da Constituição no sentido de promover e concretizar direitos, não se restringindo à sua inicial concepção, originada no caso *Marbury vs. Madinson*, na qual sua atuação limitava-se à aferição de leis/atos infraconstitucionais de acordo com a Constituição, o que, realmente foi importante e necessário, porém, no atual Estado Democrático de Direito, faz-se necessária uma atuação mais substancial dessa jurisdição.

É nesse sentido, portanto, que a evolução de jurisdição ocorreu de modo recíproco à evolução do Estado e dos direitos fundamentais, aliando-se sempre às novas necessidades e formas de garantir a dignidade humana. Tanto que os direitos fundamentais evoluíram de restritos direitos subjetivos de defesa do indivíduo em face do Estado a um dever de proteção aos direitos fundamentais, que deve ser prestado e respeitado pelo próprio Estado.

Em face de tal dever de proteção aos direitos fundamentais, que se irradia para todos os poderes formadores do Estado, é que se propõe a possibilidade de o Judiciário interferir no âmbito das políticas públicas, que são compreendidas neste trabalho como instrumentos de concretização e proteção dos direitos fundamentais.

2 PERSPECTIVAS EVOLUTIVAS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O termo “jurisdição” corresponde à ideia de poder ou direito de julgar; extensão territorial em que atua um juiz¹. Dessa forma, quando se trata de jurisdição constitucional, remete-se à premissa de direito de julgar ou, em outras palavras, à atuação do Judiciário nos limites, ou

¹ JURISDIÇÃO. In: LUFT, Celso Pedro. *Minidicionário Luft*. São Paulo: Ática, 2000. p. 410.

competências, referentes aos temas que envolvem e são envolvidos pela Constituição vigente, sejam jurídicos, sejam políticos.

Assim, “jurisdição constitucional designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais”² e, nesse sentido, portanto, a jurisdição constitucional possui uma atuação muito mais essencial, visto que a ela é que cabe(rá) (também) o papel de guardião da Constituição, direcionando sua atuação para a efetivação da Constituição e seus respectivos conteúdos, que, notadamente após o segundo Pós-Guerra, não terão meramente a função de organização do Estado. Destacadamente após o segundo Pós-Guerra Mundial, as Constituições foram dotadas, também, de cunho político e, portanto, passaram a alcançar, além das questões organizacionais do Estado, princípios legitimadores do poder, abrangendo, a partir de então, toda a sociedade, e não apenas o Estado³.

A evolução da jurisdição constitucional necessita ser observada à luz da evolução do Estado e da própria Constituição⁴. Com o advento do fenômeno do constitucionalismo contemporâneo, especialmente após a segunda metade do século XX, ao término da Segunda Guerra Mundial, a noção sobre o próprio Estado e a jurisdição constitucional transformou-se, pois justamente em repúdio aos atos bárbaros e cruéis cometidos em tal episódio é que surgiram (maiores) esforços na construção de mecanismos e formas de garantias da dignidade da pessoa humana:

² GERVASONI, Tássia A.; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Multideia, 2013. p. 51.

³ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição na ordem democrática: uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 31.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

A ideia de Constituição como ápice/centro do sistema legal e de eminente conteúdo jurídico começa a ganhar prestígio com a proposição de um novo modelo de constitucionalismo, fulcrado na dignidade da pessoa humana: o constitucionalismo democrático. A Constituição, assim, passou a ordenar os sistemas criados para a organização e convivência em sociedade – jurídico, político, social –, aparecendo de forma onipresente nas relações da comunidade em que está erigida, mormente em vista das qualidades materiais e substanciais que adquire através dos direitos fundamentais [...]⁵.

Juntamente com a evolução do Estado, desde o modelo absolutista, passando pelo Estado Liberal e pelo Estado Social, após a progressão destes, com o surgimento do Estado Democrático de Direito, a Constituição passou “a ser entendida não mais como mero instrumento de garantia contra o poder absoluto do Estado, mas como expressão máxima dos valores eleitos pela comunidade que a adota”⁶.

A Constituição, a partir de então, voltou imperiosa atenção à concretização dos direitos nela contidos, o que resultou em destaque os órgãos judiciais que exercem o controle de constitucionalidade. Isso porque para concretizar tais direitos, são necessários mecanismos e instrumentos aptos a alcançar tal objetivo, visto que sua simples exposição na Constituição seria insuficiente. Dessa forma, a “instrumentalização dos valores constitucionais e aferição da conformidade ou não das leis ao

⁵ BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Curitiba: Multideia, 2013. p. 18.

⁶ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole, 2003. p. 23.

texto constitucional se estabelece, por seu turno, através do que se convencionou chamar de justiça constitucional, mediante o mecanismo da jurisdição constitucional”⁷.

Originariamente, aponta-se que o surgimento da jurisdição constitucional como mecanismo que exerce o controle de constitucionalidade deu-se a partir do *judicial review* no caso *Marbury vs. Madison*, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1803⁸. Na decisão, ponderou-se a contradição de uma lei em face da Constituição, questionando-se qual deveria preponderar no caso em tela, ou seja, se a Suprema Corte deveria decidir aplicando a lei e afrontar a Constituição ou o contrário. Assim, decidiu-se que “as Cortes devem atender a constituição, e a constituição é superior a qualquer lei ordinária, a constituição, e não tal lei ordinária, deve reger o caso para o qual ambas se aplicam”⁹.

Portanto, em face das novas concepções surgidas sobre o próprio Estado e a Constituição, as cortes constitucionais, justamente ao realizarem seu papel de aplicação e efetivação da Constituição, tornaram-se indispensáveis para a garantia e a proteção dos direitos fundamentais. A partir daí, então, é no seio da própria Constituição que os mecanismos e formas de garantia

⁷ LEAL, 2007, p. 40.

⁸ “Na decisão-modelo *Marbury vs. Madison*, Marshall, Justice nomeado pelo Presidente Adams, procedeu à análise de questões de índole constitucional, bem como dos limites da competência da Suprema Corte norte-americana. Também Adams havia proposto Marbury ao Senado para ser nomeado juiz de paz no distrito de Colúmbia. Essa indicação havia sido aprovada pelo Senado, assinada e selada por aquele presidente, mas Madison, secretário de Estado do novo presidente, não realizou a nomeação. Marbury requereu a notificação de Madison à Corte Suprema, tendo-se mantido este, contudo, inerte, sem apresentar qualquer defesa”. (TAVARES, André Ramos. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis e a função do Senado Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 819, p. 2, 2004)

⁹ TAVARES, 2004, p. 2.

da dignidade humana devem firmados, buscando a realização dos princípios e direitos por ela abarcados.

No cenário brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, juntamente com a redemocratização, o Poder Judiciário sofreu intensas transformações, ampliando seu espectro de atuação, em consequência de a Constituição lhe imputar a prerrogativa de zelar por sua supremacia como função essencial e primordial. A atuação do Judiciário no “Brasil [...] adota tanto a jurisdição difusa quanto a jurisdição concentrada, como resultado de uma evolução histórica que vem incorporando novos elementos ao longo das Constituições”¹⁰.

Portanto, por meio da jurisdição constitucional, ou seja, do Judiciário, é que os atos realizados pela sociedade e pelo Estado, relativos à matéria constitucional, serão controlados¹¹, até mesmo porque todo ato jurisdicional é também ato da jurisdição constitucional¹². Diante de tal conjuntura, manifestam-se críticas e indagações quanto ao papel do Judiciário, especialmente quanto à jurisdição constitucional, ao zelar pela supremacia da Constituição a ao concretizar seus conteúdos, essencialmente no aspecto da concretização e proteção dos direitos fundamentais:

A questão metodológica coloca-se no centro da reflexão sobre o papel que deve desempenhar a Corte Constitucional ou o órgão dotado de competência para aferir a legitimidade das leis e demais atos normativos, como é o caso do

¹⁰ LEAL, 2003, p. 99.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 359.

¹² “[...] todo juiz do ordenamento é, na via de exceção, juiz constitucional”. (BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil*. *Revista Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 18, p. 134, maio/ago. 2004)

Supremo Tribunal Federal, entre nós. Evidentemente, a supremacia da Constituição em face da lei coloca o órgão incumbido da jurisdição constitucional em um papel diferenciado e destacado¹³.

Observado que o Judiciário, essencialmente quanto à sua função exercida na jurisdição constitucional, ou seja, função de guardião da Constituição, deve zelar por sua supremacia, protegendo e preservando seus conteúdos e, portanto, também os direitos fundamentais, neste estudo debruça-se sobre o papel desempenhado pela jurisdição constitucional ao proteger e concretizar direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional de políticas públicas, ou seja, analisando a relação entre direitos fundamentais e políticas públicas no âmbito do Judiciário.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Assim como a evolução da jurisdição constitucional não pode ser desvinculada da evolução do Estado e da(s) Constituição(ões), o mesmo ocorre com o reconhecimento e a evolução dos direitos fundamentais, que, de certa forma, se dão de modo entrelaçado à evolução do próprio Estado¹⁴. Isso ocorre porque a origem de tais direitos remonta à ideia de defesa dos indivíduos em face dos abusos cometidos pelo único e exclusivo detentor do poder que havia no

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 8, sem paginação, jan. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/cont_constitucionalidade.htm>. Acesso em: 8 jul. 2014.

¹⁴ SARLET, Ingo. W.; MARINONI, Luiz. G.; MITIDIERO, Daneil. *Curso de direito constitucional*. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2012. p. 252.

modelo de Estado absolutista¹⁵. Procurando limitar tal poder absoluto que detinha o Estado, apresentou-se o modelo de Estado Liberal, amarrando os atos estatais ao que era expresso pela lei.

Surgiram, então, os chamados “direitos fundamentais de primeira dimensão” “demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder”¹⁶. Adiante, no início do século XX¹⁷, surgiram os “direitos de segunda dimensão”, os quais, juntamente com a evolução do Estado Liberal para Estado Social¹⁸, também evoluíram, pois, além de defenderem o indivíduo perante o Estado, geravam obrigações positivas que deviam ser prestadas por este. Nesse sentido, o surgimento de outras (possíveis) dimensões de direitos fundamentais poderia ser apontado, contudo o objetivo no momento é demonstrar o destaque que esses direitos alcançaram no início do século XX, especialmente após o período do segundo Pós-Guerra Mundial.

Nesse período, fundando-se o Estado Democrático de Direito¹⁹, que traz em si arraigado o dever de observar e proteger

¹⁵ “[...] os direitos fundamentais foram concebidos como direitos públicos subjetivos, oponíveis apenas em face do Estado.” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 14)

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 46-47.

¹⁷ SARLET, 2010, p. 47-48.

¹⁸ “[...] o Estado teve que, necessariamente, fazer-se presente para suprir omissões, coibir abusos e levar à frente empreendimentos que não podem ser realizados pela iniciativa privada, o que acabou por dar espaço ao surgimento do Estado Social [...]” (MOREIRA, Alexandre Mussoi. *A transformação do Estado: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 59)

¹⁹ “O *Estado Democrático de Direito* emerge como um aprofundamento da fórmula, de um lado, do Estado de Direito e, de outro, do *Welfare state*. Resumidamente pode-se dizer que, ao mesmo tempo em que se tem a permanência em voga da já tradicional questão social, há como quê a sua

os direitos fundamentais, é que tais direitos auferiram a missão de proteger e concretizar a dignidade humana, especialmente após o Julgamento de Nuremberg, momento no qual se afirmou que quaisquer violações à dignidade humana passariam a constituir desrespeito a toda a humanidade²⁰:

A sentença condenatória, proferida pelo Tribunal de Nuremberg, apesar de todas as críticas que lhe podem ser imputadas por ter violado princípios básicos do direito penal, simbolizou, no âmbito jurídico, o surgimento de uma nova ordem mundial, onde a dignidade da pessoa humana foi reconhecida como um valor suprapositivo, que está, portanto, acima da própria lei e do próprio Estado²¹.

Em virtude de tal missão, os direitos fundamentais serão guardados pelo documento de maior relevância e especialidade do ordenamento jurídico, a Constituição, visto que “todas as suas disposições, sem exceção, passam a ser consideradas como verdadeiras normas jurídicas, ocupando posição privilegiada dentro do sistema jurídico”²². Esse documento representa(rá) a “expressão máxima dos valores eleitos pela comunidade que a adota”²³.

qualificação pela questão da igualdade. Assim, o conteúdo deste se aprimora e se complexifica, posto que impõe à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação do *status quo*.” (MORAIS, José Luis Bolzan de. Estado democrático de direito e neoliberalismo no Brasil: algumas interrogações. *Revista Sequência: e estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, v. 15, n.19, p. 48, 1994. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15847/14340>>. Acesso em: 10 jan. 2015)

²⁰ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 8.

²¹ MARMELSTEIN, 2013, p. 8.

²² MARMELSTEIN, 2013, p. 11.

²³ LEAL, 2003, p. 24.

Os direitos fundamentais são tidos como “fundamentais” não apenas por estarem guardados pela Constituição, mas pelo próprio conteúdo que carregam e protegem em seu cerne. Além de sua profunda conexão com a dignidade humana e com a premissa de limitação do poder, “os direitos fundamentais possuem um inegável conteúdo ético”²⁴, constituindo “os valores básicos para uma vida digna em sociedade”²⁵.

Nesse sentido, saliente-se, então, que os direitos fundamentais, por intentarem a proteção e a concretização da dignidade humana, não são meros enunciados²⁶ e/ou garantias contra o poder estatal, mas também deveres de prestação do Estado que lhe são impostos pelas próprias normas de direitos fundamentais:

[...] não obstante na sua origem histórica, na sua fundamentação ético-filosófica ou na sua justificação política em Estado de Direito os direitos fundamentais serem essencialmente direitos do homem e do cidadão e garantidas de expressão do seu poder de autodeterminação face ao Estado, em termos jurídicos eles expressam-se primariamente como dever jurídico-objectivos impostos ao Estado pelas normas de direitos fundamentais²⁷.

No Brasil, que se compreende como um Estado Democrático de Direito, conforme assevera a própria Constituição Federal de

²⁴ MARMELSTEIN, , 2013, p. 15-16.

²⁵ MARMELSTEIN, 2013, p. 15.

²⁶ “A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos [...]”. 9MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 3)

²⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 71.

1988²⁸, há também o dever de proteger e concretizar os direitos fundamentais²⁹, até mesmo porque esses direitos possuem “eficácia em todo o ordenamento jurídico e fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”³⁰. Nesse sentido, a própria Constituição³¹ e a concepção de Estado Democrático de Direito, fundados na dignidade humana, despertam, dada a necessidade de estabelecimento de “[...] políticas públicas na esfera social, compreendendo tarefas aos Poderes Públicos no campo da educação, saúde, previdência social, cultura, entre outros”³².

Assim, dentre as várias possíveis formas de concretizar os direitos fundamentais, neste estudo volta-se a atenção para as

²⁸ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]. [BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 jul. 2014]

²⁹ “[...] da titularidade de direitos fundamentais em Estado democrático e social de Direito decorre para o Estado, tanto um dever de prestar assistência nas situações de necessidade e de garantir aos particulares a participação nas correspondentes prestações e instituições estatais, como também a obrigação de criar pressupostos materiais de um exercício efectivo da liberdade, o que se reflecte primariamente na progressiva consagração constitucional dos chamados direitos sociais, mas também numa reinterpretação *social* dos tradicionais direitos de liberdade.” (NOVAIS, 2003, p. 65)

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista dos Tribunais online*, 2004, p. 7. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 10 nov. 2013)

³¹ “O constitucionalismo inaugurado em 1988, como apreciado no tópico anterior deste artigo, empresta ênfase na prevalência dos direitos humanos, ampliando e fortalecendo o catálogo de direitos fundamentais, com base na universalidade e indivisibilidade desses direitos.” (PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. *Revista dos Tribunais online*, 2003, p. 8. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 10 jul. 2014. p. 8)

³² PIOVESAN, 2003, p. 8.

políticas públicas, evidenciando-lhes a relevância em tal papel. Por esse motivo, no item seguinte são abordadas a necessidade e a possibilidade de controle/interferência do Judiciário em tal âmbito.

Ao se analisar a temática das políticas públicas, de início, a primeira dificuldade na qual, geralmente, se esbarra, é a questão de um possível conceito ou definição sobre elas. Primeiramente, há que se distinguirem os três termos que a literatura inglesa emprega para tratar de diferenciadas dimensões das políticas públicas: *polity*, *politics* e *policy*, as quais se referem, respectivamente, às dimensões institucional, processual e material³³. A *polity* concerne à “análise das instituições políticas e das questões administrativas da burocracia estatal”³⁴; a *politics* refere-se à dinâmica e aos processos que constituem a política pública, observando a dinâmica dos atores políticos³⁵; e a *policy* trata dos conteúdos da política pública, como sua evolução, atores, processo decisório, condicionantes, dentre outros³⁶.

A despeito da elucidação e da consideração de tais dimensões diferenciadas que possuem as políticas públicas, traçar um conceito que as definam precisamente é tarefa demasiado complexa e arriscada. Isso porque, ao considerá-las como mecanismo da atuação estatal para concretizar e proteger os direitos fundamentais e, portanto, também a dignidade humana, sua própria configuração e atuação estatal serão, por consequência, atingidas e delineadas, bem como os direitos fundamentais em plano concreto:

³³ SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008 t. 8, p. 2.310.

³⁴ SCHMIDT, 2008, p. 2.310.

³⁵ SCHMIDT, 2008, p. 2.310.

³⁶ SCHMIDT, 2008, p. 2.311.

[...] na medida em que se passa a aplicar um conceito amplo às *políticas públicas*, como sendo o principal mecanismo de ação estatal com vistas à realização dos direitos sociais, econômicos e culturais, significa tomá-las como um veículo privilegiado de realização desses direitos, tendo em vista serem eles os fins do Estado Constitucional. Em sentido oposto, porém, visualizando-se as *políticas públicas* como apenas mais uma das modalidades de ação do Estado em razão da dificuldade de sua caracterização por sua natureza jurídico-política, está-se a mitigar a importância de um instrumento de realização dos Direitos Fundamentais [...]³⁷.

Dessa forma, considerando as políticas públicas como instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais e, logo, das normas constitucionais, é necessário que seu (possível) conceito congregue a possibilidade de comunicação entre todos os poderes estatais, ou seja, que inclua o Judiciário, visto que este é também órgão que concretiza e promove tais direitos e tais normas, preterindo-se, assim, as definições que expressam apenas a atuação das esferas executivas e legislativas quanto às políticas públicas.

Aclara-se que não se olvidam as peculiaridades de cada esfera estatal quanto às suas atividades específicas e particulares na formulação e execução das políticas públicas. Sugere-se é que não seja obstada a participação do Judiciário, essencialmente quanto ao aspecto de necessidade de sua interferência após as etapas de formulação e execução – por exemplo, no caso da prestação individual de determinado direito fundamental inalcançado pela

³⁷ BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: a problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Dissertação. 2006. 246 f. (Mestrado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. p. 169, grifos do autor.

política pública em situação específica. Tal situação não modifica ou extingue a política pública pelo Judiciário, apenas abrange seu espectro de influência para aqueles que dela necessitam.

Portanto, um conceito que abarca o âmbito jurídico de políticas públicas, no que tange à concretização de direitos, é apresentado por Maria Paula Dallari Bucci, ao afirmar que justamente o objetivo de todo o movimento realizado pelas políticas públicas é o alcance da concretização de determinado direito:

[...] a política pública é definida como um programa ou quadro *de ação* governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito³⁸.

Com base nessa perspectiva é que se firma a relação entre direitos fundamentais e políticas públicas, ou seja, estas constituem (também) um (dos) instrumento(s) para a concretização desses direitos. Há, assim, a necessidade da participação do Judiciário³⁹

³⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____ (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico* São Paulo: Saraiva, 2006. p. 14, grifo da autora.

³⁹ “Como se percebe, o conceito de políticas públicas pressupõe modelos de “ações”, “programas” ou “atividades” públicas, evidenciando o comprometimento de todas as funções do Estado com a realização das metas de efetivação dos direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional. Logo não há, *a priori*, a exclusão de qualquer função do Estado quanto ao compromisso para a promoção e efetivação dessas políticas, uma vez que [...] a Constituição Federal dá a direção e regula a atuação do Estado, assim compreendido na totalidade dos Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário”. [DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 114]

em tal aspecto, visto que, ao tratar-se (da busca) da concretização de direitos (fundamentais), ou da não concretização destes direitos, deve haver possibilidades não apenas administrativas para os cidadãos buscarem seus direitos, e tal poderia perfazer-se na via judicial⁴⁰, até mesmo porque “a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral”⁴¹.

3 O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas, compreendidas como significativo instrumento de concretização de promoção dos direitos fundamentais, exercem forte papel no que tange à concretização e à observação da própria Constituição e dos seus respectivos objetivos essencialmente os relacionados à proteção da dignidade humana. Justamente nesse aspecto de proteção à dignidade humana por meio dos direitos fundamentais é que a atuação do Estado ganha destaque, especialmente quanto ao papel exercido pelos seus poderes formadores – Executivo, Legislativo, Judiciário.

Tais poderes também devem observar e concretizar os direitos fundamentais, cada um, em princípio, conforme as funções que lhe competem. É nesse âmbito de competência que despontam as principais críticas à atuação do Judiciário nas políticas públicas, pois questiona-se se a concretização dos direitos fundamentais por meio das políticas públicas pela jurisdição (não) seria de competência do Judiciário.

⁴⁰ MORAES, 2011, p. 3.

⁴¹ MORAES, 2011, p. 3.

Essas críticas sobre a (in)competência do Judiciário para interferir em questões atinentes às políticas públicas remetem, principalmente, ao princípio da separação dos poderes, visto que a partir de sua clássica origem, haveria limites que manteriam as funções dos poderes definidas e afastadas, (de)limitando a atuação de cada um em suas respectivas funções⁴². Certo é que a complexidade de tal premissa não reside no plano teórico, pois em tal circunstância “os Poderes são, teoricamente, independentes e harmônicos. Não há, em princípio, predominância de qualquer deles”⁴³.

Dessa forma, no plano teórico, quanto à proteção de direitos fundamentais, ao legislador (Legislativo) caberia a função de editar normas com o objetivo de proteger e concretizar os direitos fundamentais; ao administrador (Executivo) competiria uma atuação material, de modo reparador e preventivo em relação a ameaças e danos efetuados aos direitos fundamentais, executando ações concretas; ao Judiciário restaria, justamente, a atuação jurisdicional, proferindo decisões em prol da promoção e observância aos direitos fundamentais⁴⁴. Ocorre que, no plano prático, as barreiras impostas à atuação de cada poder não se mantêm tão firmes e visíveis e, sendo assim, é se “um deles preponderar, ou porque tal exercício seja demasiado, de modo que um dos Poderes passe a superar os outros, ou porque os outros não dão ao exercício a intensidade que seria normal”⁴⁵.

⁴² GERVASONI; LEAL, 2013, p. 101.

⁴³ MIRANDA, Pontes de. Independência e harmonia dos poderes. *Revista dos Tribunais online*, 2011, p. 2. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

⁴⁴ MARMELESTEIN, George. *Proteção judicial dos direitos fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha*. 2007. 149 f. Monografia (Curso de Especialização em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Fortaleza, 2007. p. 44.

⁴⁵ MIRANDA, Pontes de. Independência e harmonia dos poderes. *Revista dos Tribunais online*, 2011 p. 2. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

Tal preponderância do Judiciário⁴⁶ é justificada em certos momentos, então, pela suposta inércia dos demais poderes⁴⁷, que, em face da insuficiência de determinada política pública, permanecem imóveis ante as reclamações e anseios da população afetada, restando o Judiciário como (última?) instância de salvaguarda de seus direitos fundamentais, até mesmo porque, em face da proposição de uma demanda judicial, não pode o Judiciário abster-se de emanar alguma resposta, conforme expressa o próprio texto constitucional⁴⁸, o que, em sentido contrário, na prática, os demais poderes acabam realizando.

Diante dessa realidade, a discussão sobre o controle jurisdicional de políticas públicas tem se tornado cada vez mais feroz, tendo a hipótese surgida com uma alternativa viável para sanar omissões, ainda que parciais, dos referidos poderes em cumprir os mandamentos constitucionais. No paradigma do Estado Democrático de Direito, tem se entendido que o ato de interpretar as normas, realizados pelos magistrados, é também concretizar, é aplicar o

⁴⁶ “Em outras palavras, o protagonismo judicial encontra guarida em variáveis decorrentes do desenho institucional e da amplitude dos direitos reconhecidos legalmente. Essas balizas levam a concluir que a relação entre o Poder Judiciário e as políticas públicas é indissociável e previsível.” (SADEK, Maria Teresa. *Judiciário e arena pública: uma olhar a partir da ciência política*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 19)

⁴⁷ Como exemplo cita-se que a interferência do Judiciário tem se dado também preenchendo brechas deixadas pelo Legislativo. Só em 2007, por exemplo, três julgamentos no STF ocuparam-se desse tipo de questão: a definição da perda de mandato do político que trocasse de partido depois de eleito; direito de greve dos servidores públicos; se deputado poderia acompanhar a sessão secreta do Senha que tinha por pauta apreciar o processo de cassação do mandato do ex-presidente da casa, Senador Renan Calheiros. (SADEK, 2011, p. 18)

⁴⁸ “Art. 5º [...]; XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” [BRASIL, 1988]

enunciado constitucional ou normativo, abstrato e geral, a situações da vida, particulares e concretas⁴⁹.

Saliente-se que não se defende a interferência do Judiciário em funções que realmente não lhe competem⁵⁰, ou seja, que se distanciem da sua atuação jurisdicional – por exemplo, a formulação ou a execução das políticas públicas que competem ao Legislativo e ao Executivo. Mas é necessário compreender que sua atuação é precisa no que tange à defesa dos direitos fundamentais que não estejam sendo alcançados, ou alcançados insuficientemente, pelas políticas públicas, até mesmo porque tal instrumento concretiza normas constitucionais e, portanto, está sujeito ao controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário⁵¹.

Ademais, não seria razoável e até mesmo coerente esperar do Judiciário uma atitude contrária à interferência nas políticas públicas, tratando-se da (não) concretização e inobservância dos direitos fundamentais, pois protegê-los é (também) missão

⁴⁹ BAHIA, Matos Gabriel. *Políticas públicas: controle jurisdicional é realidade*. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-abr-02/control-e-jurisdicional-politicas-publicas-tornado-realidade>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

⁵⁰ “Assim, invocando o corolário do sistema de freios e contrapesos – que determina que a política não emana de ações separadas, mas, ao contrário, interativas entre todos os ramos do governo –, os poderes devem respeitar as preferências das demais instituições legitimadas constitucionalmente para a tomada das decisões; cada poder impõe aos outros certos limites em suas funções típicas”. [ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o estado democrático de direito constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 58]

⁵¹ “Percebe-se que os Três Poderes encontram-se submetidos à concretização das normas constitucionais. O Legislativo e o Executivo são compelidos constitucionalmente a desenvolver políticas, por meio da edição de leis ou de atos administrativos, que objetivem a efetivação de programas e normas constitucionais ou legais, tais políticas estão sujeitas ao controle constitucional.” (BAHIA, 2011, sem paginação)

dele como guardião da Constituição⁵². Talvez a discussão sobre o controle jurisdicional de políticas públicas deveria pausar não sobre sua (im)possibilidade, visto que tal já ocorre e tem se demonstrado inevitável para a proteção e a concretização dos direitos fundamentais, mas sim “sobre os limites e a legitimidade de sua interferência”⁵³, ou seja, de que forma tal controle, se é que assim pode ser denominador, tem-se efetuado.

Portanto, compreende-se como necessária a atuação do Judiciário no que tange ao controle jurisdicional de políticas públicas, pois não podem permanecer desprotegidos aqueles direitos inalcançados por determinadas políticas públicas, independentemente do motivo que a isso dê causa. Todavia, não se incentiva a ingerência do Judiciário em âmbito que não seja jurídico; o que se propõe é a realização de esforços voltados para a busca e a formulação de critérios e fundamentos para uma atuação legítima e democrática, observando sempre a Constituição e promovendo os direitos fundamentais.

4 CONCLUSÃO

Diante das novas concepções acerca do Estado e da própria Constituição, a jurisdição constitucional apresenta-se hodiernamente como função imprescindível para a aplicação e a efetivação da Constituição e de seus conteúdos, especialmente quanto aos direitos fundamentais. No cenário brasileiro, a jurisdição constitucional

⁵² “[...] a missão institucional que constitucionalmente está destinada ao Poder Judiciário como um todo, e ao Supremo Tribunal Federal, em particular, é a de uma Justiça comprometida com os direitos fundamentais, não importando como, para que, para quem, ou em que extensão.” (SILVA, Christine Oliveira Peter da. A função da jurisdição no estado constitucional brasileiro. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, v. 4, p. 1, 2010)

⁵³ SADEK, 2011, p. 14.

apresenta-se por meio da forma difusa e da concentrada e, assim, o Judiciário exerce a função de jurisdição constitucional.

Com base nesse papel de jurisdição constitucional exercido pelo Judiciário é que a indagações e críticas acerca de tal atuação, com relevo quanto à concretização dos direitos fundamentais surgem, destacando-se às situações em que tal poder interfere em políticas públicas voltadas à proteção e concretização de tais direitos. Compreendidas as políticas públicas no presente trabalho como instrumentos de proteção e concretização dos direitos fundamentais, é possível que estas, em situações específicas, não alcancem de modo suficiente a concretização/proteção necessária que carece determinado sujeito ou grupo e, a partir disto, é que se faz primordial a presença do Judiciário em tal âmbito, figurando como instância de salvaguarda dos direitos fundamentais além das vias administrativas.

Entretanto, não se olvidam as críticas direcionadas a tal controle jurisdicional de políticas públicas, com relação à possível violação do princípio da separação dos poderes. Nesse sentido, não se compreendeu que tal violação ocorreria, pois ao Judiciário não competiria interferir em questões como a formulação e a execução das políticas públicas, que são de competência do Legislativo e do Executivo, respectivamente, mas, sim, que a atuação do Judiciário se daria sob o manto da defesa dos direitos fundamentais que não fossem alcançados/concretizados por políticas públicas específicas e concedendo tal direito em face de uma demanda judicial.

Pondera-se, então, diante tal perspectiva, que a celeuma deveria concentrar-se mais na forma e nos critérios em que tal atuação do Judiciário tem ocorrido e não na sua possibilidade/legitimidade, visto que o controle jurisdicional de políticas públicas é uma realidade necessária à proteção e à concretização dos direitos fundamentais.

Constitutional jurisdiction and control of public policies:
a reality required for the enforcement of fundamental rights

Abstract: Using the deductive method and the historical-critical paradigm, this paper takes a historical and conceptual approach to constitutional jurisdiction with a view to observing its evolution alongside that of State and of fundamental rights. Given the changes that have taken place following World War II, with the consolidation of the democratic rule of law and the Constitution becoming the landmark of the legal system, constitutional jurisdiction stands out as a means of protection and enforcement of fundamental rights. Assuming the need to protect and enforce these rights, their connection with public policies must be weighed as such policies seem to be instruments capable of enforcing said rights. In this context, the Judiciary may play a major role in the scope of public policies to protect and enforce fundamental rights. One of the criticisms to such a role is the violation of the separation of powers; however, the point is not the Judiciary interfering with the other branches, but rather restricting its functions to ruling over claims filed because of drawbacks in any specific policy. Therefore, the jurisdictional control of public policies is genuinely necessary for the protection and enforcement of fundamental rights, and more effort should be devoted to the formulation of criteria and foundations for legitimate, democratic acting, always in compliance with the Constitution and for the sake of promoting fundamental rights.

Keywords: Democratic Rule of Law. Constitutional jurisdiction. Fundamental rights. Public policies. Jurisdictional control.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Matos Gabriel. *Políticas públicas: controle jurisdicional é realidade*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-abr-02/>>

controle-jurisdicional-politicas-publicas-tornado-realidade>. Acesso em: 20 jul. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas*: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Curitiba: Multideia, 2013.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. *Revista Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 18, p. 127-150, maio/ago. 2004.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 jul. 2014.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional*: a problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais pela Administração Pública brasileira contemporânea. 2006. 246 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____ (Org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GERVASONI, Tássia A.; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Multideia, 2013.

JURISDIÇÃO. In: LUFT, Celso Pedro. *Minidicionário Luft*. São Paulo: Ática, 2000.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole, 2003.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição na ordem democrática: uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARMELSTEIN, George. *Proteção judicial dos direitos fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha*. 2007. 149 f. Monografia (Curso de Especialização em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Fortaleza, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 8, sem paginação, jan. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/cont_constitucionalidade.htm>. Acesso em: 8 jul. 2014.

MIRANDA, Pontes de. Independência e harmonia dos poderes. *Revista dos Tribunais online*, 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Estado democrático de direito e neoliberalismo no Brasil: algumas interrogações. *Revista Sequência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, v. 15, n. 19, p. 46-51, 1994. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15847/14340>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. *A transformação do Estado: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. *Revista dos Tribunais online* 2003. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 10 jul. 2014.

SADEK, Maria Teresa. Judiciário e arena pública: uma olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista dos Tribunais online*. 2004. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 10 nov. 2013.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. t. 8, p. 2.307-2.333.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. A função da jurisdição no Estado Constitucional brasileiro. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, v. 4, p. 1-27, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e herme-nêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis e a função do Senado Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 819, p. 45-64, 2004.

ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o estado democrático de direito constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.