

# EVOLUÇÃO DO PAPEL CONSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE EVOLUTION OF THE CONSTITUTIONAL  
ROLE OF THE JUDICIAL POWER IN THE  
CONTROL OF PUBLIC POLICIES FOR THE  
EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

SÍLVIO MARQUES GARCIA<sup>1</sup>

RUBENS ALEXANDRE ELIAS CALIXTO<sup>2</sup>

JOSÉ ROBERTO MARQUES<sup>3</sup>

## RESUMO

A positivação dos direitos fundamentais no texto constitucional tornou possível integrá-los ao núcleo substancial da Constituição, formado pelas decisões fundamentais. O Estado Democrático de Direito, inaugurado pela Constituição Federal de 1988, é caracterizado pelo reconhecimento de direitos e garantias e pela exigência de sua efetivação. A Administração Pública deve exercer com eficiência o seu papel constitucional de instância concretizadora de direitos. A partir do método dedutivo, o artigo elabora uma revisão bibliográfica acerca da evolução do papel do Poder Judiciário em relação ao controle dos atos da administração pública. O objetivo de examinar as transformações constitucionais vivenciadas durante o constitucionalismo e os seus reflexos sobre o papel constitucional reservado aos Poderes da República é contribuir para as discussões acerca da árdua tarefa de efetivação dos direitos fundamentais num ambiente democrático e sob a perspectiva constitucional.

**Palavras-chave:** constitucionalismo; políticas públicas; separação de poderes; controle do ato administrativo; direitos sociais e efetividade.

- 1 Doutor em Direito (PUC-SP); Mestre em Direito (Unesp); Especialista em Direito Público (UnB/EAGU); Professor de Direito Tributário e Financeiro da Faculdade de Direito de Franca.
- 2 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Professor da Faculdade de Direito de Franca. Juiz Federal.
- 3 Doutor em Direito Ambiental, Professor da Faculdade de Direito de Franca.

### Como citar esse artigo:/How to cite this article:

GARCIA, Sílvio Marques; CALIXTO, Rubens Alexandre Elias; MARQUES, José Roberto Marques. Evolução do papel constitucional do poder judiciário no controle das políticas públicas de efetivação dos direitos fundamentais. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 3, p. 207-227, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i3.9218>.

## ABSTRACT

*The positivization of fundamental rights in the constitutional text made it possible to integrate them into the substantial core of the Constitution, formed by fundamental decisions. The Democratic State of Law, inaugurated by the Federal Constitution of 1988, is characterized by the recognition of rights and guarantees and by the demand for their implementation. The Public Administration must efficiently exercise its constitutional role as a body that implements rights. Based on the deductive method, the article elaborates a bibliographic review about the evolution of the role of the Judiciary in relation to the control of public administration acts. The objective of examining the constitutional transformations experienced during constitutionalism and its reflections on the constitutional role reserved for the Powers of the Republic is to contribute to the discussions about the arduous task of realizing fundamental rights in a democratic environment and from a constitutional perspective.*

**Keywords:** constitutionalism; public policy; separation of powers; control administrative act; social rights effectiveness.

## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho traça um breve resumo acerca dos Poderes do Estado ao longo do constitucionalismo, com foco sobre o papel da Corte Constitucional no controle da Administração Pública e na efetivação de direitos fundamentais.

A forma constitucional representou a elevação ao ápice de um sistema de normas que procurava evidenciar a racionalidade dos direitos naturais. O constitucionalismo é uma das características da modernidade que permitiu o reconhecimento dos direitos, alçando-os ao *status* de direitos fundamentais. Significou, num primeiro momento, a limitação ao poder absoluto e também a organização do Estado com certa estabilidade. Entretanto, o declínio do liberalismo econômico provocou profundas mudanças nas tarefas do Estado. Os cidadãos, embora livres e iguais em direitos, não tinham acesso à dignidade inerente a sua condição de pessoa humana.

A mudança de atribuições trouxe a necessidade da afirmação dos direitos sociais. A história mostrou que o Estado paternalista não cumpriu a sua missão constitucional de efetivação de direitos. As tarefas se ampliaram, passando a abranger a prestação de saúde, seguridade social, educação, saneamento básico, habitação, trabalho, lazer e outras. Contudo, a realização das políticas públicas não levava em conta a opinião daqueles que eram os seus destinatários: os cidadãos. A cidadania se esgotava no direito de escolher os agentes executores.

Por isso, aponta-se, atualmente, o paradigma democrático como o modelo que deve assumir a Constituição para permitir que os cidadãos participem mais ativamente das escolhas políticas, a fim de que o Estado, por meio de seus Poderes, desempenhe seu papel com mais efetividade e legitimidade.

A ampliação das tarefas do Executivo, em detrimento do Legislativo, acarretou um inchaço da Administração Pública, que passou a exercer uma função regulatória marcante, em razão da existência de leis cada vez mais genéricas, decorrência da complexidade e rapidez do avanço técnico e social.

O propósito do trabalho é fazer um esboço da evolução do papel do Poder Judiciário no controle das políticas públicas ao longo do constitucionalismo. Nessa ótica, utilizando o método dedutivo, este estudo se propõe analisar, com base em revisão de conceitos clássicos presentes na doutrina e também em análise de novos desenvolvimentos da literatura e da juris-

prudência, o papel do Estado e dos seus Poderes ao longo do constitucionalismo, com foco sobre a evolução da função do Judiciário em relação à efetivação das políticas públicas e à imposição de limites à atuação administrativa. Espera-se trazer à discussão algumas questões importantes para melhor compreender o constitucionalismo na atualidade brasileira, especialmente a partir da construção dos direitos fundamentais no texto Constitucional de 1988.

## 2. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos subjetivos públicos surgiram com o reconhecimento dos direitos do homem, os quais são inerentes à pessoa humana e contrapostos ao Estado, que, a partir das Declarações de Direitos, passou a ter a função de tutelá-los e, principalmente, de não praticar atos atentatórios a tais direitos.

Nessa primeira fase, conhecida como Liberal, o Estado tinha o dever de não interferir na esfera de liberdade de atuação dos indivíduos, o que configurava as *liberdades públicas negativas* ou *direitos negativos*. Esse período está relacionado à origem da *primeira geração* ou *dimensão* de direitos fundamentais.

Numa segunda etapa, houve o reconhecimento de novos direitos, a chamada *segunda geração* de direitos fundamentais. Passou-se a exigir do Estado a realização de *prestações positivas* e não apenas um comportamento abstencionista. O ente público tornou-se responsável por oferecer condições mínimas para a vida humana com dignidade, garantindo direitos como a saúde, o trabalho, a previdência social e outros que compõem os chamados *direitos sociais*, até hoje ainda não oferecidos de maneira satisfatória a todos os cidadãos.

Esse período foi marcado pelo aumento expressivo das funções do Estado, o *Welfare State* ou Estado Social, que tinha o papel de promover a economia e o bem-estar social dos cidadãos. A expansão das tarefas a cargo do Estado trouxe a necessidade de ampliação do arcabouço normativo em que este se apoiava, tanto por meio de novas leis, cada vez mais genéricas e abstratas, quanto pela existência uma quantidade exorbitante de atos normativos infralegais muitas vezes em conflito com a Constituição. (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 133-134).

Posteriormente, foram reconhecidos novos direitos, os de *terceira geração*, com enfoque na interação do ser humano com seus semelhantes (solidariedade), o que deu origem a direitos cuja titularidade não pode ser identificada (os *direitos difusos*) como o direito ao meio ambiente equilibrado, ao desenvolvimento, à paz, ao patrimônio comum da humanidade etc.

Paulo Bonavides (2020, p. 571) menciona a existência de direitos fundamentais de quarta geração, decorrentes da “globalização política na esfera da normatividade jurídica”, que para ele compreendem o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Além disso, defende a migração do direito à paz da terceira para a quinta geração ou dimensão.

É possível afirmar, como anota Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 61), que a positivação dos direitos fundamentais os fez integrar o núcleo substancial da Constituição Federal de 1988 (CF/88), formado pelas decisões fundamentais. Ademais, conforme acrescenta Sarlet:

[...] os direitos fundamentais, na condição de normas que incorporam determinados valores e decisões essenciais que caracterizam sua fundamentalidade, servem, na sua qualidade de normas de direito objetivo e independentemente de sua perspectiva subjetiva, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais. (SARLET, 2015, p. 147).

A breve síntese acerca das etapas de reconhecimento dos direitos fundamentais permite situar o âmbito de atuação da Administração Pública para a efetivação dos direitos, principalmente os direitos sociais, bem como o papel do Poder Judiciário em relação ao controle da Administração Pública e à concretização desses direitos.

### 3. O PODER DO ESTADO E SUAS SUBDIVISÕES SEGUNDO OS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS

O Estado Democrático de Direito foi o modelo adotado pela CF/88 (art. 1º) como ideal para o desenvolvimento de uma sociedade livre, justa, solidária e sem discriminações (art. 3º, incs. I a IV).

A modernidade vive atualmente uma grande revolução tecnológica, das comunicações e dos modos de produção. Nesse sentido, Ulrich Beck (2010, p. 279-280) observa que a sociedade do risco exige das instituições políticas a gestão de um desenvolvimento não planejado, mas que exige respostas. A sociedade está cercada de disparidades, tanto econômicas quanto culturais. O progresso da ciência deixou de ser ficção para se tornar realidade, trazendo mudanças de grande proporção na sociedade. Nesse contexto, o cumprimento dos objetivos esperados pelo Poder Constituinte demanda uma atividade complexa de interpretação das normas constitucionais.

Essa meta constitucional é ousada. Por isso, em uma sociedade extremamente plural, díspar e complexa (LUHMANN, 1995, p. 25) como a brasileira, uma profusão de valores de diversos matizes foi carregada para o Texto Constitucional, que se fundamenta, por essa razão, em uma base principiológica ampla.

As leis emanadas do Legislativo tendem a ser cada vez mais genéricas e abstratas, refletindo o que Beck (2010, p. 281) chama de “*perda de importância do parlamento*”; estão sujeitas cada vez mais à complementação normativa a cargo do Executivo, como ocorre com as agências reguladoras, que se despontam em relação às leis pelo exercício do poder regulamentar com base na discricionariedade das normas técnicas. Cabe questionar, nesse contexto, o quão preparados estão administradores públicos para assumir um papel afirmativo na construção dos direitos, ou seja, se já se libertaram de concepções fundadas no modelo de Administração burocrática, formalista e despreocupado com a realização dos direitos fundamentais.

### 3.1 OS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS

As constituições surgiram como uma invenção da modernidade, numa época em que o desenvolvimento humano possibilitou erigir a compreensão da ciência como conhecimento imutável, principalmente em relação às ciências naturais e às ciências exatas.

A fórmula constitucional representou o ápice de um modelo normativo composto por um sistema de normas que procurava evidenciar a racionalidade dos direitos naturais. A ciência, na modernidade, passou a ser compreendida como conhecimento imutável e absoluto. Porém, as conquistas tecnológicas foram utilizadas pelo ser humano para alcançar objetivos despidos de ética e de crítica sobre si próprios.

A ausência de critérios éticos em relação ao comportamento do Estado possibilitou o uso da ciência para propósitos desumanos, como o extermínio em massa. A ciência, outrora tratada como ilimitada e imutável, é vista atualmente como um discurso refutável, até porque a racionalidade humana, exaltada pelo Iluminismo, tem se mostrado precária e parcial ao longo da história.

Em sua evolução, a ciência se depara com crises cuja superação depende de mudança na forma de compreender concepções anteriores, pois os paradigmas existentes não são capazes de oferecer soluções satisfatórias. O conceito de *paradigma*, surgido na obra de Thomas Kuhn (1970, p. 208, 176) descreve o desenvolvimento científico como sucessão de períodos. Paradigma, segundo ele, “*is what the members of a scientific community share*”, conhecimento compartilhado esse que “*portrays scientific development as a succession of tradition-bound periods punctuated by non-cumulative breaks*”<sup>4</sup>. Trata-se de um modo específico de observar “compartilhado pelos membros de uma comunidade científica” que oferece soluções para “quebra-cabeças” em uma determinada época. A mudança de paradigma possibilita a superação das concepções anteriores, mas traz novos problemas.

Também o direito não escapa às amarras e às armadilhas hermenêuticas características dos demais ramos do conhecimento. Daí a dificuldade de interpretar o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais.

O constitucionalismo enunciou os direitos dos cidadãos livres e iguais. Alçados ao *status* constitucional, os direitos fundamentais enunciam princípios universais que traduzem o reconhecimento de que todos nascem livres e iguais. A liberdade de ação do indivíduo passou a exigir reflexividade relativamente às expectativas de atuação como partícipes do processo de criação dos direitos. Entretanto, anota Habermas, não basta a mera afirmação dos direitos na Constituição, pois

[...] o ato da fundação da constituição é sentido como um corte na história nacional, e isso não é resultado de um mero acaso, pois, através dele, *se fundamentou novo tipo de prática com significado para a história mundial*. E o sentido performativo desta prática destinada a produzir uma comunidade política de cidadãos livres e iguais, que se determinam a si mesmos, *foi apenas enunciado*

4 O conceito de paradigma, surgido na obra de Thomas Kuhn (1970, p. 208, 176) “é aquilo que os membros de uma comunidade científica compartilham”, conhecimento compartilhado esse que “retrata o desenvolvimento científico como uma sucessão de períodos ligados à tradição pontuados por rupturas não cumulativas” (Tradução livre do original).

no teor da constituição. Ele continua dependente de uma explicação reiterada, no decorrer das posteriores aplicações, interpretações e complementações das normas constitucionais. (HABERMAS, 2011, p. 167, grifo nosso).

É necessário compreender a complexidade que caracteriza a sociedade moderna para se obter a atualização permanente do conceito de cidadania e a busca pela efetivação desses direitos. O conteúdo de tais direitos, por sua vez, deve ser explicado historicamente (BOBBIO, 2004, p. 5). Jürgen Habermas anota que a noção de paradigma permite a construção das bases para a compreensão dos direitos fundamentais, orientando a edificação de uma comunidade de cidadãos livres e iguais<sup>5</sup>. Segundo Menelick de Carvalho Netto (2002, p. 68-75), o constitucionalismo pode ser reconhecido como uma linha de continuidade subjacente às expressivas rupturas que assumiu na história das constituições uma feição paradigmática de acordo com a qual podem ser identificados três grandes paradigmas: o do Estado de Direito, o do Estado Social e o do Estado Democrático de Direito.

### 3.2 O ESTADO LIBERAL

O Estado de Direito ou *Liberal* foi marcado pelo reconhecimento da igualdade e da liberdade dos cidadãos, como resposta ao arbítrio dos governantes. Surgiu como decorrência de manifestações dos cidadãos, a partir de ideias iluministas e da Revolução Francesa.

A noção de separação de poderes, que já aparece em Aristóteles, foi também sugerida por pensadores como Locke e Rousseau e desenvolvida por Montesquieu (SILVA, 2017, p. 113). Essa separação era justificada pelo caráter passageiro do processo de elaboração da lei, enquanto que a aplicação é uma atividade contínua. Além disso, a aplicação da lei tende a ser mais imparcial se for realizada por pessoa diferente daquela que a idealizou. Conforme a proposição de Montesquieu, as funções do Estado foram destacadas em três poderes, a fim de diminuir as arbitrariedades que a concentração do poder gerava. Criou-se, a partir daí, um sistema de freios e contrapesos destinado a resguardar os direitos individuais.

A Administração Pública se caracterizou pela legalidade. O próprio Estado deveria respeitar os direitos dos cidadãos. O Estado de Direito permitiu a ruptura com o Absolutismo medieval por meio da afirmação de que os homens são livres, iguais e proprietários. O constitucionalismo, por seu turno, possibilitou a garantia dos direitos individuais necessários ao livre curso do espaço privado.

No Brasil, o poder político foi estruturado nos moldes da separação dos poderes. Segundo a visão clássica, a confecção da lei, expressão da vontade geral, cabe ao Legislativo, constituído pelos representantes do povo. O Executivo tem como norte a legalidade e deve proceder conforme prescreve a lei. O Poder Judiciário, por seu turno, é incumbido de decidir conflitos entre particulares e entre estes e o Estado, incumbindo-lhe interpretar as leis e a Constituição. Pedro Lessa (apud FERREIRA FILHO, 2011, p. 191), na obra *Do Poder Judiciário*, afirmava que a missão do Poder Judiciário é “aplicar contenciosamente a lei aos casos particulares”.

5 Assim esclarece Jürgen Habermas (1998, p. 13): “These images or paradigms provide the background for an interpretation of the system of basic rights. In other words, they orient the project of realizing an association of free and equal citizens.” Tradução livre do original: “Essas imagens ou paradigmas fornecem o pano de fundo para uma interpretação do sistema de direitos básicos. Em outras palavras, orientam o projeto de realização de uma comunidade de cidadãos livres e iguais.”

O Judiciário tem a função de dizer o direito, assegurando a vigência da lei. Entretanto, segundo a visão clássica, não pode apreciar o mérito dos atos praticados pelos outros poderes (FERREIRA FILHO, 2011, p. 193). A doutrina separou as questões políticas das questões jurídicas. O acerto ou desacerto das questões políticas deveria ser aferido pelos eleitores no escrutínio seguinte. Os aspectos políticos sempre foram ligados à discricionariedade.

Atualmente, o princípio da separação dos poderes não possui a rigidez característica de sua origem. Com a ampliação das tarefas a cargo do Estado, os poderes atuam em colaboração uns com os outros, podendo se falar em uma convivência independente e harmônica (SILVA, 2017, p. 113).

A aparição do controle de constitucionalidade das leis evidenciou a discordância entre o Legislativo e o Executivo, cabendo ao Judiciário a palavra final sobre a validade de uma lei em confronto com o texto constitucional. Isso ficou evidente a partir do caso *Marbury versus Madison*. A função jurisdicional enquanto guardião da lei faz prevalecer, no caso concreto, a lei hierarquicamente superior. Quando confrontada com a Constituição, uma lei deixa de ser aplicada. Na Constituição de 1934, o Senado Federal tinha a função de suspender a execução da lei declarada inconstitucional (art. 91, inc. IV).

A criação de uma corte com a incumbência específica de ser a guardiã da Constituição foi inspirada por Hans Kelsen, que idealizou o Tribunal Constitucional austríaco, o qual serviu de inspiração para os modernos tribunais constitucionais.

O declínio do liberalismo econômico provocou mudanças profundas nas tarefas do Estado. A Revolução Industrial e os movimentos socialistas por ela desencadeados evidenciaram que a mera garantia de liberdade formal não bastava aos indivíduos se não lhes fosse proporcionada a oportunidade de gozar plenamente dessa liberdade. Embora livres, estavam presos a condições sociais e econômicas que os impediam de desenvolver seus atributos como pessoas humanas. O crescimento econômico da burguesia contrastava com a miséria daqueles que constituíam a força de trabalho. Não bastava que o Estado permanecesse inerte, garantindo simplesmente a liberdade e a igualdade formal diante de situações em que se agravavam as desigualdades sociais.

### 3.3 O ESTADO SOCIAL

Descobriu-se que não é possível ser livre em uma sociedade que reconhece a todos como formalmente iguais, mas não oferece mecanismos para que os diferentes possam eliminar suas mazelas. O mercado, sozinho, não possibilitou ao indivíduo condições de desenvolvimento e de livrar-se da miséria. Coube ao Estado desempenhar um papel mais ativo para tentar diminuir essas desigualdades.

Essas transformações foram absorvidas pelas Constituições do México (1917) e de Weimar (1919). Posteriormente, as constituições de outros países passaram a adotar essas preocupações sociais. As ações administrativas do Estado, entretanto, continuaram voltadas para a satisfação do interesse geral. Nesse contexto, é possível afirmar, como pondera Jean Rivero, que o que mudou foi o conceito de interesse geral<sup>6</sup>.

6 De acordo com Jean Rivero (1965, p. 23), “[...] la conception de l'intérêt général s'est profondément transformée, à partir de la fin du XIXe siècle”. Tradução livre do original: “[...] a concepção de interesse geral foi profundamente transformada, a partir

As técnicas inovadoras de produção e a concentração dos negócios comerciais acarretaram alterações na noção de interesse geral, que passou a englobar tanto a tutela da ordem econômica, para evitar a ruína dos empreendimentos, como da ordem social, ansiosa por instrumentos de superação das desigualdades<sup>7</sup>. O paradigma do Estado Social foi marcado pela intervenção do Estado nas ordens econômica e social, no intuito de evitar que crises financeiras tornassem ainda mais profundo o abismo que separava os menos favorecidos da cidadania.

O papel da Administração Pública passou a ser o de fornecer meios que possibilitassem a igualdade para além das garantias meramente formais, uma vez que o paradigma liberal se mostrou insuficiente para garantir os anseios criados pela Revolução Industrial, pelo desenvolvimento das cidades, pelo comércio internacional e pelas transformações sociais. O interesse público deixou de ser que o Estado se mantivesse ausente do mercado e da sociedade, os quais encontraram dificuldades em contornar os problemas sociais. Assim, a atuação da Administração Pública direcionou-se para prover as necessidades básicas da sociedade. Com isso, os orçamentos dos Estados ficaram cada vez mais abrangentes e os valores mais significativos, acarretando a necessidade da criação de novos tributos. Proporcionalmente ao crescimento do Estado, aumentam as exigências de maior arrecadação para custear as obras e serviços públicos.

As Constituições do Estado Social recorreram à utilização de normas programáticas, por meio de ações intervencionistas, no intuito de torná-las mais próximas da realidade. O problema hermenêutico voltou-se para a possibilidade de se obter dos juízes e tribunais tutela específica em relação aos direitos sociais e econômicos. A Constituição de 1934, influenciada pela de Weimar, trouxe instrumentos de controle dos atos administrativos como a ação popular e inseriu o mandado de segurança entre os direitos individuais. Previu também o controle direto de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, com a constitucionalização da Justiça Eleitoral, “a própria integração dos órgãos políticos passou às mãos de um ramo do Judiciário” (FERREIRA FILHO, 2011, p. 199).

### 3.4 DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

As atividades incumbidas ao Estado se ampliaram, passando a abranger a prestação de saúde, seguridade social, educação, saneamento básico, habitação, lazer e outras necessidades mínimas para a garantia de uma vida digna. Esse crescimento das atividades do Estado Social quase sempre tende a impor padrões de comportamento nos cidadãos destinatários das políticas públicas, como adverte Jürgen Habermas<sup>8</sup>. O Estado passou a ditar as regras de comportamento que seus dirigentes entendiam adequadas, o que excluiu a participação dos principais interessados: os cidadãos (CARVALHO NETTO, 2002, p. 78).

---

do final do século XIX”.

7 Conforme destaca ainda Jean Rivero (1965, p. 24), “[...] l'évolution économique développe, au plan social, des faiblesses et des misères: celles du prolétariat industriel urbain, que l'intérêt général ne permet pas d'abandonner à son sort: d'où le développement d'une administration sociale, et des services qu'impose l'aménagement de la vie urbaine”. Tradução livre do original: “[...] a evolução econômica desenvolve, no âmbito social, fraquezas e misérias: as do proletariado industrial urbano, que o interesse geral não deixa ser abandonado à sua sorte: daí o desenvolvimento de uma administração social e serviços exigido pelo desenvolvimento da vida urbana”.

8 Jürgen Habermas (1998, p. 17) afirma: “A welfare-state with such overwhelming provisions, however, almost inevitably tends to impose supposedly 'normal' patterns of behavior on its clients.” Tradução livre do original: “Um Estado de bem-estar social com disposições tão esmagadoras, no entanto, quase inevitavelmente tende a impor padrões de comportamento supostamente 'normais' a seus clientes.”

Essa exclusão acarretou a crise desse modelo de atuação estatal e, como consequência, verificou-se um abalo no conceito de separação dos poderes. O incremento das funções do Executivo necessárias à garantia do bem-estar social e as exigências de prestação jurisdicional decorrentes do aumento dos conflitos entre pessoas buscando a afirmação dos seus direitos desestabilizaram a noção clássica de separação de poderes. Com o aumento do poder discricionário do Executivo e o inchaço da Administração Pública representado pela necessidade de manutenção de um imenso aparato burocrático, a corrupção atingiu níveis inimagináveis, cujos efeitos estão sendo sentidos nos dias atuais.

Além disso, a elaboração das leis, incumbida ao Legislativo, passou a ser cada vez mais genérica e abstrata, em razão da alta complexidade técnica das matérias a cargo do Legislativo, como comunicações, internet, biodiversidade, meio ambiente, produção de medicamentos, pesquisa científica, ensino, desenvolvimento tecnológico, produção de combustíveis, mercado, livre concorrência, cultura, meios de transporte, entre diversas outras. Além das tarefas administrativas, cabe ao Executivo o papel de regulamentar as leis, detalhando sua aplicação com o auxílio dos ministérios.

Outro problema foi a inserção, nos textos constitucionais, de conceitos jurídicos indeterminados, princípios abrangentes e normas programáticas, o que enfraqueceu a noção tradicional de segurança jurídica. Além disso, os cidadãos permaneceram excluídos dos processos decisórios, tornando-se meros usuários de bens e serviços providos pela Administração. O modelo de Estado interventivo fez crescer sua força e presença em vários setores e possibilitou o surgimento de regimes totalitários.

Essas e outras consequências determinaram a superação do paradigma do Estado Social, superado pelo Estado Democrático de Direito, com o intuito de tornar a Administração Pública mais democrática e participativa, permitindo ao cidadão ser considerado como parte integrante do processo de desenvolvimento.

O Estado Democrático de Direito busca “realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana” (SILVA, 2017, p. 121). Surgiu como um novo paradigma, para entender a cidadania como um processo de materialização de direitos. Como afirma Jürgen Habermas, o conceito de direito deve ser extraído a partir de uma discussão pública em que estejam inseridos os principais interessados (HABERMAS, 1998, p. 24). O espaço público não pode ser visto simplesmente como estatal. De igual modo, o espaço privado não pode ser considerado domínio absoluto do indivíduo. A sociedade atual é complexa e o constitucionalismo, hoje, fundamenta a liberdade na participação dos cidadãos no processo de materialização de direitos.

## **4. AS CONSTITUIÇÕES E O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS**

A interpretação da norma constitucional, conforme leciona José Duarte Neto, pode ser realizada pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário:

A norma constitucional, como qualquer outra, exige a interpretação. Em linhas gerais, consiste na identificação de um sentido implícito em um enunciado normativo, a imputação de um significado ou a reconstrução do conteúdo da norma. (DUARTE NETO, 2010, p. 164).

O Poder Legislativo possui a tarefa típica de especificar o sentido, o alcance ou o conteúdo da norma constitucional (DUARTE NETO, 2010, p. 166). A interpretação legislativa pode ser realizada também pelo Poder Executivo, na expedição de regulamentos, o que se mostra uma tendência à medida em que se ampliam as funções do Estado.

No desempenho de sua função administrativa, os Poderes da República também contribuem para a mutação do sentido da Constituição. Essa função é tarefa típica do Poder Executivo, mas também é exercida de forma atípica pelos demais Poderes. Outras formas de interpretação, como a popular e a doutrinária, mencionadas por José Duarte Neto (2010, p. 167) também possuem menor importância na modificação do sentido da Constituição.

A atividade administrativa, guiada pela Constituição e vinculada ao princípio da legalidade estrita, implica a interpretação dos princípios constitucionais e frequentemente carece de uma atividade normativa secundária. Como afirma Luís Roberto Barroso:

A natureza da linguagem constitucional, própria à veiculação de normas principiológicas e esquemáticas, faz com que estas apresentem maior abertura, maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica. Conceitos como os de igualdade, moralidade, função social da propriedade, justiça social, bem comum, dignidade da pessoa humana, dentre outros, conferem aos intérpretes um significativo espaço de discricionariedade. (BARROSO, 2009, p. 111).

A dificuldade de interpretação surge a partir da existência de fórmulas vagas, abstratas, genéricas e desprovidas da necessária complementação legislativa, também descritas por Paulo Bonavides:

[...] na Constituição de 1988 as promessas constitucionais ora aparecem cunhadas em fórmulas vagas, abstratas e genéricas, ora remetem a concretização do preceito contido na norma ou na cláusula a uma legislação complementar e ordinária que nunca se elabora. (BONAVIDES, 2020, p. 382).

De outro lado, a generalidade e abstração, filtradas pela discricionariedade administrativa, produzem uma grande quantidade de atos administrativos em contrariedade com o texto constitucional. Nesse sentido, aponta Gustavo Zagrebelsky (2009, p. 37) que a *pulverização* legislativa atual, acarretada pela multiplicação de leis específicas e de reduzida duração, fez a lei perder seu caráter de generalidade e abstração. A exigência reguladora tem feito as normas perderem seu lugar para outras espécies normativas, como decretos, portarias e outras medidas. Marçal Justen Filho (2002, p. 27) afirma que “[o] modo de realizar o bem-comum, num Estado Regulador, consiste na atuação regulatória, o que se traduz basicamente na edição de regras e outras providências orientadas a influir sobre a atuação das pessoas e instituições.”

Conforme pondera Paulo Bonavides (2020, p. 232), as Constituições contemporâneas vivenciam um drama jurídico que se assenta “na dificuldade, se não, impossibilidade de passar da enunciação de princípios à disciplina, tanto quanto possível rigorosa ou rígida, de direitos acionáveis, ou seja, passar da esfera abstrata dos princípios à ordem concreta das normas”.

A interpretação da Constituição é o maior desafio quando ocorre o confronto entre o seu texto e qualquer outra lei ou ato normativo. Assim, a forma de interpretação das normas

constitucionais que possui maior relevo para as Constituições rígidas é aquela realizada pelo Poder Judiciário. É o que aponta José Duarte Neto:

O sentido primeiro das Constituições Rígidas é transformado e atualizado por meio do controle de constitucionalidade, que abre caminho para uma complexa dialética sobre a natureza, princípios e institutos de Direito Constitucional.

[...]

O emprego da interpretação jurisdicional como instrumento fundamental de atualização tem a Constituição americana como padrão. Tal se deve pela adoção do Princípio da Supremacia Judiciária, que permite que os conflitos entre os atos do Governo e a Constituição sejam decididos em instância final pela Suprema Corte. (DUARTE NETO, 2010, p. 168).

Pode-se afirmar, nesse sentido, que a CF/88 adotou uma forma *forte* de controle judicial, chamada por Mark Tushnet (2009, p. 66-75) de *strong-form judicial review*.

Toda Constituição deve estar aberta aos desafios sociais e democráticos, inclusive as Constituições rígidas. É preciso reconhecer a normatividade da Constituição, que não se restringe à soma das forças sociais e políticas que a determinam. Assim, a Constituição também contém pretensões de concretização de direitos (HESSE, 1991, p. 14-15). Como afirma Luís Roberto Barroso (2009, p. 256), “[a] Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa.” Essa força normativa tendente a condicionar a realidade se verifica, principalmente, em relação aos direitos sociais.

Mesmo as constituições rígidas devem possuir a abertura necessária para a mobilidade das transformações sociais. Além disso, a concretização dos direitos sociais é uma decorrência de sua força normativa e, por essa razão, as garantias da rigidez constitucional são importantes para a efetivação desses direitos.

Salienta a respeito José Duarte Neto (2010, p. 176) que “[a]s garantias da Constituição são o resultado de um processo histórico evolutivo que se identifica com a consolidação das Constituições Rígidas e com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito.” No Estado Liberal, não havia garantias jurídicas, mas apenas garantias políticas representadas pelo equilíbrio entre os Poderes. O Judiciário exercia o controle dos atos da Administração Pública apenas quando havia violação ao direito à liberdade, o que era feito por meio do *habeas corpus*.

Com a intervenção do Estado nos domínios econômico e social, outros direitos líquidos e certos passaram a ser tutelados pela via jurisdicional, por meio da utilização do mandado de segurança. No Estado Social, as garantias de direitos ganharam normatividade e o descumprimento da Constituição passou a ser combatido por meio do aumento da judicialização. Assim, nas Constituições rígidas, os instrumentos de correção das inconstitucionalidades foram institucionalizados.

#### 4.1 AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A Constituição de 1824 foi inspirada nas constituições liberais europeias e adotou o modelo francês de monarquia constitucional, diferentemente do que aconteceu com outros países latino-americanos, que buscaram inspiração no modelo norte-americano. A influência mais evidente foi a de Benjamin Constant, que pode ser vista principalmente na instituição do

Poder Moderador, concebido para servir de fiel no equilíbrio entre os demais poderes (DUARTE NETO, 2010, p. 207).

Durante o período imperial, o papel do Judiciário era limitado, panorama esse que só foi mudar significativamente após o início do período republicano (LIMA; ACIOLY FILHO, 2019, p. 82). Na vigência da Constituição de 1824, a separação de poderes foi comprometida pela existência do Poder Moderador, que, longe de garantir o equilíbrio entre eles, permitia, concentrado nas mãos do Imperador, uma preponderância do Monarca, que terminava por impor sua vontade.

No Império, houve grande instabilidade política, principalmente no Segundo Reinado, com a sucessão de trinta e seis gabinetes e o exercício do Poder Moderador para a nomeação e destituição de ministros sem sustentação de uma maioria parlamentar. Não obstante, segundo José Duarte Neto (2010, p. 214), a instabilidade não atingiu profundamente o âmago da Constituição de 1894, que se tratava de uma Constituição estável, isto é, “as decisões políticas fundamentais tomadas em 1824 sobreviveram aos conflitos normativos, políticos e sociológicos”. A estabilidade se verifica, inclusive, por ter sido a de maior duração.

Já as Constituições republicanas, apesar de manterem decisões políticas fundamentais semelhantes, foram marcadas por alternâncias que “não permitem um juízo de estabilidade, principalmente, porque foram diferentes as rupturas e diversas as exteriorizações do Poder Constituinte, por meio de outorgas ou de Assembleias Constituintes”. (DUARTE NETO, 2010, p. 217).

A Constituição de 1891 foi a que demonstrou maior ruptura com a ordem constitucional antecessora. Por influência de Rui Barbosa, a inspiração foi a Constituição dos Estados Unidos da América. Nas Constituições posteriores a 1891, o sistema de controle de constitucionalidade “se afastara do puro critério difuso com a adoção de aspectos do método concentrado, sem, no entanto, aproximar-se do europeu” (SILVA, 2017, p. 50). A Carta Republicana, em contraste com a Constituição do Império, adotou a forma de governo presidencialista e o sistema federativo, concedendo autonomia aos entes federados, bem como a tripartição de poderes, independentes e harmônicos entre si. No entanto, como observa José Duarte Neto, a Constituição de 1981 distanciou-se da realidade sociológica, pois os governantes eram escolhidos a partir da alternância das elites estaduais no poder. Para Duarte Neto (2010, p. 220), “... a separação de poderes foi conspurcada pela exorbitância ou preponderância da Presidência da República. O que se pretendia corrigir com a extinção do Poder Moderador, o presidencialismo não corrigiu”. A instabilidade do período decorreu da discrepância entre as normas de organização social e a realidade política e culminou com a Revolução de 1930.

A Constituição de 1934 teve início com a revolução de 1930, que pôs fim à ordem constitucional então existente. Essa Constituição se caracterizou por romper com a tradição liberal e buscar inspiração na Constituição de Weimar, no intuito de estabelecer uma democracia social. Foram preservados valores como a liberdade, mas o que merece destaque foi a introdução de direitos sociais e econômicos no texto constitucional.

Foi um período de crises na história política brasileira. Havia lutas sociais e políticas que pretendiam mudar os rumos do Estado, para atribuir-lhe a realização dos direitos sociais. Esses acontecimentos exerceram influência nas regras de direito constitucional. José Duarte Neto

(2010, p. 229) aponta que o elemento desestabilizador dessa Constituição, contudo, foi a figura do próprio Getúlio Vargas, que se utilizou de suas atribuições como chefe do governo provisório e como Presidente da República para empreender manobras que o manteriam no poder.

A Carta de 1934 teve uma curta duração e foi substituída, com o golpe que instituiu o Estado Novo, pela Constituição de 1937, que marcou um período de instabilidade constitucional e de insegurança jurídica. Essa Carta proibia os juízes de conhecer questões políticas (art. 94) e restringia a sua competência para decretar a inconstitucionalidade de atos normativos (art. 96). A Carta de 1937, outorgada, também teve vida curta e não exerceu influência sobre as que lhe seguiram.

A Constituição de 1946 veio após a queda do Governo Vargas, em outubro de 1945 e trouxe, como importante inovação, o princípio da indeclinabilidade da jurisdição (art. 141, § 4º). Constitui, na síntese de José Duarte Neto (2010, p. 236), “uma reprodução mais bem acabada do texto constitucional de 1934, por isso, ao invés de apresentar-se afeiçoada ao ambiente do pós-Guerra, trazia similitude com as Constituições positivadas antes de 1939”. Na vigência dessa Constituição, foi introduzida, pela EC n. 16/1965, a ação direta de inconstitucionalidade de caráter genérico, atribuindo competência ao Supremo tribunal Federal para processar e julgar a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual apresentada pelo Procurador-Geral da República.

A Carta de 1946 foi marcada por um período de crise política e tentativas de golpe que culminaram com a Revolução de 1964 e a instalação da ditadura militar no país. Com o Regime Militar, foi promulgada a Constituição de 1967, a qual ampliou sobremodo os poderes ao Presidente da República, conferindo-lhe a iniciativa para propor emendas à Constituição, bem como a atribuição de editar decretos com força de lei, nas situações de urgência ou de interesse público relevante, sobre matérias relativas à segurança nacional e às finanças públicas (art. 58).

O Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, aumentou ainda mais os poderes do Presidente da República e, posteriormente, a Emenda n. 1/1969, considerada por parte da doutrina como uma nova Constituição, alterou inteiramente a Constituição de 1967. Durante a Ditadura Militar, principalmente após a edição do AI n. 5/1968, os Poderes Legislativo e Judiciário tiveram suas funções limitadas e foram postergados da tomada de decisões a respeito dos rumos que deveria seguir o país.

## **4.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 200) que, na constituinte de 1987-88, a combinação de propostas desconexas resultou em uma profunda e inesperada transformação do Poder Judiciário. Os magistrados conseguiram a aprovação da autonomia financeira (art. 99) e da atribuição para os tribunais proverem os cargos de juiz (art. 96, I, c). A transformação do Tribunal Federal de Recursos no Superior Tribunal de Justiça aliviou a carga do Supremo Tribunal Federal, permitindo-lhe focar na guarda da Constituição, apesar de a Corte Suprema estar atualmente sobrecarregada.

A CF/88 é demasiadamente analítica e trouxe diversas inovações. Tem dentre suas características o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais e a consagração de tantos princípios que, às vezes em aparente colisão, exigem dos aplicadores um grande esforço interpretativo<sup>9</sup>.

Além de aplicar contenciosamente a lei aos conflitos entre particulares, a importação do *due process of law* (art. 5º, inc. LIV), inclusive em seu aspecto material, permitiu ao magistrado questionar a razoabilidade das leis.

A CF/88 trouxe diversas formas de controle de constitucionalidade, que tem início nas Comissões de Constituição e Justiça de ambas as casas do Congresso Nacional, passa pelo poder de veto do Executivo, mas tem destaque no papel conferido ao controle jurisdicional. Optou-se por um modelo complexo de controle de constitucionalidade, no qual podem ser identificadas características dos sistemas americanos associadas ao controle concentrado (este influenciado por Hans Kelsen).

Foi mantido o controle difuso, permitindo a qualquer juiz declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato do Executivo e deixar de aplicá-los no caso concreto (art. 97). Entretanto, as maiores mudanças foram em relação ao controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, transformado em uma verdadeira Corte Constitucional.

O controle pela via de ação direta pode ser exercido como preliminar para a intervenção (art. 36, III). Além disso, é possível o controle em relação a lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, a).

Antes da CF/88, somente o Procurador-Geral da República era titular da ação direta de inconstitucionalidade. A partir da Nova Carta, ampliou-se o rol dos legitimados (art. 103). Com a inovação, a ADI passou a ser largamente utilizada para afastar leis e atos normativos contrários à Constituição.

Outra novidade foi a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º), inspirada na Constituição portuguesa de 1976 (FERREIRA FILHO, 2011, p. 203). O texto constitucional foi tímido, porém, ao estipular que, reconhecida a omissão, apenas será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias, cabendo a fixação de prazo (30 dias) apenas se o responsável for órgão administrativo.

Inovação sem precedente no direito comparado foi o mandado de injunção (art. 5º, LXXI). Contudo, inicialmente, o Supremo Tribunal Federal atribuiu ao mandado de injunção a mesma consequência prevista para a inconstitucionalidade por omissão. Foram necessários alguns anos de evolução doutrinária e jurisprudencial para que a Corte recentemente lhe conferisse os contornos que hoje possui<sup>10</sup>.

Outra evolução em relação ao controle de constitucionalidade foi a criação da ação direta de constitucionalidade, originalmente inserida no art. 103, § 4º, pela Emenda Constitucional n. 3/1993. Posteriormente, essa ação foi migrada para o *caput* pela Emenda Constitucional n. 45/2004, com os mesmos legitimados para a ADI. Apesar da presunção de constitucionalidade

9 Os princípios expressam valores que servem como vetores para o ordenamento. O intérprete, nessa encruzilhada vetorial, se aproxima da figura do juiz Hércules descrita por Ronald Dworkin (2010, p. 165). O caminho a ser seguido dependerá das significações por ele dadas na construção da norma jurídica.

10 No início, a omissão constitucional era apenas comunicada ao poder que estivesse em mora. Posteriormente, o STF passou a assinar prazo razoável para elaboração da norma regulamentadora, como no MI 283. Em 2007, o STF mudou seu entendimento, fixando o direito no caso concreto (MI 721). No mesmo ano, ao julgar o MI 712, que versou sobre a ausência de regulamentação do direito de greve para servidores públicos, o STF atribuiu efeitos *erga omnes* à sua decisão.

característica de toda lei ou ato normativo, a grande quantidade de questionamentos judiciais em relação aos atos dos Poderes Executivo e Legislativo demonstrou a necessidade desse instrumento, que serve para pôr fim aos conflitos que tramitam por anos e às vezes por décadas nas instâncias inferiores. Por meio dessa ação, a decisão definitiva do Supremo é dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. Em razão disso, a criação dessa ação, possibilitou maior segurança jurídica e reforçou o papel do Supremo Tribunal Federal como Guardião da Constituição.

Conforme anota Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 206-207), a partir das inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, “o papel do Judiciário torna-se acentuadamente de caráter político” e a Corte Excelsa se transforma em legislador negativo.

Impõe registrar, ademais, o papel conferido ao Poder Judiciário pela Constituição, segundo autores como Schnapp, Kunig e Höfling, citados por Ingo Wolfgang Sarlet:

É neste contexto que se tem sustentado que são os próprios tribunais, de modo especial a Jurisdição Constitucional por intermédio de seu órgão máximo, que definem, para si mesmos e para os demais órgãos estatais, o conteúdo e sentido “correto” dos direitos fundamentais. (SARLET, 2015, p. 372-373).

A efetivação dos direitos fundamentais passa, portanto, pelo cumprimento do papel constitucional conferido ao Poder Judiciário de efetuar o controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos, bem como de definir o conteúdo dos direitos fundamentais.

O Poder Judiciário foi fortalecido na CF/88, assegurando-lhe maior independência. Ampliou-se o controle judicial sobre a administração pública. Antes restrito à mera legalidade, passou a atuar sobre o próprio mérito do ato administrativo<sup>11</sup>. Verificou-se, assim, uma politização do Judiciário. Apesar de o Judiciário se despontar como um órgão essencial para a efetivação dos direitos fundamentais, a judicialização da política tende a acarretar a politização da justiça, fenômeno mais facilmente notado em decisões recentes do STF, principalmente nas decisões singulares tomadas por alguns ministros. A tendência de expansão da judicialização das políticas públicas é destacada por Tate e Vallinder (1995, p. 515): “For better or worse, the expansion of judicial power does appear to be a phenomenon that is real and that is shaping and will shape global politics and policy for the foreseeable future.”<sup>12</sup>

Trata-se de um fenômeno mundial que encontra peculiaridades na CF/88, as quais causaram uma defasagem de representatividade dos poderes políticos, deixando um espaço de atuação que passou a ser preenchido pelo Poder Judiciário (ALBUQUERQUE; BAZZANELLA, 2020, p. 153). No Brasil, apenas para citar exemplos de judicialização da política (e, por consequência, das políticas públicas), podem ser apontadas a suspensão da nomeação do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva para o cargo de ministro-Chefe da Casa Civil, decidida pelo Min. Gilmar Mendes na medida cautelar em mandado de segurança n. 34.070/DF, em 2016, e a abertura de inquérito (INQ) 4781, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes, para investigar notícias fabricadas (as chamadas *fake news*), denúncias caluniosas e ameaças contra a

11 Apesar de a jurisprudência do STF ter pacificado o entendimento de que o controle do mérito do ato administrativo só é cabível nos casos de ilegalidade ou de abuso de poder (ARE 1008992 AgR, 1ª Turma, julg. 14 abr. 2016; SL 885 AgR, Pleno, julg. 25 nov. 2015; RE 636686 AgR, 2ª Turma, julg. 25 jun. 2013; 1ª Turma, julg. 19 jun. 1979), são corriqueiras, em todas as cortes do país, decisões que adentram no mérito de atos administrativos, como as que concedem medicamentos e tratamentos de alto custo ou experimentais e benefícios previdenciários e assistenciais fora das hipóteses legais.

12 Tradução livre do original: “Para melhor ou pior, a expansão do poder judicial parece ser um fenômeno que é real e que está moldando e moldará a política global e as políticas públicas no futuro próximo.” (TATE; VALLINDER, 1995, p. 515).

os ministros da Corte e seus familiares. A abertura do inquérito, feita pela Portaria 69/2019, do então Presidente da Corte, Min. Dias Tóffoli, foi chancelada pelo plenário, ao julgar improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 572, que questionava a validade da referida portaria. Também merece referência a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas, que passaram a ser enquadráveis na Lei do Racismo, de acordo com a decisão do STF, por maioria, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26, relatada pelo Min. Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) n. 4733, de relatoria do Min. Edson Fachin. A necessidade de tipificação de tais condutas é evidente; no entanto, a ampliação do alcance de um tipo penal, por interpretação judicial analógica, é passível de críticas. Essas decisões demonstram a ampliação do protagonismo da Corte Guardiã da Constituição, em políticas públicas de direitos fundamentais e inclusive em temas da política, com potenciais reflexos eleitorais, mas, por outro lado, têm sido alvo de críticas, notadamente quanto à sua legitimidade, por não se tratar de um órgão cujos membros foram escolhidos por sufrágio dos cidadãos (ALBUQUERQUE; BAZZANELLA, 2020, p. 156), mas de forma indireta, com indicação do Presidente da República e aprovação pelo Senado Federal.

### 4.3 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No Brasil, antes mesmo da promulgação da CF/88, já havia alguns instrumentos de controle dos atos da Administração Pública, o que era feito, por exemplo, pela via da ação popular e pela ação civil pública.

A ação popular foi introduzida pela Constituição de 1934. Entretanto, no início, houve resistência do Poder Judiciário na sua utilização para o controle dos atos da Administração Pública, que estariam sob o manto da *discricionariedade*<sup>13</sup>.

Paulo Bonavides (2020, p. 236) leciona que, sem o reconhecimento, nas Constituições rígidas, da eficácia vinculante das normas programáticas não é possível afirmar a natureza jurídica da Constituição.

Analisando o direito norte-americano em comparação com outros sistemas, Mark Tushnet (2009, p. 228) defende um controle *fraco* feito pelo Poder Judiciário (*weak-form judicial review*), especialmente em relação a direitos sociais, que envolvem questões como distribuição de renda, moradia, saúde etc. para o citado autor, um controle judicial *fraco* pode garantir maior eficácia a esses direitos, reservando-se ao Legislativo e ao Executivo a definição das políticas de bem-estar social.

No Brasil, existem autores que sustentam que o Judiciário deve analisar apenas aspectos ligados à legalidade do ato administrativo. Nesse sentido, pondera Arruda Alvim que:

todos os elementos dos atos administrativos devem, na medida do possível, ser exaurientemente examinados pelo Poder Judiciário, cujo exame, no entanto, confina-se aos limites da legalidade. Isto significa, portanto, que o Poder Judiciário não pode transpor a possibilidade de controle dos atos administrativos para dentro das fronteiras do seu mérito. (ALVIM, 2003, p. 236).

De outro lado, Cassio Scarpinella Bueno (2003, p. 238) lembra que a discricionariedade está relacionada à liberdade de atuação que possui o agente para a prática do ato administrativo, mas não é possível identificar um conceito claro de ato discricionário na doutrina. É preciso distinguir discricionariedade de conceito vago e indeterminado. Os casos que costumam ser citados como exemplos de discricionariedade, como aqueles em que é preciso identificar a finalidade pública, a utilidade social, o bem comum etc. são, na verdade, situações em que é necessária a interpretação de conceitos vagos e indeterminados, reclamando, portanto, uma solução unívoca. A partir dessa distinção, é possível que o magistrado, quando provocado, identifique se foi cumprida a finalidade pública, o bem comum ou a utilidade social. Para o citado autor, “parece correto concluir no sentido de que *qualquer* ato administrativo está sujeito ao controle jurisdicional, quando mentos para verificação da finalidade pública que justifica o *dever* de agir do agente estatal”. (BUENO, 2003, p. 240).

A CF/88 reformulou o papel do Judiciário em relação ao controle dos atos do Poder Executivo, acarretando a judicialização das questões afetas à Administração Pública, o que teve como reflexo, como adverte Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 207), a “politização da justiça”. A Carta de 1988 ampliou o alcance da ação popular e da ação civil pública. O Ministério Público reafirmou seus poderes para a tutela de interesses difusos e coletivos, posteriormente estendidos à Defensoria Pública.

Os poderes conferidos ao Ministério Público na CF/88, tais como a legitimidade para o controle da Administração Pública por meio de atividade investigativa (inquérito civil) e a ação civil pública, são instrumentos que possibilitaram a fiscalização dos atos da Administração Pública, tanto em relação à sua adequação à lei, quanto às opções discricionárias dos administradores. A possibilidade de apreciação na via judicial dos atos administrativos revela uma “tendência a uma judicialização de todos os setores da vida humana”. (FERREIRA FILHO, 2011, p. 208).

A CF/88 trouxe instrumentos, como o mandado de segurança coletivo (art. 5º, inc. LXX) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), que são meios de judicializar as questões administrativas, inclusive do ponto de vista político. Até mesmo questões políticas podem ser objeto de análise pelo Poder Judiciário, ainda mais diante da crise de legitimidade que tem recaído sobre os poderes Legislativo e Executivo.

De outro lado, o texto da CF/88 se sustentou sobre uma larga malha de princípios extremamente abertos, como a moralidade e a segurança jurídica, o que conferiu aos magistrados ampla margem de liberdade para a sua interpretação. Deve-se concluir, com Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 209), que “o magistrado, no fundo, é livre para seguir a sua cosmovisão no sopesar o próprio mérito do ato”. O reconhecimento de que o juiz possui tal margem de discricionariedade rompe com o papel que a doutrina clássica lhe atribui.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 213-215) argumenta que a Constituinte de 1988 desejou a judicialização da política, uma vez que o Legislativo e o Executivo não gozavam de credibilidade<sup>14</sup>. Contudo, isso não acarretou o aumento do prestígio do Judiciário. Primeiramente, porque a prestação judicial não se tornou efetiva e, ademais, pelo fato de que, com a sua interferência no âmbito político-administrativo, tornou-se corresponsável pela insatisfação da opinião pública com as metas do Governo.

14 A ineficiência das instituições ocupadas por detentores de mandato eletivo é uma das razões apontadas por Tate e Vallinder para a judicialização da política. (TATE; VALLINDER, 1995, p. 31).

Paulo Bonavides (2020, p. 463) alerta que o fator político é importantíssimo na interpretação das normas constitucionais, sobretudo quando dotadas de certa discricção.

Os membros do Legislativo e os agentes do Executivo também são encarregados de interpretar a Constituição na tarefa de legislar e executar políticas públicas de efetivação de direitos e em diversas ocasiões desempenham esse papel de forma satisfatória<sup>15</sup>. Apesar disso, o Poder Judiciário, em nome de um ativismo pretensamente exigido pela democracia, cotidianamente cria direitos em situações não previstas nem na legislação nem na CF/88.

Martonio Mont'Alverne Lima e Evaldo Acioly Filho (2019, p. 88), a partir do texto de Ingeborg Maus intitulado *Judiciário como Superego da Sociedade*, investigam a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas à luz do conceito psicanalítico da *imago* paterna. Maus analisa a jurisprudência constitucional alemã para demonstrar que, por trás da garantia judicial de liberdade e da interpretação constitucional de base principiológica, se esconde a vontade de domínio e arbítrio.

No Brasil, também se verifica essa tendência de o tribunal constitucional se libertar de limitações constitucionais, elegendo os valores que entende mais convenientes segundo seus próprios critérios políticos. A Justiça, nessa ótica, aparece como substituta do próprio imperador. Com isso, o tribunal constitucional se libera até mesmo de qualquer limitação constitucional, retomando aspectos do poder moderador. A corte constitucional, inclusive no Brasil, institui um monopólio da definição dos valores políticos expressos na carta constitucional. (LIMA; ACIOLY FILHO, 2019, p. 90-94).

Evidencia-se a necessidade de que o órgão máximo de controle de constitucionalidade das políticas públicas não se distancie dos limites traçados pelo poder constituinte. A CF/88 exige, em sua aplicação, considerações de ordem política e também orçamentária. Em diversos casos, notadamente na implementação de políticas de saúde, assistência e previdência social, a atuação do Poder Judiciário é crucial para a concretização dos direitos fundamentais. A discricionariedade, no entanto, não pode simplesmente migrar dos poderes Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário. Em relação ao direito à seguridade social, por exemplo, “[e] esse comportamento extrapola a tarefa de controle do Judiciário sobre o Executivo, em afronta a princípios constitucionais como a separação de poderes e o equilíbrio atuarial”. (GARCIA, 2012, p. 220).

Entretanto, é preciso reconhecer que Poder Judiciário desempenha importante papel no controle dos atos da Administração Pública. É crucial para a concretização dos direitos fundamentais, principalmente para que a Administração não utilize a “reserva do possível” como um trunfo para impedir a realização dos direitos constitucionais sociais e econômicos. Também é necessário compreender que o controle judicial a ser exercido em relação à efetivação dos direitos sociais deve ser pautado pelo respeito à legalidade e, em última análise, à Constituição. A consciência do equilíbrio entre os poderes e dos limites constitucionais da própria interpretação impõe que as decisões sejam fundamentadas e que tais fundamentos sejam claros capazes de convencer a sociedade, inclusive com argumentos de natureza orçamentária.

15 A esse respeito, enfatiza Mark Tushnet (2009, p. 157): “In making comparisons with judges, I think it quite important to avoid being romantic about judges while being realistic – or cynical – about legislators and executive official.” Tradução livre do original: “Ao fazer comparações com juízes, acho muito importante evitar ser romântico com os juízes e ser realista – ou cínico – quanto aos legisladores e agentes do executivo.”

## 5. CONCLUSÃO

O constitucionalismo pode ser reconhecido como uma linha de continuidade subjacente às rupturas que caracterizaram os grandes paradigmas do Estado: O Liberal, o Social e o Democrático de Direito.

A positivação dos direitos fundamentais no texto constitucional tornou possível integrá-los ao núcleo substancial da Constituição, formado pelas decisões fundamentais. Esses princípios são compartilhados pelos cidadãos em comunidade, que esperam sua realização da maneira mais ampla possível diante das previsões materiais, instrumentais e orçamentárias.

A normatividade da Constituição não se restringe à soma das forças sociais e políticas que a determinam. O Estado Democrático de Direito, inaugurado pela Constituição Federal de 1988, caracterizado pelo reconhecimento de direitos e garantias e pela exigência de sua efetivação. Para isso, é necessária a constante reinterpretação dos princípios.

A Administração Pública deve exercer com eficiência o seu papel constitucional de instância concretizadora de direitos, principalmente os direitos sociais, em relação aos quais não basta o mero reconhecimento formal. Esse é o grande desafio a que se propôs o Estado Social, objetivo que não alcançado e encampado pelo Estado Democrático de Direito. Entretanto, muito há ainda a ser desenvolvido em relação às instituições da democracia e à efetivação de direitos, principalmente os sociais, necessários para possibilitar aos cidadãos a fruição máxima da sua dignidade e o *status* constitucional que lhe foi atribuído na CF/88.

A principal consequência das Constituições rígidas é a supremacia da Constituição. Daí a importância dos instrumentos que obstam a discricionariedade do legislador contrária à Lei Maior.

As Constituições de hoje não se resumem a um documento político. Possuem uma normatividade superior à das outras leis. Com o reconhecimento da superioridade hierárquica da Constituição, é possível exigir perante os tribunais a afirmação da sua supremacia nas situações de confronto com a legislação infraconstitucional.

Verificou-se uma evolução significativa do papel do Poder Judiciário, no sentido de possibilitar o controle dos atos da administração pública, inclusive em relação a aspectos ligados ao mérito, tradicionalmente intocáveis, acobertados pela discricionariedade.

Na tarefa de concretização dos direitos fundamentais, deve ser reconhecido que o magistrado possui certa margem de discricionariedade na sua tarefa de controle do ato administrativo que rompe com o papel que a doutrina clássica lhe atribui. A falência dos poderes Legislativo e Executivo na efetivação dos direitos sociais, associada aos escândalos de corrupção envolvendo tais poderes levaram, no Brasil, à exaltação do ativismo judicial como alternativa para o controle e a concretização das políticas públicas.

A crítica que se faz ao Judiciário é o que o diferencia dos demais poderes: seus membros não são escolhidos pelo voto popular. Some-se o fato de algumas decisões judiciais terem se mostrado tão questionáveis quanto as dos demais poderes em termos de legitimidade. Os tempos são de embate entre os poderes e desencantamento dos cidadãos. A preservação da democracia se traduz numa justificação social, necessária para evitar crises e rupturas de difícil superação.

Ponto que merece destaque é a função do Supremo Tribunal Federal, que foi transformado em um verdadeiro tribunal constitucional e tem a importante tarefa de interpretar e garantir a efetivação dos direitos sociais e econômicos. Não se pode perder de vista, nesse aspecto, a preocupação de que a Corte não extrapole os poderes que lhe foram conferidos pela própria CF/88 ao desempenhar a sua função de guardião, para que o controle das políticas públicas se mantenha como uma garantia das expectativas de vigência formal e material da Constituição.

Nesse cenário, a análise evolução das transformações constitucionais vivenciadas durante o constitucionalismo e os seus reflexos sobre o papel constitucional reservado aos Poderes da República poderá contribuir para as discussões acerca da árdua tarefa de efetivação dos direitos fundamentais num ambiente democrático e sob a perspectiva constitucional.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Camila Leonardo Nandi de; BAZZANELLA, Sandro Luiz. A judicialização da política como fenômeno do neoconstitucionalismo e os limites da democracia representativa. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 15, n. 4, p. 151-171, 2020.

ALVIM, Arruda. A discricionariedade administrativa e o controle judicial. *In*: DIREITO processual público: a Fazenda Pública em juízo. São Paulo, Malheiros, 2003. p. 227-237.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECK, Ulrich. **Sociedade do risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. Inafastabilidade do controle judicial da Administração. *In*: DIREITO processual público: a Fazenda Pública em juízo. São Paulo, Malheiros, 2003. p. 238-248.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 68, n. 2, abr./jun. 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DUARTE NETO, José. **Rigidez e estabilidade constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARCIA, Sílvio Marques. A solução de demandas previdenciárias nos Juizados Especiais Federais por meio da conciliação. *In*: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; DONOSO, Denis. **Juizados Especiais Federais**: reflexões nos dez anos de sua instalação. Curitiba: Juruá, 2012. p. 207-226.

HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

HABERMAS, Jürgen. Paradigms of Law. *In*: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (org.). **Habermas on law and democracy**: critical exchanges. Berkeley: University of California Press, 1998.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: SAF, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

- KUHN, Thomas. **The structure of scientific revolutions**. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1970.
- LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ACIOLY FILHO, Evaldo Ferreira. Análise da legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal como o "superego da sociedade". **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 14, n. 1, p. 80-97, jan./jun. 2019.
- LUHMANN, Niklas. **Social systems**. Tradução de John Bednarz Júnior e Dirk Baecker. Stanford: Stanford University Press, 1995.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MOREIRA, João Batista Gomes. Princípios constitucionais da legalidade e eficiência nos concursos públicos. In: MOTTA, Fabrício (org.). **Concurso público e Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 121-138.
- RIVERO, Jean. **Droit administratif**. 3. ed. Paris: Dalloz, 1965.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: CD, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: London: New York University Press, 1995.
- TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights**. 2. ed. New Jersey: Princeton University Press, 2009.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 9. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

#### **Dados do processo editorial**

- Recebido em: 22/07/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 24/07/2022
- Avaliação 1: 13/10/2022
- Avaliação 2: 23/10/2022
- Decisão editorial preliminar: 01/11/2022
- Retorno rodada de correções: 14/11/2022
- Decisão editorial/aprovado: 14/11/2022

#### **Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2