

## JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO PROCESSO CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

Jonathan Morais Barcellos Ferreira<sup>1</sup>; Raquel Fabiana Lopes Sparemberger<sup>2</sup>

<sup>1</sup>*Universidade Federal do Rio Grande – jonathanferreira.direito@furg.br*

<sup>2</sup>*Universidade Federal do Rio Grande e Fundação Escola Superior do Ministério Público – fabiana7778@hotmail.com*

### 1. INTRODUÇÃO

O novo constitucionalismo (ou neoconstitucionalismo) brasileiro é responsável pela importação de diversas teorias constitucionais, dentre essas, destaca-se a Teoria Procedimental (e Processual) e a Teoria Programática. Assim, a Constituição de 1988 é considerada a Constituição Cidadã, por trazer, primeiramente, diversos direitos fundamentais, inclusive a dignidade da pessoa humana, como também, direitos de aplicação mediata, considerados como normas programáticas. Todavia, ocorre que essas normas programas sofrem de uma carência de eficácia social devido a falta de políticas públicas e/ou de legislação específica para sua completude.

A Teoria Procedimental Democrática, em caráter geral, é responsável por acreditar no processo democrático como único meio legítimo de decisão política, não obstante, o Texto traz, também, a responsabilidade do Poder Judiciário de interferir nesse procedimento sempre que houver violação à Constituição, seja pela ação ou omissão.

A Teoria Programática estabelece que um rol de direitos deve ser segurado, em caráter mediato, pelo Estado. Trata-se de “programa de Estado” visando um objetivo. Tendo em vista o período ditatorial vivido pelo Brasil durante mais de vinte anos e a abertura para uma democratização, a Constituição de 1988 traz um rol de normas programas visando o avanço socioeconômico. Seu principal problema encontra-se na dificuldade de promover decisões políticas que visem sua efetivação.

Para dar eficácia social a essas normas de caráter programático, o Poder Judiciário vem, desde sua legitimação pelo Texto que introduziu uma série de procedimentos, atuando de forma protagonista na promoção de um conjunto de direitos.

Este trabalho visa relacionar as Teorias Procedimentais e Programáticas, aplicando-as ao caso brasileiro. Nisso, nota-se que na carência do procedimento democrático em garantir a eficácia das normas programáticas, o Judiciário acaba por tomar decisões “políticas” por meio do processo constitucional e, a esse protagonismo, foi dado o nome de Judicialização da Política.

### 2. METODOLOGIA

Utilizar-se-á do método de abordagem dialético, mediante a construção de hipóteses teórico-empíricas que serão submetidas a análise crítica. Visto que a sociedade não é estática, a utilização da dialética facilita a compreensão dos procedimentos sociais, assim como coloca Marconi e Lakatos (2017, p. 101), na dialética “as coisas não devem ser analisadas na qualidade de objetos fixos, mas em movimento”. Poder-se-á, então, construir conceitos para diferenças objetos e examiná-lo. A dialética captura “as estruturas da dinâmica social, não dá estática.

[...] [é] um instrumental que exalte o dinamismo dos conteúdos novos, mesmo que se reconheça não haver o novo total" (DEMOS, 2014, p. 91). O tipo de pesquisa a ser utilizado consistirá na técnica de documentação indireta a partir da revisão de bibliográfica e documental.

### 3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

A Constituição de 1988 fundou-se nas teses neoconstitucionalistas que, segundo Barroso (2005), são formadas por três eixos principais: a força normativa da Constituição (cf. HESSE, 2009) – os textos constitucionais receberam valor de norma jurídica, deixando de ser um texto puramente político, o Judiciário começa a poder atuar nas Constituições; a expansão da jurisdição constitucional (cf. BARBOZA, 2011) – com a normatização dos textos, o Poder Judiciário começa atuar na sua aplicação, interpretação e proteção (controles de constitucionalidade), vindo a se tornar, inclusive, um poder contramajoritário (ou "antipolítico"); e a nova interpretação constitucional (cf. BARROSO, 2014) – texto normativo não é o único local para encontrar a solução dos problemas e juiz assume um papel de construtor do Direito, e não simples aplicador, assim, surgem as ideias de cláusulas gerais, princípios, colisão de normas constitucionais (e por consequência a ponderação) e a argumentação.

Conjuntamente com as teses neoconstitucionalistas e, fundamentadas nelas, exsurge denominações (e teorias) ao Texto Constitucional de 88, em especial, a Teoria da Constituição Dirigente e a Teoria da Constituição Procedimental. Em primeiro momento, é necessário considerar o contexto da promulgação da Constituição de 1988, conturbado pela pós-ditadura militar e ansioso pela redemocratização. Com isso, o texto é embarcado com um proceduralismo democrático, visando a reestruturação política do "novo" Estado, ao mesmo passo que impõe limites, indisponíveis, aos Poderes. No mais, para alcançar a reestruturação socioeconômica (ou o progresso pautado nos fins sociais constitucionais) o texto dispõe de normas programáticas que servem de guia para alcançar o objetivo do Estado. Em suma, a Constituição vem lotada, sufocantemente, de institutos político-jurídicos para a construção do Estado Democrático de Direito e com uma excessiva prolixidade a evitar novas conturbações (BONAVIDES, 2018).

A (suposta) falta de substancialidade das Constituições Procedimentais pode ser satisfeita pelas normas constitucionais fundamentais. Essas, dispostas de três formas: plenas, contidas e limitadas. As normas constitucionais fundamentais são todas juridicamente eficazes, carecendo, por vezes, de efetividade (eficácia social). Como citado anteriormente, a Constituição de 1988 tende a dirigir o Estado a tornar-se Democrático de Direito, a esse dirigismo são constituídas normas programáticas (cf. SILVA, 2009), ou seja, Constituição que estabelece fins e objetivos ao Estado. Todavia, essas Constituições carecem de efetividade, sua concretização, dado seu viés social, é impedido pelo tesão político por liberalismo. O dirigismo constitucional é visto como um afronte ao proceduralismo democrático, pois é colocado como limitador da Política. Portanto, o Texto de 88, embora dirigente, é também procedural (e processual): à inércia política de promover a efetivação das normas programáticas (uma violação ao proceduralismo democrático) é convocado a jurisdição constitucional (legitimidade pelo processualismo constitucional).

Dessa forma, o STF (2015a), provocado pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, no Acórdão proferido ao Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, suspendeu os efeitos do Acórdão do Tribunal de Justiça, e deu

provimento a Decisão da Justiça de 1º Grau, que obriga o Estado do Rio Grande do Sul a providenciar a manutenção dos presídios para dar efetividade aos direitos fundamentais que constantemente estavam sendo violados. Ainda, ao reconhecer a Repercussão Geral, lançou a Tese nº 220, considerando lícito tal interferência e, ainda, afastando a possibilidade de se argumentar sobre a reserva do possível e o princípio da separação dos poderes.

No mais, o STF em 2015 reconheceu, referindo-se ao sistema penitenciário, que as violações sistêmicas e constantes de direitos fundamentais, a ineficácia das políticas públicas, e a ineficiência dos Poderes, levaria ao sistema penitenciária ser caracterizado como Estado de Coisas Inconstitucional (STF, 2015b).

Deve-se considerar que os direitos fundamentais são indisponíveis, não podendo, inclusive, ser discionados. Assim, não cabe ao Executivo decidir se irá ou não garantir direitos fundamentais, sua eficácia é imediata, devem ser objetos de políticas para sua garantia. No entanto, deve o Estado promover políticas para garantir o mínimo existencial que, segundo Céline Fercot, pode-se considerar quatro direitos mínimos para a existência digna do indivíduo:

[...] le droit à l'alimentation se rapporte à l'accès à une nourriture quantitativement et qualitativement adéquate et suffisante. A ce premier besoin essentiel vient s'ajouter le droit de pouvoir se vêtir. [...] Par ailleurs, le droit au logement, plus classique, est parfois associé au droit à un abri. Le droit à la santé, enfin, met quant à lui en évidence l'accès de tous aux services médicaux légaux et à des soins suffisants (2012, p. 230).

No que se refere a separação de poderes, é mais do que legítimo, e lícito, ao Poder Judiciário impor à Administração Pública à realização de políticas públicas. Mais do que função do Judiciário, enquanto poder contramajoritária, é obrigação enquanto guardião do texto constitucional. Permanecer omissos as violações sistêmicas e estruturais de direitos fundamentais, é ser conivente com os demais poderes. Além, o Poder Judiciário não interfere diretamente, autoritariamente, mas é provocado, é convocado a tratar do assunto a fim de tutelar direitos fundamentais. Trata-se, em suma, de uma atitude prevista pelo texto constitucional, transplantada pelo neoconstitucionalismo (BARROSO, 2005).

#### 4. CONCLUSÕES

Em suma, a Constituição de 1988 apresenta, em seu texto, um resultado fantástico advindo da dialética entre as Teorias Programática e Dirigente. Como resolveu-se adotar parte de ambas as teorias, na medida em que tanto processualiza determinadas regras processuais, quanto estabelece o fim para o Estado, o texto constitucional completa a si mesmo, pois o que falta em uma teoria é completado pela outra e vice-versa. Assim, o artigo conclui evidenciando essa completude por meio de um paralelo entre as teorias.

A omissão dos poderes que resultam em violação à direitos fundamentais devem ensejar uma atitude do Poder Judiciário quando provocado. Não pode, em um Estado Democrático de Direito – neoconstitucional, com todos os mecanismos de controle e remédios fundamentais, o Judiciário ficar também omissos, não apenas por força de sua inafastabilidade, mas pelo seu dever de guardar o texto constitucional. Ainda, não cabem argumentos que afastem a obrigatoriedade de garantir direitos fundamentais, pois esses são indisponíveis, inclusive pelos próprios sujeitos de direito. Não há violação de separação de poderes, se o poder supostamente violado não cumpre suas funções típicas, estando os outros em direito, legítimo, de supri-lo, para garantir a Ordem Constitucional.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, E. M. Q. **Jurisdição Constitucional**: entre o constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Forum, 2011.

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005, p. 1-42. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 4 jun. 2019.

DEMOS, P. **Metodologia Científica em Ciências Sociais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERCOT, Céline. Le juge et le droit au minimum. **La revue des droits de l'homme**, v. 1, 2012, p. 227-244. Disponível em: <https://journals.openedition.org/revdh/136>. Acesso em: 01 maio 2019.

HESSE, K. A força normativa da constituição. In: \_\_\_\_\_. **Temas fundamentais de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARCONI, D. A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. ed. 7. São Paulo: Malheiros, 2009.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 Distrito Federal**. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2015b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 29 maio de 2019.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 592.581 Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 2015a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>. Acesso em: 19 maio 2019.