

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ¹

THE ACTIONS OF THE JUDICIARY AS A MEANS TO ENFORCE FUNDAMENTAL RIGHTS

Júlia Fortunato da Silva GUSSON ²

RESUMO

O presente artigo pretende demonstrar de que forma a atuação do Poder Judiciário mostra-se como ferramenta de concretização de direitos fundamentais e se há legitimidade para tanto. Primeiramente, foram delimitadas as diferenças essenciais entre os direitos fundamentais – objeto de estudo do trabalho – e os direitos objetivos, subjetivos e humanos. Com isso, foi possível traçar um panorama histórico sobre o advento do neoconstitucionalismo, estabelecendo sua relação com a forma de trabalho seguida pelos magistrados nos dias atuais e a promoção de direitos fundamentais através de políticas públicas. A fim de demonstrar a legitimidade – ou não – da atuação jurisdicional, foram fixadas as dissemelhanças entre a judicialização e o ativismo judicial, além da análise de algumas hipóteses de cabimento da realização do controle de constitucionalidade em políticas públicas. Finalmente, em observância ao método dedutivo, foram escolhidos dois casos práticos capazes de exemplificar os argumentos deste trabalho.

Palavras-Chave: direitos fundamentais; neoconstitucionalismo; Poder Judiciário; políticas públicas.

ABSTRACT

The present research aimed to demonstrate how the actions of the Judiciary can be seen as a tool for the realization of fundamental rights and whether there is legitimacy for this. First of all, the essential differences between fundamental rights - the object of this study - and objective, subjective and human rights were delimited. With this, it was possible to trace a historical panorama of the advent of neoconstitutionalism, establishing its relationship with the way judges currently work and the promotion of fundamental rights through public policies. In order to demonstrate the legitimacy - or

¹ O presente artigo sintetiza a monografia de conclusão da pesquisa, realizada para o Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2021-2022) da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP.

² Graduanda em Direito na Faculdade de Direito de Franca; bolsista PIBIC 2021/2022; estagiária na 1ª Vara Cível da Comarca de Lins.

not - of jurisdictional action, the dissimilarities between judicialization and judicial activism were fixed, besides the analysis of some hypotheses of suitability of the realization of the control of constitutionality in public policies. Finally, two practical cases were chosen to exemplify the arguments of this research.

Keywords: fundamental rights; neoconstitutionalism; Judiciary Power; public policies.

1 INTRODUÇÃO

É claro que o Direito, sua aplicação e a forma como se apresenta nos dias atuais não foram desde sempre os mesmos. Com o avanço da sociedade e da civilização, tem-se como consequência quase que direta a evolução da seara jurídica, para que esse possa, como ciência humana, atender aos anseios da sociedade de cada época.

O crescente protagonismo do Poder Judiciário, não somente no Brasil, tem correlação com o advento do constitucionalismo na órbita do Direito e mostrou-se como resposta às novas demandas sociais.

O constitucionalismo consiste na adoção da Constituição enquanto o diploma jurídico de maior hierarquia e relevância, isso porque nela estarão elencadas as principais diretrizes a serem seguidas pelo aparato estatal. É por este motivo que os princípios, direitos e regras que nela constam devem ser observados rigorosamente por todos os poderes por ela mesmo constituídos e, quando não o forem, os cidadãos têm a legitimidade de pleitear a concretização e a observância desses preceitos constitucionais.

Nesse contexto, a Constituição brasileira – e inúmeras outras no mundo todo – adotaram a tripartição dos Poderes como forma de organização estatal, com vistas a proteger a soberania popular e otimizar a atuação dos Poderes Públicos.

Acontece que, sob a vigência do constitucionalismo, surgiram mecanismos que podem ser acionados com o fim de garantir a supremacia constitucional. Esses mecanismos são responsáveis por executar o que é chamado de controle de constitucionalidade, podendo ser exercido de diversas formas diferentes, levando em conta o poder que pretende realizá-lo, o momento, a ferramenta e sua localidade – visto que há variações de acordo com cada Estado.

Tem o Poder Judiciário, entretanto, certo protagonismo nessa área, visto que o exerce a todo momento, na apreciação de casos concretos, desde a jurisdição de primeiro grau. E, além disso, o Supremo Tribunal Federal, sendo a instância de último grau, é o destinatário legítimo para a

propositura de ações específicas que têm como objeto principal a discussão da constitucionalidade de atos normativos, exercendo, assim, o controle abstrato. Diante disso, tem-se observado uma crescente discussão acerca da abrangência de sua atuação e de sua legitimidade para solucionar certos conflitos de determinadas formas.

Devido ao papel conferido à Suprema Corte de guardiã primeira da Constituição, é natural, então, que esta protagonize debates acerca do alcance – ou não – dos princípios constitucionais a população, e em especial, a grupos minoritários e da observância dos preceitos ordenados na Constituição que devem servir de orientação para a tomada de decisões e aplicação de políticas públicas por parte do Estado, como mencionado pela respeitável jurista Ana Paula de Barcellos quando tratando das funções do texto constitucional, sendo que “[...] é justamente estabelecer vinculações mínimas aos agentes políticos, sobretudo no que diz respeito à promoção dos direitos fundamentais”³.

Surge aí o conflito entre a tentativa de maior concretização dos direitos fundamentais por meio das decisões judiciais e a ultrapassagem dos limites de atuação de um poder constituído para o outro. Visto isso, o presente trabalho buscou esclarecer de que forma a crescente judicialização da vida cotidiana contribuiu para a busca pela efetivação dos direitos fundamentais como um todo, ressaltando o fato de que é imprescindível o respeito a alguns limites da extensão dessa apreciação.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS, NEOCONSTITUCIONALISMO E SUA RELAÇÃO COM A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Para entender a essência dos direitos fundamentais, é necessário, *a priori*, esclarecer e diferenciar os conceitos de direito objetivo e direito subjetivo. Por ser um vocábulo que repele qualquer definição exata e fechada, a palavra “direito” necessita, muitas vezes, vir acompanhada de outro termo caracterizador, capaz de assinalar o sentido que se busca transmitir em determinada situação.

A diferenciação entre o direito objetivo e o direito subjetivo, por exemplo, é responsável por garantir que haja a diferença entre aquilo que

³ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 21, 2011, p. 123-160.

é considerado elemento normativo e o que é um elemento pessoal, respectivamente. Dentre a diversidade semântica observada, essas podem ser consideradas as significações de maior preponderância, pois retratam a capacidade de regulação da vida humana através de normas elaboradas e demonstram a relação de poder de fruição entre o indivíduo e determinada garantia.

Os direitos subjetivos são objeto de estudo antigo, no entanto não há completo consenso acerca de sua definição, sendo pacificado apenas o fato de que este gênero de direitos – que abarca os direitos fundamentais – pretende indicar “algo” pertencente a alguém, revelada a sua vantagem ou “conjunto de prerrogativas, faculdades ou poderes de atuação (...) que aproveitam ao titular.”⁴

Decorrente dessa relação jurídica estabelecida a partir dos direitos subjetivos e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais, urge um poder legítimo de exigência para com o cumprimento dessas prerrogativas. Por isso sua conexão com o fenômeno tratado no presente estudo, visto que a maior procura da população pelo Poder Judiciário vem revestida de descontentamento perante a atuação – ou até mesmo omissão – dos Poderes Executivo e Legislativo, diante da parca promoção e efetivação de direitos entendidos como fundamentais.

Enquanto categoria dos direitos subjetivos, depreende-se que ao lado dos direitos fundamentais existam aqueles que não o são e seu critério diferenciador reside no grau de importância conferido a tais direitos pelo ordenamento jurídico vigente em determinada localidade.

Os direitos fundamentais são assim denominados por terem sido reconhecidos expressamente em um documento constitucional, sendo particular a cada Estado, apesar de carregarem certa relação com o conteúdo dos direitos humanos e direitos do homem. Deriva do próprio conceito a relação interdependente entre os direitos fundamentais e o neoconstitucionalismo. Isso porque este fenômeno, cujo teor principal é o melhor desenvolvimento do aparato estatal e, conseqüentemente, de seus mecanismos de poder, com o fim de garantir supremacia ao diploma constitucional, ficando os poderes por ela constituídos subordinados aos seus ordenamentos.

Em se tratando do neoconstitucionalismo, utiliza-se esta denominação em detrimento de constitucionalismo, pois, historicamente, restou evidenciado que além da adoção do modelo tripartite de separação

⁴ MARTINS NETO, João dos Passos. Direitos fundamentais: conceito, função e tipos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

de poderes, seria necessária uma delimitação material acerca dos ideais constitutivos de uma Constituição. Recorte este que seria responsável por vincular a atividade estatal, atribuindo-lhe o dever de perseguição da concretização dos preceitos daquele documento jurídico.

Ou seja, o constitucionalismo moderno não preconiza apenas a contenção e limitação do poder estatal, mas prioriza, ainda mais, a necessidade da participação ativa do Estado no sentido de atender às carências básicas da comunidade e reduzir as desigualdades sociais. Tal fato legitima os integrantes da sociedade a questionarem, em juízo, as atitudes tomadas pelos órgãos de governo e suas omissões no âmbito de promoção de políticas públicas.

Em consonância, a atuação jurisdicional passa agora a assumir um papel muito mais complexo do que a simples subsunção das leis ao caso concreto; passa a usufruir de mecanismos hermenêuticos com vistas a extrair da norma sua essência e razão de ser pensada no momento de sua elaboração.

Nesse contexto, pode ser observado aquilo que a doutrina convencionou chamar de jurisdição constitucional. Esse fenômeno busca reafirmar o Poder Judiciário enquanto participante ativo no processo político e institucional do país, assim como os Poderes Executivo e Legislativo, afastando a ideia de um órgão puramente técnico, responsável pela prolação de sentenças e solução de conflitos concretos do cotidiano. Em complemento, “é a própria reinvenção da Constituição, à medida que decifra e reprime os excessos do sistema político no código jurídico, através de sanções”.⁵

Historicamente, o caso norte-americano *William Marbury vs. James Madison* passou a ser considerado o marco da jurisdição constitucional, em razão da adoção de um raciocínio lógico-jurídico por parte dos magistrados da Suprema Corte. Neste julgamento, foram estabelecidos os principais fundamentos do modelo de controle de constitucionalidade daquele país. Sendo eles: a) a Constituição, em sua forma escrita, tem valor de lei fundamental, configurando-se assim sua supremacia; b) o juiz, a partir de sua interpretação, poderá abster-se de aplicar uma norma de natureza ordinária, quando esta se mostrar contrária aos preceitos constitucionais; e, por último, c) quando identificada a

⁵ MARTINS, Sílvio. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. *Judicare* - Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Alta Floresta. V. 05, p. 26-40, 2013.

inconstitucionalidade de uma lei, entende-se que ela assim sempre o foi cabendo ao juiz apenas declarar sua nulidade⁶.

Diante do modelo de Constituição adotado hoje no Brasil, e na maioria dos países, o qual traz em seu corpo limitações expressas às atividades exercidas pelos poderes responsáveis pela execução e elaboração das leis, a doutrina constitucional passou a entender indispensável o respaldo Judiciário para a concretização dessas normas. Nas palavras de Alexander Hamilton, “sem isso, todas as reservas que sejam feitas com respeito a determinados direitos ou privilégios serão letra morta”.⁷

3 A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA: LIMITES E LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Primeiramente, faz-se necessária a exposição do conceito do fenômeno da judicialização, para que então sejam desenvolvidas maiores análises sobre o tema. Nas palavras do ilustre jurista e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso “judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o poder Executivo [...]”⁸.

Essas chamadas “questões de larga repercussão política ou social” referem-se ao conteúdo material agora trabalhado pela Constituição, pois a partir do momento em que determinado assunto torna-se objeto da lei constitucional, os institutos da Política e do Direito se aproximam. Ainda com base nos ensinamentos de Luís Roberto Barroso: “na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial.”⁹

Sob esse contexto, não é possível que se deslegitime a atuação do Poder Judiciário em algumas hipóteses, visto que o próprio documento

⁶ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁷ HAMILTON, Alexander. O federalista. São Paulo: Abril Cultural, 1987.

⁸ Barroso, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium, Revista Do Tribunal Regional Eleitoral Do Ceará, 2009.

⁹ Barroso, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium, Revista Do Tribunal Regional Eleitoral Do Ceará, 2009.

constitucional enumerou essas possibilidades e sendo o princípio da inafastabilidade da jurisdição um princípio constitucional¹⁰, não deve o magistrado eximir-se de sua conduta diante da provocação. Tal fato não é decorrência direta e exclusiva da discricionariedade dos juízes, veja-se:

Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.¹¹

Um fator elencado como motivo impulsionador da ocorrência da judicialização é o modelo de controle de constitucionalidade adotado hoje no Brasil, pois pode ser exercido em sua modalidade concreta ou abstrata. Tal fato conferiu ao magistrado um poder não experimentado antes, possibilitando que, diante de sua própria convicção e análise, abstenha-se da aplicação de determinada lei quando entender por sua inconstitucionalidade.

Acontece que, ao dispender seção própria para tratar de preceitos constitucionais que podem apresentar dúvidas quanto ao seu conteúdo essencialmente constitucional, Carl Schmitt delimitou as competências do legislador e da justiça: “no existe Estado cívico de Derecho sin independencia del poder judicial, ni Justicia independiente sin sujeción concreta a una ley, ni sujeción concreta a la ley sin una diferenciación real entre la ley y sentencia judicial. El Estado cívico de Derecho descansa sobre la distinción real de diversos poderes.”¹²

É certo e indubitável que, como preleciona Schmitt, deve haver um limite diferenciador entre a atividade jurisdicional, enquanto promotora da justiça, sua competência e limite, e a legislação regente. As sentenças

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Art. 5º, XXXV.

¹¹ Barroso, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium, Revista Do Tribunal Regional Eleitoral Do Ceará, 2009.

¹² Não há Estado civil de direito sem independência do judiciário, nem justiça independente sem sujeição específica a uma lei, nem sujeição concreta à lei sem uma real diferenciação entre a lei e a sentença judicial. O Estado de direito cívico assenta na distinção real dos vários poderes. SCHMITT, Carl. La defensa de la constitución: Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución. Editorial Tecnos S.A. España: Madrid. 1983.

judiciais devem refletir a essência do ordenamento jurídico e não se encarregar de novas elaborações.

Momento oportuno agora para a diferenciação necessária entre a judicialização e o ativismo judicial, a fim de que se possa compreender em que momentos as decisões judiciais se mostram produto natural do movimento garantista da supremacia constitucional e, a partir de que ponto, tornam-se a escolha de um modo específico de agir, dotado da proatividade dos magistrados.

Para isso, veja-se algumas situações em que podem ser observadas condutas ativistas por parte dos juízes:

a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.¹³

Perceba que o ativismo judicial acaba por interferir ativa e quase que diretamente nos limites de atuação dos outros poderes constituídos, realizando uma interpretação demasiadamente extensiva dos mandamentos constitucionais, sobrepondo-se à algumas condutas do Legislativo e, muitas vezes, interferindo na tomada de decisões e no curso da promoção e realização de políticas públicas.

Na judicialização, há apenas um deslocamento do debate de questões que anteriormente eram objetos de discussão apenas dos outros órgãos de poder, reconhecendo também, ao Judiciário, o seu papel político perante a sociedade. Reforçando: a constitucionalização de determinados direitos possibilitou ao cidadão que reclamasse, agora em juízo, pelo cumprimento de seus direitos elevados a natureza fundamental.

A partir do exposto até o momento, ficou claro que o estado brasileiro, com a adoção de uma Constituição, enquanto documento hierarquicamente superior, busca condicionar o desenvolvimento do ordenamento jurídico como um todo – objetivando uma harmonia e correspondência de princípios – e, ainda, nortear os programas de governo,

¹³ Barroso, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium*, Revista Do Tribunal Regional Eleitoral Do Ceará, 2009.

que devem sempre pautar seus projetos pelos preceitos fundamentais. Tais projetos são os responsáveis por estimar como deverão ser elaboradas e implementadas as políticas públicas.

Entende-se por políticas públicas a “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”¹⁴. Abrangem inúmeras e distintas atividades, apresentando um conceito bastante abrangente, e estão diretamente ligadas à capacidade administrativa do Poder Público de promover atividade habilitadas a atender as necessidades da coletividade, mas também observando suas particularidades, através da mais eficaz distribuição dos recursos.

Diante disso, fica demonstrado que se trata de um instituto de promoção e concretização interdependente, no que se refere aos seus agentes, sendo necessária uma atuação harmônica do aparato estatal para um bom desenvolvimento. Depreende-se daí, que a concretização dos chamados direitos fundamentais, aqueles positivados na Constituição, depende da implementação das políticas públicas.

Em se tratando da necessidade de uma atuação harmônica e conjunta do Poder Público, evidencia-se a legitimidade do papel do Poder Judiciário no cumprimento de sua função, qual seja a de fiscalizar e garantir a supremacia constitucional.

Surge aqui a delimitação da atuação jurisdicional quando se trata do controle de constitucionalidade. Esta pode variar em razão de seu objeto e da modalidade de controle, segundo a eminente jurista Ana Paula de Barcellos.

Os objetos podem ser: (i) a fixação de metas e prioridades; (ii) o resultado final esperado; (iii) a quantidade de recursos a ser investida; (iv) o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público; e (v) a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos.¹⁵

Os dois primeiros objetos podem ser analisados conjuntamente. As políticas públicas não são autossuficientes, ou seja, dependem de prévio estudo e elaboração a fim de que sejam concretizadas perante a sociedade. Pela necessidade inescusável, já que configura preceito fundamental da Constituição da República, dependem da fixação de metas e prioridades, diante da finitude dos recursos disponíveis, como já dito. O segundo objeto

¹⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo, Revista Trimestral de Direito Público 13:135/6, 1996.

¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 21, p. 123-160, 2011.

elencado pela jurista e o conseqüente controle jurídico incidente somente surgirão na omissão da tarefa estipulada pelo primeiro objeto ou não tendo sido este alcançado.

Surge como obstáculo a dificuldade em se delimitar aquilo que seria legitimamente apreciável pelo magistrado e exigível o seu provimento. Ainda nas palavras de Ana Paula de Barcellos: “para levar-se a efeito tais controles, será preciso definir qual é o resultado esperado e necessário das políticas públicas relativamente aos diferentes direitos fundamentais.”¹⁶ Continuando: “o tema envolve a extensão ou a abrangência daquilo que se vai definir como resultado final esperado, já que, para além de determinados limites, essa possibilidade de controle poderá ser um alvo justo das críticas [...]”.¹⁷

Pode ser objeto de controle também a quantidade de recursos destinada à implantação dos diversos direitos fundamentais, isso porque há na Constituição menção à percentuais mínimos que devem ser respeitados no momento da distribuição dos recursos. Diante da omissão, no entanto, é possível que se faça uma ponderação no momento da fixação de percentuais de outros direitos, visto que deve ser levado em conta o grau de prioridade existente entre eles. Nesses casos em que não há delimitação expressa no texto constitucional acerca dos percentuais, caberá ao magistrado fornecer as justificativas para a adoção de tal entendimento.¹⁸

O quarto objeto de controle levantado pela ilustre jurista decorre do dever da publicidade dos atos que concernem a atividades públicas. Será observado, portanto, quando da obscuridade das informações pertinentes à fixação das metas fixadas pelo Poder Público. Veja-se que, novamente, há uma razão de ser deste controle: o dever de publicidade cria o direito à informação para a sociedade; sendo um direito, é passível de apreciação Judiciária. “O controle que se pretende aqui é instrumental e, a rigor, seu objetivo central é obter informação e divulgá-la, de modo a fomentar o debate público e o controle social do tema”.¹⁹

¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 21, p. 123-160, 2011.

¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 21, p. 123-160, 2011.

¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 21, p. 123-160, 2011.

¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 21, p. 123-160, 2011.

O quinto objeto, e não necessariamente o último deles, trata do controle da eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos. A Constituição, ao enunciar os direitos fundamentais e percentuais mínimos a serem investidos em alguns deles, busca não somente vincular os atos do Poder Público, mas também estipular que sejam mecanismos eficientes no alcance desses objetivos.

Tratar-se-á agora da segunda variável existente no momento da realização do controle jurisdicional, qual seja a modalidade utilizada para isso. Divide-se em individual, coletivo e abstrato.

É óbvio e já esperado que as decisões proferidas em ações coletivas ou decorrentes do controle abstrato de constitucionalidade produzam efeitos mais significativos e abrangentes perante a sociedade e o Poder Público em si, diferentemente do efeito restrito que produz uma decisão proferida a um caso individual, atingindo mais especificamente os indivíduos envolvidos naquela situação.

A autora estudada no presente capítulo sustenta que podem ser observadas maiores vantagens quando da ocorrência do controle coletivo ou abstrato, sendo um de seus principais fundamentos o fato de apresentar argumentos capazes de refutar as críticas atribuídas ao perfil de atuação do Judiciário e justificar tais atitudes. Além disso, a adoção dessas modalidades de controle em detrimento da modalidade individual pode afastar a propositura de inúmeras ações particulares que pleiteiem o mesmo ideal.²⁰

A partir de todo o exposto, pôde-se observar que a atuação do Poder Judiciário é legitimada pelo modelo de Constituição adotado hoje no Brasil e, ainda, serve como mecanismo de exercício da cidadania. O desejo pela concretização dos direitos fundamentais, os quais dependem diretamente do desenvolvimento das políticas públicas, deve ser apreciado pelo Poder Público, já que não são meros complementos, mas integram, em sua maioria, um rol de condições básicas para a condição humana.

4 SITUAÇÕES FÁTICAS DO PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 21, p. 123-160, 2011.

Por ser um fenômeno atual e crescente, a judicialização pôde ser observada em diversos contextos e ações no âmbito da tutela jurisdicional e envolvendo os mais diversos direitos, sejam eles a saúde, a liberdade de expressão, a educação, direitos concernentes à identidade de gênero e seus desdobramentos, direitos políticos e trabalhistas, dentre outros.

Com vistas a demonstrar, praticamente, a ocorrência desse fenômeno, serão analisadas duas decisões que pretendiam atender a pedidos que buscavam possibilitar a fruição dos direitos fundamentais por determinados indivíduos ou grupo de pessoas.

Em primeira análise, tem-se a discussão acerca da possibilidade do cultivo artesanal de *Cannabis sativa* para fins medicinais. O tema chegou ao Superior Tribunal de Justiça questionando o acórdão proferido pela Décima Quinta Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual não admitiu a expedição de salvo-conduto impedindo a realização de prisão ou persecução criminal por parte das autoridades policiais em decorrência da necessidade de produção artesanal da *Cannabis sativa*.

No âmbito do Direito Penal já é consolidada a proibição do cultivo da maconha com fins unicamente recreativos, podendo aquele que assim proceder adequar-se ao tipo penal, quais sejam os artigos 33 a 39 da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006)²¹. Surge aqui um conflito de interesses dentro do próprio ordenamento jurídico, isso porque a mencionada lei tem como bem jurídico tutelado a saúde pública, que por ventura é o mesmo bem jurídico pleiteado quando vislumbrada a necessidade do consumo de substâncias derivadas da planta *cannabis sativa*. Acontece que, além de já ser reconhecida a possibilidade e a necessidade do plantio da referida planta no tratamento medicinal de determinadas enfermidades em âmbito internacional, o ilustre ministro Rogerio Schietti defendeu que a permissão para o cultivo seria uma forma de promover o direito fundamental em questão, sendo de forma alguma um ato atentatório a este bem jurídico.

Por se tratar de questão de saúde pública, sendo este um direito fundamental indisponível e essencial, cabe ao Poder Público promover e consolidar políticas públicas capazes de atender às necessidades dos cidadãos que dependem das substâncias à base de canabidiol.

O presente conflito justifica-se pela ausência de regulamentação legislativa acerca do tema, podendo levar à incriminação de uma conduta que deve ser analisada a partir de sua motivação. É válido ainda ressaltar que o plantio da *cannabis sativa* é responsável por evitar a discriminação

²¹ BRASIL. Lei nº 11.343: Lei de Drogas. Brasília, DF: Senado. 2006.

daqueles que não têm recursos financeiros suficientes para proceder à importação dos medicamentos.

Em segunda análise, foi escolhida a decisão que tratou sobre o reconhecimento da possibilidade da alteração do prenome e do sexo no registro civil. O tema foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade no ano de 2018.

Através de uma das modalidades de controle da constitucionalidade, a corte transpareceu em sua decisão a necessidade da observância do direito ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal, à honra e à dignidade. Vê-se que são todos direitos fundamentais, visto que são expressamente protegidos pelo texto constitucional.

A ADI n° 4275 reconheceu às pessoas transgêneros a possibilidade da substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil, independentemente da realização da cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, utilizando, para isso, o método hermenêutico da interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica do artigo 58 da Lei n° 6.015/73, a qual trata dos registros públicos. Veja-se a redação do referido artigo: “o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.”²²

O nome e a identificação individual são elementos essenciais para a autodeterminação do indivíduo e contribuem inegavelmente para o gozo da dignidade humana. Tal fato motivou o entendimento emanado pelo Supremo Tribunal Federal ao entender a necessidade de uma interpretação extensiva da norma, a qual, originária e explicitamente, não tutelou interesses de um grupo social específico, qual seja o das pessoas trans.

No julgamento da ação, todos os ministros entenderam pela necessidade do reconhecimento do direito à alteração do sexo e prenome no registro civil, surgindo discordâncias apenas quanto à prescindibilidade ou não da autorização judicial para efetivação de tal mudança. A maioria dos ministros defendeu a tese de que prescinde de autorização judicial (entendimento que fora fixado no julgamento), sendo eles: Edson Facchin, Luís Roberto Barroso, Carmen Lúcia, Rosa Weber, Celso de Mello e Luiz Fux. Seguindo o entendimento de que seria necessária a apreciação pelo Poder Judiciário apresentaram-se os ministros Marco Aurélio, o então relator, Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, cada um com suas particularidades.

²² BRASIL. Lei n° 6.015: Lei dos Registro Públicos. Brasília, DF: Senado. 1973.

O levantamento de temas como o discutido na ADI 4275 e, principalmente, seu alcance até as instâncias superiores de julgamento, externaliza aquilo que a jurisdição constitucional significa em si. Diante de uma Constituição analítica, que vincula a atividade do aparato estatal, objetivando a garantia dos direitos fundamentais de toda uma população, é completamente compreensível, para não se dizer esperado, que o Judiciário seja provocado a manifestar-se sobre temas que envolvam direitos de parcela da população que são ainda mais marginalizadas em decorrência da ineficiência de políticas públicas.

Os direitos de pessoas transgêneros não são necessidades recentes, mas tornaram-se objeto de discussão pública mais recentemente, o que justifica uma certa omissão legislativa que trate o tema com a devida atenção. É claro que a Constituição brasileira, sabendo-se de todo o seu objetivo, não exclui de seu leque a proteção a esse grupo minoritário e nem a qualquer outro, entretanto também não a explicita. Por isso, ao se deparar com situações como a tratada na ADI 4275, os magistrados muitas vezes justificam seus votos com base nos ideais norteadores do documento constitucional e naquilo que a norma pretende, essencialmente, proteger.

A procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275 mostra-se como resposta à omissão do aparato estatal como um todo no que diz respeito à equivalência das necessidades insurgentes e a letra da lei.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou demonstrar como e em que medida a atuação do Poder Judiciário tem se mostrado essencial no contexto de efetivação dos direitos fundamentais, respeitados os limites necessários e impostos pelo modelo constitucional adotado. Para isso, inicialmente fez-se um estudo teórico-conceitual acerca desses direitos. A partir disso, foi possível entender a natureza dos direitos fundamentais, que são categoria especial dos direitos subjetivos – direitos atribuíveis a um indivíduo ou grupo deles – e são assim denominados por terem sido positivados no documento constitucional.

Com a vigência do neoconstitucionalismo, o ordenamento jurídico reconheceu valor supremo à Constituição da República de 1988. Com isso, os ideais ali elencados vinculam completamente as atividades do Poder Público, que devem ser pautadas pela perseguição dos valores

enxergados como indispensáveis à promoção da dignidade da pessoa humana – princípio norteador de toda a Constituição.

Em consonância, a prática da jurisdição constitucional é aliada quando se trata da proteção da supremacia constitucional e respeito máximo aos seus valores. Esse mecanismo possibilita que sejam coibidos possíveis excessos por parte dos outros dois poderes constituídos – Executivo e Legislativo – e confere ao Poder Judiciário um status enquanto instância política e não puramente técnica, capaz de integrar o sistema de desenvolvimento do Estado.

Partindo dessa premissa, viu-se que a judicialização externaliza a função jurídico-política dos órgãos responsáveis pela aplicação das leis e conhecimento dos conflitos de interesses. Nesse fenômeno, o Poder Judiciário apresenta legitimidade e muitas vezes preferência popular para a apreciação de questões de relevante repercussão social e política, em detrimento das outras esferas de poder, que costumeiramente tratavam dessas pautas.

Ficou demonstrada, portanto, a correlação dos institutos da judicialização e o do neoconstitucionalismo, fato que corrobora a ideia de que a atuação do Poder Judiciário e seu protagonismo são teórica e historicamente justificados, ressalvadas as hipóteses em que se vislumbra uma conduta realmente ativista por parte dos magistrados.

Nesse contexto, de inquestionável valia mostrou-se o trabalho da ilustre jurista Ana Paula de Barcellos ao servir de substrato para a demonstração das hipóteses em que pode ser observada a atuação do Poder Judiciário com vistas a garantia dos direitos fundamentais, efetivação de políticas públicas e a respectiva fiscalização como forma de exercício da cidadania, não obstante tratar-se de um direito conferido na própria Constituição. Além de expor os objetos materiais passíveis de questionamento e discussão, o trabalho da referida estudiosa não deixou de apresentar os contextos processuais legítimos a conhecer de cada objeto em específico.

Por fim, respeitando o método dedutivo de pesquisa, foram levantados dois casos práticos capazes de refletir os elementos essenciais do neoconstitucionalismo e a judicialização. O primeiro deles foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, trata-se de um recurso em *habeas corpus* que pretendia impossibilitar a persecução criminal ou eventual prisão de indivíduo que pleiteava pelo plantio da *Cannabis sativa*, planta dotada de elementos psicoativos utilizados no tratamento de enfermidades como ansiedade generalizada, depressão e fobia social.

O reconhecimento da possibilidade do cultivo artesanal da maconha para fins medicinais pelo STJ garante a democratização do acesso e garantia de um direito fundamental de inquestionável importância, a saúde. Ademais, afasta qualquer tentativa de adequação típica entre tal conduta e o texto da Lei de Drogas.

O segundo caso levantado fora uma Ação Direta de Inconstitucionalidade processada no Supremo Tribunal Federal, a qual tinha como objeto a possibilidade da alteração do prenome e/ou sexo no registro civil, sem a necessidade de cirurgia de transgenitalização ou realização de tratamentos hormonais ou patologizantes. A tese fixada reconheceu tal possibilidade, dispensando a autorização judicial para o exercício desse direito fundamental.

Diante disso, o estudo desenvolveu uma linha argumentativa com vistas a demonstrar de que forma a atuação do Poder Judiciário transformou-se, com o tempo, numa ferramenta de concretização dos direitos fundamentais. Ressalta-se, ainda, que diante da complexidade do tema e de toda sua interdisciplinariedade, em momento algum houve a pretensão infundada do esgotamento do tema. O presente trabalho compõe parcela mínima de estudos já desenvolvidos que tratam do tema, mas também serve de gatilho para novos questionamentos, sob novas perspectivas.

6 REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais**: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 21, p. 123-160, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium, Revista Do Tribunal Regional Eleitoral Do Ceará, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova jurisdição Constitucional Brasileira**: Legitimidade Democrática E Instrumentos De realização. 4 ed ed., Renovar, 2014.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília,

BRASIL. **Lei n° 11.343**: Lei de Drogas. Brasília, DF: Senado. 2006.

BRASIL. **Lei n° 6.015**: Lei dos Registro Públicos. Brasília, DF: Senado. 1973.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em habeas corpus n° 147169/SP**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade**. Direito constitucional e registral. Pessoa transgênero. Alteração do prenome e do sexo no registro civil. Possibilidade. Direito ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal, à honra e à dignidade. Inexigibilidade de cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes. (STF - adi: 4275 DF - distrito federal xxxxx-88.2009.1.00.0000, relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 01/03/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-045 07-03-2019)

BUCCI, Maria Paula Dallari. **As políticas públicas e o direito administrativo**, Revista Trimestral de Direito Público 13:135/6, 1996.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HAMILTON, Alexander. **O federalista**. São Paulo: Abril Cultural, 1987

LEAL, Manuela Macedo; ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do. **Ação direta de inconstitucionalidade 4275**: Uma análise sob a ótica do ativismo judicial e das questões de gênero. Revista de Direito Brasileira. Florianópolis, SC. V. 26. N. 10. P. 25-45. Mai/ago 2020.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, Sílvio. **Jurisdição constitucional**. Judicare - Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Alta Floresta. V. 05, p. 26-40, 2013.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la constitución**: Estudio acerca de las diversas espécies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución. Editorial Tecnos S.A. España: Madrid. 1983.

