

O NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR: POLÍTICAS PÚBLICAS E JUDICIÁRIO

THE NEW CONSTITUTIONAL LAW OF CONSUMER PROTECTION: PUBLIC POLICIES AND JUDICIARY

Alexandre Coutinho Pagliarini*

Maria Fernanda Augustinhak Schumacker Haering Teixeira**

*Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor Titular dos Cursos de Mestrado e Graduação em Direito da UNINTER (Curitiba-PR). Diretor de Relações Internacionais do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC).

E-mail:
alexandrepagliarini@terra.com.br

Curriculum Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/1618544193350080>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5257-2359>

**Mestranda em Direito na área de Poder, Estado e Jurisdição pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER) com bolsa integral concedida pelo Programa de Pós-Graduação (PPGD), sob a orientação do Prof. Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini. Pós-Graduada em Direito Previdenciário e Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Advogada.

E-mail: mfschumacker@gmail.com

Curriculum Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/3410375654168739>

ORCID:
<https://orcid.org/0000-0001-9882-6203>

Como citar: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; TEIXEIRA, Maria Fernanda Augustinhak Schumacker Haering. O novo Direito Constitucional de proteção ao consumidor: políticas públicas e judiciário. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC*, Londrina, v. 5, n. 2, e010, ago/dez, 2020. ISSN: 2596-0075. DOI: 10.48159/revistadoidcc.v5n2.pagliarini.teixeira

Resumo: O artigo tem por objetivo geral a análise do novo Direito Constitucional e a atuação do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas destinadas à proteção do consumidor. O texto discorre, previamente, sobre os aspectos gerais do novo Direito Constitucional, também denominado neoconstitucionalismo, e sua perspectiva no auxílio do desenvolvimento do sistema normativo para então versar, na sequência, sobre a consolidação constitucional e a judicialização da política no tocante à normatividade estatal e o posicionamento do Poder Judiciário frente ao resguardo da proteção do consumidor como um direito fundamental. Ao final, é possível verificar que a atuação jurisdicional para a efetivação de políticas públicas voltada à proteção do consumidor deve ocorrer sempre que houver violação à norma, a fim de que os consumidores possam ser socorridos pelo Poder Judiciário para o resguardo dos seus direitos e não fiquem marginalizados. Trata-se este estudo de análise empírico-teórica, com a utilização de metodologia qualitativa.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Direito Fundamental; Proteção do consumidor; Políticas Públicas.

Abstract: The article has as its general objective the analysis of the new Constitutional Law and the performance of the Judiciary in matters of public policies aimed at consumer protection. The text discusses, previously, the general aspects of the new Constitutional Law, also called neoconstitucionalism, and its perspective in helping the development of the normative system to then deal, subsequently, with the constitutional consolidation and the judicialization of the policy regarding the state normativity and the Judiciary's position on protecting consumer protection as a fundamental right. In the end, it is possible to verify that the judicial action for the implementation of public policies aimed at consumer protection must

occur whenever there is a violation of the rule, so that consumers can be helped by the Judiciary to protect their rights and not marginalized. This is a study of empirical-theoretical analysis, using qualitative methodology.

Keywords: Constitutional Law; Fundamental Right; Protection of consumer; Public policies.

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição de 1988, demarcou-se a ascensão dos direitos fundamentais, principalmente no que tange a igualdade, a dignidade da pessoa humana e a inclusão da defesa do consumidor como um direito fundamental, inaugurando-se o denominado Estado Democrático de Direito. Por isso, surge a necessidade de se estudar as mudanças nos métodos interpretativos e na aplicação do Direito, rediscutindo o papel do Poder Judiciário atualmente.

A corrente neoconstitucionalista será exposta como um método que trabalha com a efetividade constitucional. Demonstrar-se-á as funções dos princípios e das regras, com embasamento na força normativa estatal e no afinco do Poder Judiciário ao constatar a pluralidade de ofícios assumidos quando apurada a inércia dos demais Entes estatais, pois a legalidade estrita abre caminho à interpretação moral do Direito.

O anseio por justiça toma cada vez mais os sujeitos de direitos, requerendo o exercício de sua cidadania e seu reconhecimento no círculo social, exercendo sua legitimidade ativa para demandar. Por conseguinte, as demandas suscitando a efetivação das políticas públicas, em especial no tocante à defesa do consumidor, por meio de decisões judiciais mostram-se cada vez mais expressivas, caracterizando o fenômeno da judicialização da política.

Sendo assim, será explanado o campo de atuação do Poder Judiciário, quanto a sua legitimidade em proceder, por meio do exercício jurisdicional, as lacunas deixadas pelo Poder Legislativo e Executivo, ajustando os recursos disponíveis e reservados para o manuseio das políticas públicas, a fim de proteger os direitos do consumidor.

1. ASPECTOS GERAIS DO NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL

A expressão “neoconstitucionalismo” foi criada com o objetivo de representar uma corrente “antipositivista”, pois introduziu um modelo jurídico valorativo, rompendo com os paradigmas tradicionais de sistema descritivo/organizacional do poder. Neste sentido, o direito só passa a ser justo, se válido, e só será válido, se for moralmente correto (DUARTE; POZZOLO, 2010:78). Este modelo neoconstitucional surgiu da necessidade de se admitir um modelo prescritivo da Constituição como norma.

Baseado em um sistema composto também por princípios, o neoconstitucionalismo buscou a consolidação da jurisdição constitucional através da interpretação moral, com o objetivo de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais (DUARTE; POZZOLO, 2010:78).

Ele foi adotado por Constituições extensas, as quais passaram a contemplar a estruturação dos poderes e apresentar um extenso rol protetivo atinente aos direitos fundamentais. A preferência pela adoção deste modelo decorreu da consagração dos postulados fundamentais como representação de um sistema justo e legal (BARROSO, 2015:23-50).

Para que haja uma melhor compreensão acerca do sistema jurídico, imperioso se faz a diferenciação entre regras e princípios. As regras são compreendidas por disposições descritivas que regulam o modo de agir do indivíduo, separando o que deve e o que não deve ser feito e estabelecendo um julgamento concreto e preciso ao caso. Já os princípios são compostos por critérios avaliativos, os quais estabelecem os efeitos de determinada conduta no mundo dos fatos, em conformidade com o bem jurídico tutelado (CAMBI, 2011:91).

Os princípios também são considerados como “mandamentos de otimização”, pois não é possível promover a sua integralidade, haja vista que se consagram de diversos modos e variam de acordo com a realidade adotada em cada caso. Neste mesmo sentido, diferentemente das regras, os princípios também não abrangem expressamente prescrições comportamentais, pois eles possuem a função de estabelecer fins relevantes ao caso concreto, os quais serão analisados na medida de seus conteúdos através da ponderação e do balanceamento (DIDIER; OLIVEIRA, 2019:143-160). Após a verificação da necessidade de proteção de outros bens jurídicos, será atribuído a cada princípio um determinado peso, a fim de se chegar a uma decisão equilibrada e razoável (CAMBI, 2011:92).

A principal diferença entre regras e princípios consiste no fato de que as primeiras são aplicadas por subsunção, ao passo que os segundos são aplicados por ponderação. As Constituições mais modernas, à exemplo do Brasil, contém em seu texto princípios e valores, sendo possível concluir que a vontade do legislador constituinte é a de atribuir à realidade uma carga valorativa própria. Não obstante, para que isso seja possível, ainda que exista a aplicação das regras, é necessário que haja a incidência direta dos princípios sobre os eventos diários dos indivíduos (DANTAS, 2005:66).

Neste sentido, o neoconstitucionalismo possibilitou alcançar a ruptura entre a discricionariedade do magistrado no momento em que o juízo de legitimidade se perfez em uma norma de valor, positivada e reconhecida constitucionalmente, impondo a atividade interpretativa do jurista aos ditames axiológicos desígnios de conhecimento (DUARTE; POZZOLO, 2010:83).

Igualmente, é possível verificar que os fatores determinantes para a ruptura do formalismo jurídico são o modo de concepção da Constituição e sua respectiva função dentro

do ordenamento jurídico, haja vista que o Estado Constitucional não se identifica com o método de adequação do fato à norma, todavia prevê que o direito pode ser provido de qualquer conteúdo, alheio à mera conjunção legal. O texto constitucional da atualidade implica na adequação do sistema jurídico aos princípios da justiça nele expressos, motivo pelo qual o direito não se esgota na lei.

A perspectiva neoconstitucionalista tem como objetivo auxiliar no desenvolvimento do bem comum, sem o uso da força, por tratar-se de um sistema normativo. Assim, foi atribuída à Constituição a missão de modular as relações sociais através da concretização dos princípios ali expressos. A Carta deixa de ser vista como um limite de atuação política para ser vista como um norteador das ações do legislador, incompatível com a preservação da estrita legalidade e em conformidade com a modulação social virtuosa, atrelada a valores morais, éticos e afins (DUARTE; POZZOLO, 2010:91).

Os princípios, em um sistema normativo, constituem elementos intrínsecos ao ordenamento jurídico e são determinados pelos próprios valores constitucionalizados. Anteriormente não possuíam força vinculante, mas agora representam diretrizes a serem seguidas por todos os Poderes (DUARTE; POZZOLO, 2010:93). As Constituições contemporâneas são pautadas no princípio da maioria, pois ditam valores e parâmetros políticos fundamentais que devem ser respeitados frente às minorias. Deste modo, é estabelecida a vinculação dos Poderes, dirimindo seu poder discricionário de atuação, com o objetivo de assegurar o direito de todos os indivíduos (CAMBI, 2011:37).

Neste mesmo sentido, é possível verificar que a dignidade da pessoa humana representa o “núcleo axiológico da tutela jurisdicional” das Constituições contemporâneas, pois protegem os indivíduos de modo singular para com os demais sujeitos inseridos na sociedade. Com o objetivo de se extrair a máxima efetividade do texto constitucional, este vem carregado de novas exigências, representando que os indivíduos deixaram de ser meros subordinados do poder, pois os valores constitucionais passaram a abranger toda e qualquer relação jurídica, pública ou privada, quando constatado que uma das partes teve seu direito violado ou está sob ameaça de lesão (CAMBI, 2011:38).

A Constituição brasileira de 1988 reconheceu a figura do consumidor como um novo sujeito de direitos e lhe assegurou a proteção constitucional em seu artigo 5º, XXXII (BRASIL, 1988), bem como determinou no artigo 48 (BRASIL, 1988), do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o mandamento de criação do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. De tal modo, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) foi instituído através da

Lei n. 8.078 de 1990 (BRASIL, 1990), representando, assim, o conjunto de normas e princípios especiais, cujo objetivo consiste na promoção da defesa dos consumidores (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013:33).

Deste modo, o neoconstitucionalismo representa um sistema que abrange a pluralidade de culturas e ações dos seres humanos e suscita por um direito concebido de modo aberto, variável e móvel.

2. CONSOLIDAÇÃO CONSTITUCIONAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O instituto da judicialização da política possui origem norte-americana e se expandiu aos demais países através da política *The Global Expansion Judicial Power* (CAVALCANTE; ROCHA JR, 2017:4-32). No Brasil, as questões relacionadas ao protagonismo judicial ganharam destaque a partir da Constituição Federal de 1988, a qual prevê em seu artigo 5º, XXXV (BRASIL, 1988) que toda lesão ou ameaça de lesão a direitos pode ser direcionada ao Poder Judiciário (NASCIMENTO; PEREIRA, 2016:565-585). Por isso, o objetivo deste tópico é aclarar o alcance da supramencionada previsão constitucional, uma vez que se refere à tutela dos direitos fundamentais, dentre os quais se encaixa a proteção dos consumidores.

A Constituição resguarda os direitos, e em sua maioria, tais preceitos são frutos de conjunções políticas. Sendo assim, o direito constitucional foi judicializado a partir da ideia de que a política, meio representativo dos conflitos sociais e direitos fundamentais, ao decorrer da história negados, foram transferidos para a esfera do direito público.

A promoção da proteção do consumidor representa uma prestação protetiva e positiva do Estado, através dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013:33). Logo, é possível dizer que há uma relação de complementariedade entre o direito e a política. Deve-se observar que o direito constitucional situa o poder político e vice-versa. A organização do poder político é uma exigência do Estado de Direito constitucional, o qual obriga à legitimação de seu poder (CAMBI, 2011:211).

O controle jurídico da legitimidade do poder político ocorre através da jurisdição constitucional, pois nenhum dos Poderes está locado acima do texto constitucional. Quaisquer desvios ou práticas abusivas por uma das instâncias pode ser limitada pelo órgão jurisdicional competente. Não há, portanto, nenhum óbice quanto ao acesso à justiça, uma vez que se

possibilita respaldo ao interesse jurídico, embasando-se nos ditames fundamentais (CAMBI, 2011:212).

Deste modo, o Poder Judiciário não pode se valer do argumento de que quando se trata de questões políticas, sejam emanadas pelo Legislativo ou pelo Executivo, não há a sua intervenção, em atenção a teoria da autolimitação dos poderes, ou até mesmo por se referir ao juízo de conveniência e oportunidade. A função do magistrado constitucional é de fiscalização, seja do legislador ordinário ou do administrador público, quando houver ofensa constitucional, independentemente de ser ato legislativo, executivo ou administrativo (CAMBI, 2011:212).

O legislador ordinário pode ser advertido pelo juiz constitucional “na medida de sua vinculação à Constituição”, independente do mérito da causa ser legislativa ou administrativa. Se verificado que o legislador ou o administrador feriu preceito constitucional, não resta nenhuma dúvida quanto a inconstitucionalidade a ser declarada pelo magistrado, não havendo relação por se tratar de “decisões políticas envolvidas” (CAMBI, 2011:213).

No tocante aos direitos fundamentais, assinala-se que no sistema brasileiro há uma conjugação operacional muito complexa, envolvendo diversas vias de ação, muitas vezes sobrepondo competências, com o intuito de propiciar efetividade ao texto constitucional em relação ao resguardo da dignidade da pessoa humana (VALLE, 2009:36). Pode-se afirmar que a inclusão da defesa do consumidor como um direito fundamental na Carta brasileira significa, também, “uma garantia constitucional desse ramo do direito privado, um direito objetivo (na lei, no sistema posto de direito) de defesa do consumidor” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013:35), também denominada de “força normativa” constitucional.

A partir de uma visão neoconstitucionalista, não há mais como se falar na necessidade de normas programáticas, inerentes aos direitos prestacionais. Pelo contrário, estão instituídos no ordenamento jurídico como princípios, exigindo a observância pelo legislador e pelo administrador, caracterizando o modelo prescritivo da Constituição. Sendo assim, todo e qualquer direito fundamental é posicionado juridicamente assumindo extensão positiva e de defesa. Por isso, ultrapassada a ideia de que não haveria legitimidade por parte do Poder Judiciário em atender as demandas que impliquem determinação e execução compulsória, que, via de regra, pertenceriam aos Poderes Públicos (ROSSI, 2008:18).

Portanto, a visão neoconstitucional conduz a percepção da centralidade assumida pelos direitos fundamentais no texto constitucional, exigindo assim uma interpretação a eles diferenciada, por conseguinte, “noções como a de eficácia privada ou horizontal destes direitos, a proibição do retrocesso social, a maximização ou efetividade, a restringibilidade excepcional

e a projeção positiva”, são definições que devem ser cumpridas quanto à interpretação e aplicação dos direitos acima mencionados (ROSSI, 2008:18).

A indeterminação dos postulados fundamentais estaria ligada e limitada ao âmbito político, além de que, a tomada do Poder Judiciário pela concretização de tais direitos entraria na seara orçamentária estatal. Referido deslocamento de competências e projetos ocasionaria a colisão de normas constitucionais, que poderia se dar de forma grandiosa, opondo de um lado o resguardo de direitos, e de outro, ficando à mercê da ofensa aos princípios da separação dos poderes, bem como do princípio democrático (SILVA; BAHIA, 2018:163-190).

Diante da problemática, para que fosse possível a concretização dos direitos fundamentais pela via judicial, ocorreu o afastamento por parte do Poder Judiciário do princípio da separação dos poderes, uma vez que ficara entendido a desconsideração por parte do Poder Legislativo e do Poder Executivo como entes primordiais na implementação de políticas públicas (GUEDES, 2009:786).

Para esclarecer as discussões acerca da judicialização, trabalhou-se com a visão procedimentalista e com a visão substancialista. A visão procedimentalista afirma que um Estado atulhado de novas incumbências sensibilizaria o sentido impositivo das leis e fragilizaria a democracia participativa, uma vez que o sujeito de direitos se tornaria mero cliente do Poder Judiciário, sendo desnecessária a sua participação no processo democrático, pois o juiz passa a lhe assegurar aquilo que venha precisar (ANDRADE, 2009:149).

Em contrapartida, a visão substancialista afirma que a democracia participativa não seria sensibilizada, ao contrário, seria efetivada, pois abre-se espaço para que o cidadão possa discutir as ações governamentais que tutelam os seus próprios direitos (VILLALOBOS, 2019:221-241). Por isso, a atuação do Judiciário frente às políticas públicas estaria legitimada, zelando pelo exercício da cidadania e do reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos inserido no âmbito social (ANDRADE, 2009:149).

A crítica da doutrina ao procedimentalismo baseia-se no fato de que esta teoria é pautada em uma democracia idealizada, que não é capaz de fornecer elementos materiais para que os direitos individuais sejam exercidos por todos os indivíduos. Já a corrente substancialista interpreta a vontade do todo, além de dizer os valores implícitos na legislação. Portanto, ainda que contra a vontade de aleatórias maiorias, a jurisdição deve respaldar as políticas não cumpridas, com base na “força normativa aos princípios e regras constitucionais” (CAMBI, 2011:288-289).

À princípio, decorrente de sua localização, os deveres prestacionais e protetivos do Estado estão vinculados e consagrados pelo princípio da supremacia da Constituição, não apenas pelo legislador que os introduzam no sistema, como também Poder Executivo e Judiciário quando, exercendo suas respectivas funções, produzam atos administrativos e jurisdicionais (GUEDES, 2009:788).

O legislador está vinculado ao dever de proteção, porém restrito ao espaço e a liberdade concedida no âmbito legislativo, principalmente no que tange a proteção e as práticas assecuratórias envolvendo bens e liberdades individuais perante terceiros. Já os membros do Executivo, estão limitados a prática de atos no que concerne ao provimento executivo das normas que tutelam as garantias dos direitos fundamentais, ou que suscitam proteção diante de casos concretos. Agora o Poder Judiciário guarda além da ligação aos direitos fundamentais, a tarefa de vigiar os demais poderes, pois estes devem obediência as normas de proteção aos indivíduos, não os deixando decidirem de modo arbitrário e assim se dar por suficiente a incumbência de proteção aos direitos fundamentais (GUEDES, 2009:789).

Conforme o exposto, é possível observar que foram muitas as mudanças que sobrevieram à Constituição de 1998, e uma das que merece mais destaque refere-se à atuação jurisdicional. À princípio, constatou-se o aumento repentino dos números de ações ajuizadas com o intuito de tutelar direitos sociais – aqui inserido o direito do consumidor (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013:31), nas quais é possível observar que as políticas públicas pleiteadas em tais demandas correspondem às competências legislativas e executivas, portanto, inviabilizadas em um primeiro momento quanto à intervenção estatal. Porém, os magistrados tomaram frente quanto à realização das ações governamentais, sendo aceito pela sociedade sem muitos embargos, e muitas vezes até prestigiados.

Em relação às transformações no âmbito da jurisdição constitucional conjugada à atuação estatal e os poderes a ela inerentes, é possível pontuar que o juiz, anteriormente visto como solucionador de conflitos, não está mais restrito ao mero cumprimento legal, haja vista que sua função agora está associada ao resguardo dos fundamentos de justiça elencados na Constituição, passando a ser garantidor dos direitos fundamentais (PESSOA, 2014:73-95).

A concepção de um juiz neutro, que intervinha nas relações jurídicas quando suscitado pelas partes, é substituída por uma visão de concretização constitucional. Isso significa que a neutralidade deu espaço para decisões categóricas, apagando-se a desagregação das decisões judiciais e políticas e abrindo-se espaço para que ambas possam caminhar juntas (NETO, 2012:522).

Há que se observar que a transferência da defesa dos direitos fundamentais para a jurisdição constitucional é um método que causa controvérsias, pois haverá situações em que a intervenção judicial se fará inexecutável, sejam por questões técnicas ou substanciais, pela afronta ao princípio da separação dos Poderes ou até mesmo pelas discrepâncias na aplicação dos direitos prestacionais.

Não obstante, é possível constatar que o fenômeno da judicialização da política tem como meta a supremacia constitucional, pois se trata de um direito fundamental que legitima a atuação do Judiciário na efetivação das políticas públicas, ainda que conflitante com os demais Poderes (TASSINARI, 2018:95-112).

Através da judicialização da política, o Poder Judiciário concede ao sujeito de direitos a chancela estatal que corresponde à efetividade dos ditames fundamentais, não permitindo que os procedimentos governamentais afrontem as prioridades da justiça social. Deste modo, tornam-se claras as dificuldades enfrentadas para proteger, fiscalizar e manifestar a atuação estatal nos casos concretos.

3. O NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR: POLÍTICAS PÚBLICAS E JUDICIÁRIO

O texto constitucional dispõe os traços normativos que permeiam a concretização dos direitos fundamentais e estabelece a necessidade de implementação de políticas públicas referente a tais direitos. A função primordial do juiz é o de conferir força normativa constitucional, sem absorver o caráter político reservado aos embates dominantes acerca das políticas públicas (CAMBI, 2011:270).

Neste sentido, não há como negar a atuação jurisdicional frente às políticas públicas, sob pena de violação aos mandamentos da Carta Magna, uma vez que a jurisdição detém o poder de preservar/resguardar os postulados fundamentais, além de ser o parâmetro basilar de uma democracia (CAMBI, 2011:270).

A atuação dos órgãos judiciais quanto à realização das políticas públicas, seja na sua implementação, controle ou execução, não deve ser descompassada, devendo ocorrer quando presente um “dever legal ou constitucional violado”. Isso significa que o juiz não possui liberdade absoluta para tratar sobre o tema, estando restrito à interpretação sistêmica da Constituição ou dos textos legais que se enquadram na solução do caso concreto (CAMBI, 2011:272).

Cumprir destacar que o magistrado e o legislador exercem funções e atividades distintas. O magistrado não opera mediante a edição de normas gerais, pois é chamado para a lide por meio das partes integrantes do processo. Cabe a ele decidir e fundamentar as decisões proferidas, ainda que ausente uma norma geral que regule a situação fática. O exercício da atividade judicante não está vinculado ao estrito cumprimento legal, devendo o caso ser solucionado do modo mais adequado possível (CAMBI, 2011:277).

Os magistrados não usufruem de um mandato popular e também não podem agir de ofício, sendo que o texto constitucional exige a motivação de suas decisões, prescrição esta que não sujeita aos legisladores. O juiz e o Tribunal não são rotulados como representantes do povo, porém a função que exercem faz com que atuem representando-os, pois se aplica a justiça em prol da sociedade, da população (CAMBI, 2011:277).

A Constituição Federal de 1988, ao reconhecer o consumidor, individual e coletivo, como sujeito de direitos, assegurou a sua proteção constitucionalmente como um direito fundamental e como princípio da ordem econômica nacional (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013:33). Logo, a jurisdição constitucional está voltada a correção dos atos inconstitucionais emanados pelo legislativo, motivo pelo qual não há que se falar em atuação em desfavor do povo, pois tem o intuito de proteger a sociedade de ações e omissões que contrariam o texto constitucional por parte dos governantes (CAMBI, 2011:279).

Há quem afirme, também, que um juiz ao dispor sobre uma norma que regulamenta uma política pública, criaria um novo dever, e por este motivo, após a sucessão dos fatos, a parte perdedora iria ser punida e surpreendida por uma disposição retroativa. Contudo, tal alegação não prospera diante dos direitos fundamentais, tendo em vista que o órgão judicial visa protegê-lo e não positivá-lo (CAMBI, 2011:280).

Ainda, o Poder Judiciário ao tutelar os direitos fundamentais e requerer a execução das políticas está legitimado por duas correntes: a formal, que decorre da vinculação do juiz ao princípio da legalidade, e a substancial, que consiste na permissão de se discutir a validade da lei a luz do texto constitucional, podendo ser declarada inconstitucional caso a contrarie (CAMBI, 2011:280).

A distribuição dos bens propriamente empregados para a tutela das políticas não pode ocorrer diretamente pelo Poder Judiciário, o qual está incumbido apenas de tutelar os meios empregados para a efetivação das ações governamentais, quando suscitada a sua proteção, a fim de garantir os direitos fundamentais que não estejam sendo efetivados. Logo, sua

intervenção está limitada a determinados casos concretos, ante a não observância de um direito ou a ausência de implementação de políticas públicas (CAMBI, 2011:281).

A promoção dos direitos fundamentais ocorre através de ações ou omissões dos órgãos estatais. Cabe ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário a manutenção dos dispositivos constitucionais e seu devido cumprimento. Portanto, o legislador manuseia as matérias constitucionais e o órgão jurisdicional assume a tarefa de resguardar seu texto, de modo direto e indireto. A diferença é que as decisões judiciais repercutem efeitos entre as partes, já a legislação depende de atos executórios para gerar efeitos no âmbito social (BARCELLOS, 2009:804).

Assim, a Administração Pública está vinculada à implementação de ações e programas que visem a prestação de determinados serviços, identificando tal conjunto de atividades como políticas públicas. Portanto, é de fácil constatação identificar que o Estado utiliza tais medidas para atingir os fins detalhados na Constituição e pelo legislador, além de que a promoção dos direitos fundamentais depende essencialmente destas ações (BARCELLOS, 2009:805).

À princípio, o texto constitucional reúne uma lista de especificações objetivas interligadas com a quantidade de recursos disponíveis para a execução das políticas públicas, determinando a satisfação das disposições constitucionais. Teoricamente, verificam-se os percentuais elencados no texto constitucional para efetivação de determinados direitos, em seguida inquire-se a arrecadação dos recursos, averiguando se estão sendo aplicadas as políticas públicas de modo a efetivar os fins dispostos na Constituição (BARCELLOS, 2009:805).

Caso o Poder Judiciário constate algum descumprimento do texto constitucional, deve conferir as penalidades cabíveis, punindo o responsável pela prática do ilícito, impedindo os efeitos de sua conduta no âmbito social e fazendo-se cumprir o disposto no texto constitucional. Aufere-se, também, se está ocorrendo o resultado almejado pela atuação estatal, ou seja, se de fato os direitos fundamentais estão sendo resguardados (BARCELLOS, 2009:811).

Logo após, analisa-se os meios escolhidos pelo Estado e se os mesmos estão atingindo o disposto no texto constitucional. A função das políticas públicas é fornecer o mínimo de eficiência para a realização dos objetivos constitucionais, não deixando dilapidar os recursos disponibilizados, uma vez que estes são escassos frente a todas as necessidades existentes no âmbito social. O intérprete jurídico, exceto em situações particulares, não conseguirá determinar sozinho se uma política pública instituída por uma autoridade é “minimamente eficiente”. Por conseguinte, o controle jurídico das políticas públicas se perfaz com o acesso às

informações dos recursos públicos disponíveis, das previsões e execuções orçamentárias (BARCELLOS, 2009:812).

A previsão constitucional dos planos, diretrizes e metas a serem desenvolvidas por meio das ações governamentais é o que muitas vezes causa a judicialização do direito e seus entrelaces (BARROSO, 2018:2171-2228). O Poder Judiciário acabou por priorizar o controle dos atos e a legalidade destes por parte do Estado, verificando os procedimentos e as efetivações das ações governamentais por todo país, restringindo demasiadamente o poder de discricionariedade do administrador público (FIGUEIREDO, 2009:720).

Não se trata apenas de conferir legitimidade ao Judiciário, mas sim de trazer ao polo ativo os destinatários das normas constitucionais, para que na qualidade de cidadãos, disponham de alternativas para usufruírem de determinados bens e serviços essenciais (FIGUEIREDO, 2009:720). Por óbvio, a principal barreira enfrentada diante da implementação das políticas públicas está ligada aos aspectos econômicos. Além disso, existem limites pré-determinados que restringem a sua aplicabilidade no texto constitucional, classificando as prioridades orçamentárias e políticas e distribuindo os recursos de acordo com os ditames legais.

Quando se trata de eficiência pública, refere-se à otimização dos meios disponíveis que atendam as demandas de interesse público, pois a economicidade está inclusa nos parâmetros de efetividade. Logo, a intervenção do Judiciário revela-se plausível para resolução do princípio da ampla tutela jurisdicional, em prol da eficácia dos direitos fundamentais, com o objetivo de verificar se as políticas públicas vêm sendo ineficientes ou se ocorreu alguma omissão para sua satisfação, resguardados eventuais direitos que venham a ser lesados ou ameaçados (FIGUEIREDO, 2009:733).

A doutrina assinala que o maior problema da efetivação das políticas públicas é a escassez de recursos, pois os direitos exigem do Estado prestações positivas. Muitas vezes, devido ao extenso rol de direitos e garantias taxados na Constituição e a desproporcionalidade orçamentária para efetivá-los, o Poder Público acaba por fazer um atendimento deficiente ao cidadão, ou muitas vezes, omite-se em suas execuções (HEUKO, 2012: 368).

Outrossim, sabe-se que no Brasil os pleitos envolvendo direitos fundamentais não são completamente atendidos pelo Estado, cabendo à jurisdição constitucional a implementação dos direitos prestacionais, à exemplo das decisões voltadas à proteção do consumidor no âmbito da regulação, do pós-venda de produtos e serviços. Tais exemplos são claros modelos de como o juízo atua frente à promoção dos direitos fundamentais em prol da defesa do consumidor.

Assim, conclui-se que o Poder Judiciário busca amparo no texto constitucional e utiliza-se da ponderação de valores e princípios que eventualmente se colidem para conceder a efetividade aos direitos fundamentais do consumidor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das ponderações a respeito da ascensão dos direitos fundamentais, dentre os quais se destaca a defesa do consumidor, constatou-se que o neoconstitucionalismo é uma corrente que visa efetivar os direitos humanos elencados no texto constitucional por meio de preceitos morais e valorativos. Com a observância dos princípios, fora preciso explicar sua diferença com as regras, uma vez que estas correspondem a mandamentos que se esgotam em si, ou seja, não são capazes de proferir outro significado além daquilo que está expressamente escrito.

Quando se fala em princípios, está-se diante de preceitos que adquirem autonomia frente aos casos concretos, ou seja, podem ser flexibilizados de diversas formas, dependendo do contexto que serão aplicados, não atingindo nunca sua completude, pois não se trata de uma regulação de condutas, mas sim de ponderação de bens jurídicos tutelados, atribuindo-se a cada circunstância um peso, dirimindo conflitos que venham a existir. Por isso, os cidadãos não estão mais submissos ao poder estatal, pois os valores constitucionais abrangem toda e qualquer relação, inclusive a consumerista. A polêmica que norteia os novos métodos de interpretação concentra-se no poder criativo do juiz frente as demandas judiciais. Assim, verificou-se que quando se está diante de direitos fundamentais e sua efetivação, as práticas ativistas não rompem com o regime democrático e nem com a usurpação de funções, uma vez que o que se defende é a supremacia da Constituição. A Corte constitucional se preocupa em tornar o Estado onipresente, a fim de executar as garantias dispostas no texto constitucional, considerando que as características morais e políticas requerem uma construção ideológica e correspondente ao momento histórico em que serão aplicadas.

Por derradeiro, averiguou-se que as demandas no Poder Judiciário, atinentes a políticas públicas voltadas ao consumidor, cresceram demasiadamente. Sendo assim, o órgão judicante não pode afastar de sua apreciação questões políticas, fundando-se na autolimitação dos Poderes, nem mesmo alegando se tratar de um poder discricionário da Administração Pública. Cabe ao referido órgão fiscalizar o legislador e o administrador público, independentemente de se tratar de atos legislativos, administrativos ou executivos.

Não obstante, o objetivo não é a monopolização da defesa dos direitos fundamentais do consumidor na esfera judicial, pelo contrário, tem como escopo propiciar maior conformidade nos ditames que os envolvem, não deixando o cidadão consumidor à mercê da inércia legislativa e executiva, atentando-se as exigências suscitadas para que as decisões possam ser satisfeitas.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Luiz Gustavo de. *Tutela Processual de Direitos Metaindividuais Trabalhistas - Fundamentos Constitucionais e Reflexos na Atividade Empresarial*. Curitiba: Juruá, 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coords.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3180>>. Acesso em: 20.dez.2019
- BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos Tribunais Constitucionais nas democracias brasileiras. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, 2018, p. 2171-2228. Disponível em: <<https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>>. Acesso em: 20.dez.2019
- BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 20.ago.2019.
- _____. Constituição Federal de 1988. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct>. Acesso em: 20.jan.2020
- _____. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 20.jan.2020
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CAVALCANTE, Diogo Lopes; Rocha Jr, Weimar Freire da. Estado de coisas inconstitucional: a crise do sistema carcerário brasileiro. *Ius Gentium*, Curitiba, v. 8, n. 2, jul./dez. 2017, p. 4-32. Disponível em:

<<https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/378/302>>. Acesso em: 20.dez.2019

DANTAS, David Diniz. *Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo*. 2. ed. São Paulo: Madras, 2005.

DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, jan./mar. 2019, p. 143-160. Disponível em:

<https://www.academia.edu/39537199/Dever_judicial_de_considerar_as_consequ%C3%Aancias_pr%C3%A1ticas_da_decis%C3%A3o_interpretando_o_art._20_da_Lei_de_Introdu%C3%A7%C3%A3o_%C3%A0s_Normas_do_Direito_Brasileiro>. Acesso em: 20.dez.2019

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico*. As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

FIGUEIREDO, Marcelo. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – Uma visão geral. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GUEDES, Néviton. O princípio da proibição da insuficiência e o conteúdo essencial dos direitos sociais. *Liber Amicorum*: homenagem ao Prof. Doutor José Avelãs Nunes. Coimbra: Coimbra, 2009.

HEUKO, Guilherme Ramon. A efetividade e a atuação judicial na promoção dos direitos sociais prestacionais. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coords.). *Direitos Fundamentais da Pessoa Humana*: um diálogo latino-americano. Curitiba: Alteridade Editora, 2012, p. 368.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do; PEREIRA, Marília do Nascimento. A atividade jurisdicional como paradigma para a consolidação democrática: a (não) superação do ativismo judicial para a construção de uma jurisdição constitucional. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 4, n. 45, 2016, p. 565-585. Disponível em:

<<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1842/1214>>. Acesso em: 20.dez.2019

NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira. A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coords.). *Direitos Fundamentais da Pessoa Humana*: um diálogo latino-americano. Curitiba: Alteridade Editora, 2012.

PESSOA, Robertônio Santos. Constitucionalismo, direitos fundamentais e direito administrativo no Brasil. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, v. 16, n. 85, mai./jun. 2014, p. 73-95. Disponível em:

<<http://www.interessepublico.com.br/?s=robert%F4nio&x=30&y=16>>. Acesso em: 20.dez.2019

ROSSI, Amélia Sampaio. *Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais*. In: Conpedi, 2008, Salvador. XVII Encontro preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008.

SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco Moraes. Pensar a legitimidade da jurisdição constitucional em tempos de crise política. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, n. 1, jan./abr. 2018, p. 163-190. Disponível em: <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/986>>. Acesso em: 20.dez.2019

TASSINARI, Clarissa. A autoridade simbólica do Supremo Tribunal Federal: elementos para compreender a supremacia judicial no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 14, n. 2, mai./ago. 2018, p. 95-112. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2547>>. Acesso em: 20.dez.2019

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 36.

VILLALOBOS, Milton Ebert Quiroz. La desconfianza hacia la democracia en América Latina. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 40, jan./jun. 2019, p. 221-241. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/issue/current>>. Acesso em: 20.dez.2019

Data de submissão: 19/10/2020
Data de aprovação: 06/11/2020
Data de publicação: 31/12/2020

Este trabalho está licenciado sob uma licença [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).