

A judicialização da política como instrumento para concretização de direitos fundamentais

Claudia de Oliveira Fonseca¹

Resumo: A Constituição Federal de 1988 adotou como um dos seus princípios norteadores a dignidade da pessoa humana e, para concretizar esse ideal, lançou mão de um rol de direitos fundamentais, capazes de garantir uma existência digna ao cidadão. É nesse cenário de efetivação dos direitos prestacionais, negligenciados pelos demais poderes estatais, que se começa a perceber a transferência de decisões do âmbito político para o Poder Judiciário, fenômeno denominado de "judicialização da política". A pesquisa busca investigar como a judicialização da política vem sendo debatida no contexto de concretização de direitos essenciais e se justifica pela importância da discussão sobre a necessidade de impor limites à atuação do Poder Judiciário, de modo que ele não venha a interferir na esfera de atuação dos demais poderes. Com a intenção de confrontar o posicionamento dos defensores e opositores da judicialização da política, o estudo se pautou em revisão bibliográfica, utilizando, principalmente, as obras de Ran Hirschl, Luís Roberto Barroso, Antoine Garapon, Mauro Cappelletti, dentre outros. A pesquisa aponta que apesar de o Poder Judiciário não ter a aprovação popular na escolha de seus membros, não se pode questionar a sua atuação no âmbito de concretização de direitos essenciais, pois apesar de se tratar de atuação contramajoritária, tem se revelado como instrumento capaz de neutralizar a opressão das majorias contra as minorias, de modo a garantir a efetividade do texto constitucional.

Palavras-chave: Direitos essenciais. Judicialização da política. Representatividade democrática.

Abstract: The Federal Constitution of 1988 adopted as one of its guiding principles the dignity of the human person and, in order to achieve this ideal, has adopted a list of fundamental rights capable of guaranteeing a dignified existence for the citizen. It is in this scenario of the realization of the benefit rights, neglected by the other state powers, that one begins to perceive the transfer of decisions of political scope to the Judiciary Power, phenomenon denominated "judicialization of the politics". policy is being debated in the context of the realization of essential rights and is justified by the importance of the discussion about the need to impose limits on the Judiciary's performance, so that it does not interfere in the sphere of action of the other powers. the study was based on a bibliographical review, using, mainly, the works of Ran Hirschl, Luís Roberto Barroso, Antoine Garapon, Mauro Cappelletti, among others. Judiciary not to have popular approval in the choice of its members, one can not question their action in the scope of the realization of essential rights, because despite being a countermajoritarian action has proved to be an instrument capable of neutralizing the oppression of majorities against minorities, in order to guarantee the effectiveness of the text constitutional.

Keywords: Essential Rights. Judicialization of politics. Democratic representation.

¹ Professora Assistente da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Mestra em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Correio eletrônico: claudiauesb@gmail.com.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 trouxe um amplo rol de direitos sociais, que traçam um delineamento da atuação estatal no sentido de fomentar a igualdade, de modo a garantir bens e serviços essenciais àquelas pessoas que não possuem condições de arcar com seus próprios esforços.

Para a concretização desses direitos prestacionais faz-se necessária a atuação do ente estatal, por meio da implementação de políticas públicas. Entretanto, como o poder público quase sempre aponta dificuldade financeira para garantir ao cidadão as condições básicas de sobrevivência, tem-se percebido uma corrida ao Judiciário em busca da concretização dos direitos fundamentais, na perspectiva de garantir uma existência com dignidade.

No cenário atual brasileiro, fica evidente uma certa transferência de decisões de cunho político para o Poder Judiciário, que passa a ser chamado para garantir a efetivação dos direitos prestacionais, direitos esses assegurados constitucionalmente, mas nem sempre efetivados pela atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

É nesse contexto que se começa a ver uma modificação do papel do julgador, que não se limita somente à função de aplicação da lei, mas também começa a assumir o papel de um novo ator político que interfere na formulação e implementação de políticas públicas, conforme os novos ditames sociais, preocupado em “trabalhar ativamente para consolidar um novo ideal de justiça, qual seja, o da justiça social distributiva” (CRUZ, 2001, p. 221).

A pesquisa buscou investigar como tem sido avaliada essa atuação proeminente do Judiciário, responsável por desencadear o fenômeno da judicialização da política na esfera de concretização de direitos essenciais, em detrimento da atuação dos demais poderes estatais. Buscou-se ainda investigar a necessidade dessa proeminência do Judiciário no cenário de efetivação de direitos. Para tanto, o estudo se pautou em revisão bibliográfica, utilizando, principalmente, as obras de Ana Paula de Barcellos, Antoine Garapon, Luís Roberto Barroso, Mauro Cappelletti, dentre outros.

O presente estudo está estruturado da seguinte forma: após essa introdução, apresentamos a discussão a respeito do tratamento doutrinário sobre os direitos essenciais, passando ao debate da judicialização da política no contexto brasileiro. Posteriormente, no tópico seguinte, apresentamos o balizamento entre a concretização de direitos e a judicialização da política. E, finalmente, as considerações finais sobre a temática em estudo e as referências utilizadas.

Tratamento doutrinário conferido aos direitos essenciais

A Constituição Federal de 1988 ampliou, consideravelmente, o rol de direitos sociais, na perspectiva de construir uma sociedade mais solidária. É exatamente por esse motivo que, a partir de 1988, tem-se uma democracia mais comprometida com a concretização dos direitos dos grupos minoritários, assegurados constitucionalmente.

A leitura que a doutrina tem feito dessa garantia constitucional é no sentido de que cabe ao ente estatal fornecer essas prestações que assegurem uma existência digna ao cidadão. Quando o Estado não consegue assegurar as condições materiais para se viver em um patamar de dignidade, tem-se a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário, em busca da efetivação do direito não tutelado no âmbito administrativo. Nesse sentido:

Liberdade e igualdade, como direitos fundamentais, não mais podem ser entendidas em seu sentido exclusivamente formal. Para serem plausíveis requerem, agora, a sua materialização em direitos que constitucional e legalmente, protejam, como vimos, o lado mais fraco das várias relações e que viabilizem políticas públicas inclusivas (acesso à saúde, à educação, à cultura, a tentativa de controle estatal e jurídico da economia buscando evitar as crises cíclicas do capitalismo, etc.) (CARVALHO NETTO, 2003, p. 148).

Não obstante à existência de uma normatização expressiva e do destaque doutrinário para a temática, a efetivação dos direitos essenciais tem sido permeada por muitas limitações por parte do poder público. É nesse contexto que a doutrina brasileira vem recorrendo à teoria do “mínimo existencial”, composto de direitos subjetivos contra os quais não caberia, por parte do ente estatal, a alegação de escassez de recursos públicos. De acordo com o entendimento dos defensores do mínimo existencial é dever do Estado garantir a todo cidadão o acesso às prestações que assegurem uma existência digna².

A garantia de direitos essenciais é imprescindível para que o homem tenha uma vida com dignidade. Nesse pensar, o conteúdo essencial seria, portanto, um núcleo intocável e irrestringível dos

² É também nesse sentido o entendimento do STF: “A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana” (Agravo em Recurso Extraordinário, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011).

direitos fundamentais, constituindo-se, dessa forma, em limite para a atuação do ente estatal (TORRES, 2009, p. 85).

A atuação do Estado vai além do seu dever de não praticar atos que violem a dignidade humana, mas está diretamente ligada à obrigação de promover a concretização da dignidade por meio de condutas ativas, por exemplo, mediante a garantia de um mínimo vital para cada ser humano em seu território, afirma Daniel Sarmiento (2000, p. 71).

A ideia de mínimo existencial está intrinsecamente ligada à garantia de condições materiais mínimas. Segundo Emerson Garcia, o acesso à educação fundamental é parte integrante desse mínimo existencial, “não só por suas características intrínsecas, como em razão de sua importância para a concreção de outros direitos necessários a uma existência digna”. Ainda segundo o mesmo autor, essa ideia de direitos essenciais “resulta da paulatina sedimentação de uma pauta de direitos mínimos universalmente aceitos e considerados essenciais à preservação da dignidade da pessoa humana” (GARCIA, 2004, p. 149-198).

Claudio Pereira de Souza Neto defende que “garantir a dignidade implica também prover iguais condições para que as pessoas possam escolher como querem viver suas vidas”. O autor parte da percepção que nem todas as pessoas alcançarão o sucesso profissional almejado, pois essa realização é consequência da dedicação e empenho pessoal de cada um, mas o Estado tem o dever de garantir igualdade de oportunidades para todos, indistintamente. Quando o Estado nega esse direito, ele “não está atribuindo a todos os projetos pessoais de vida o mesmo valor e com a mesma dignidade” (SOUZA NETO, 2008, p. 538).

A dignidade humana é aviltada não apenas quando o ser humano é privado de alguma das suas liberdades fundamentais, mas também quando não lhe é garantido o acesso a direitos essenciais, tais como: alimentação, educação básica, saúde, moradia, etc. (SARMENTO, 2000, p. 71).

O mínimo existencial é o núcleo do princípio da dignidade (BARCELLOS, 2008, p. 278). Trata-se, portanto, de “imperativos da dignidade humana” que transformam os direitos individuais e políticos em muito mais do que “papel e tinta” (BARCELLOS, 2007, p. 100-1011). Esse entendimento de Ana Paula de Barcellos é compartilhado por Luís Roberto Barroso, para quem o “mínimo existencial é a locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade” (BARROSO, 2001, p. 31).

No entendimento de Ana Paula de Barcellos (2008, p. 288), o mínimo existencial compreende quatro elementos, a saber: prestações de saúde preventiva, ensino fundamental gratuito, assistência aos

desamparados e acesso à justiça. O entendimento da autora é que a negação dessas prestações é condição suficiente para violação da dignidade da pessoa humana. Entretanto, vale ressaltar que a autora defende que o direito à saúde é composto, unicamente, por aquelas prestações que estejam disponíveis na rede pública³.

Ainda segundo a mesma autora, a garantia do direito fundamental à saúde e à educação constitui um primeiro momento da dignidade humana, por oferecer condições iniciais para, a partir daí, o indivíduo construir a sua dignidade de forma autônoma, consoante pode-se observar no excerto de sua obra:

Com efeito, educação e saúde formam um primeiro momento da dignidade humana, no qual se procuram assegurar condições iniciais tais que o indivíduo seja capaz de construir, a partir delas, sua própria dignidade autonomamente. Observe-se que, embora se faça referência a um momento inicial, essas prestações não se concentram necessariamente na infância e juventude: a saúde básica será um elemento que acompanhará a pessoa por toda a sua existência e a educação fundamental poderá vir a ser prestada em qualquer fase da vida, caso não o tenha sido na infância (BARCELLOS, 2008, p. 288).

Ainda seguindo essa mesma linha de entendimento, por meio da qual se compreende o mínimo existencial como elemento para garantia da dignidade, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que o mínimo existencial consiste no “conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável” (SARLET, 2007, p. 184).

Para Sarlet, o melhor entendimento não deve compreender o mínimo existencial “como um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana (aqui seria o caso de um mínimo apenas vital), mas, mais do que isso, uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável [...] ou mesmo daquilo que tem sido designado como uma vida boa” (SARLET, 2009, p. 62). E para alcançar tais condições de vivência digna, deve-se cobrar do Estado a concretização desse direito⁴. Segundo ele, nas hipóteses em que não esteja em risco a existência física do indivíduo,

³ Barcellos afirma que as prestações de saúde devem se limitar àquelas que estejam disponíveis na rede pública de saúde: “É claro que a definição de quais prestações de saúde compõe esse mínimo envolve uma escolha trágica, pois significa que, em determinadas situações, o indivíduo não poderá exigir judicialmente do Estado prestações possivelmente indispensáveis para o restabelecimento ou a manutenção de sua saúde, caso elas não estejam disponíveis na rede pública de saúde. Esta é uma decisão que, verdadeiramente, gostaríamos de evitar. É certamente penoso para um magistrado negar, *e.g.*, o transplante ou o medicamento importado que poderá salvar a vida do autor da demanda, pelo fato de tais prestações não estarem compreendidas no *mínimo existencial* que decorre da Constituição e nem constarem de qualquer outra norma jurídica como uma opção política adicional”. (BARCELLOS, 2008, p. 304).

⁴ “As formulações em torno do mínimo existencial expressam que este apresenta uma vertente garantística e uma vertente prestacional. A feição garantística impede agressão do direito, isto é, requer cedência de outros direitos ou de deveres (pagar imposto, *p. ex.*) perante a garantia de meios que satisfaçam as mínimas condições de vivência digna da pessoa ou da sua

pode-se definir um patamar mínimo, tomando por parâmetro o princípio da dignidade. É o que acontece, segundo o autor, com a educação, pois, ainda que ela não seja indispensável para a existência da pessoa, não há dúvida que compõe o mínimo existencial, por ser de fundamental importância para que a dignidade humana seja respeitada⁵.

Ao analisar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário sobre essa matéria, percebe-se que os argumentos utilizados nos julgados deixam clara a importância da observância do cumprimento do texto constitucional, por meio da concretização do princípio da dignidade humana e o ideal de bem-estar do cidadão. Nesse contexto, em muitas hipóteses, o julgador afirma que, na omissão dos demais poderes estatais, cabe sim ao Judiciário tornar disponíveis os recursos necessários para assegurar o acesso aos direitos essenciais, sempre que o cidadão estiver impossibilitado de financiá-los, com recursos próprios, pois o Estado não pode negar-lhe as condições mínimas necessárias para a existência digna⁶.

A judicialização da concretização dos direitos fundamentais leva a uma dificuldade de ordem prática, pois, se por um lado, quando procura a via judicial, o cidadão deposita no Judiciário as expectativas de encontrar uma solução para o seu problema, por outro, é inegável que há limitação de recursos públicos para atender à totalidade das demandas, o que pode inviabilizar a fruição dos direitos pelos cidadãos, coletivamente considerados, por não terem acesso às parcelas que deveriam estar disponíveis para toda a coletividade.

família. Neste aspecto o mínimo existencial vincula o Estado e o particular. A feição prestacional tem caráter de direito social, exigível frente ao Estado. Neste caso, não se pode deixar de equacionar se esse mínimo é suficiente para cumprir os desideratos do Estado Democrático de Direito”. (GUERRA, Sidney & EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VII, nº 9, dezembro de 2006, pp. 379-398, p. 387).

⁵ No que diz respeito ao direito à educação, Sarlet entende que “poder-se-á sempre afirmar que negar, em face de argumentos como o da ausência de recursos, até mesmo o acesso ao ensino fundamental não chega a comprometer a existência do indivíduo. A resposta a esta indagação, contudo, passa pelo princípio da dignidade humana, que indubitavelmente pressupõe um certo grau de autonomia do indivíduo, no sentido de ser capaz de conduzir a sua própria existência, de tal sorte que a liberdade pessoal [...] constitui exigência indeclinável da própria dignidade. Neste sentido, não restam dúvidas de que manter o indivíduo sob o véu da ignorância absoluta significa tolher a sua própria capacidade de compreensão do mundo e sua liberdade (real) de autodeterminação e de formatar sua existência”. (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 374).

⁶ Somente a título de exemplo, este foi o entendimento proferido no Agravo de Instrumento nº 2131, julgado em 17/10/08 pela Câmara Única do TJ do Amapá, sendo relator o Des. Mello Castro. Ele afirmou que apesar da atribuição de formular e implementar políticas públicas ser dos Poderes Legislativo e Executivo é possível a intervenção do Judiciário quando se tratar de omissão dos demais poderes que venha a comprometer a “a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos tidos como essenciais à dignidade humana e impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático”. (Agravo de Instrumento nº 2131, julgado em 17/10/08 pela Câmara Única do TJAP, sendo relator o Des. Mello Castro. DOE nº 4359).

Na prática, essa contraposição entre a dificuldade de efetivação do direito daquele que busca a tutela judicial em detrimento da garantia dos direitos da coletividade, face à escassez de recursos públicos, muitas vezes é adotada na fundamentação das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, quando a decisão é pelo não atendimento do pedido apresentado em juízo. Além dessa fundamentação, é muito comum também a afirmação que o Judiciário deve obediência ao princípio da separação de poderes, e, portanto, não deve proferir decisões afetas ao âmbito de atuação dos demais poderes estatais, devendo respeitar os limites de sua atuação.

Essa necessidade de o Poder Judiciário respeitar os limites de sua esfera de atuação não é tema recente. O Ministro Gilmar Mendes, em decisão proferida em outubro de 2008, reconheceu que as decisões judiciais vêm se constituindo em “um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias”⁷. Nesse sentido, o ministro afirmou que sempre que houver política pública capaz de contemplar a prestação pleiteada em juízo, o pronunciamento judicial, no que diz respeito ao deferimento do pedido, deve limitar-se à determinação de cumprimento da norma já existente.

Na prática, na ausência de atuação do ente estatal, o cidadão recorre ao Poder Judiciário, em busca da concretização do direito, previsto no texto constitucional e não implementado pelo ente público. É dessa forma que, em inúmeras situações, a decisão sobre a fruição de direitos essenciais sai do âmbito de atuação dos poderes políticos para a esfera judicial, acarretando o fenômeno da judicialização da política e o conseqüente empoderamento do Judiciário, fenômeno recorrente na atualidade.

No rol dos direitos essenciais mais judicializados podemos citar: assistência à saúde, acesso à educação, moradia digna, assistência social, entre outros. São, principalmente, esses direitos que estão sendo levados da esfera política para o âmbito de atuação do Poder Judiciário, conduzindo-o à prevalência de suas decisões na esfera de atuação política.

⁷ Embargos Infringentes em Apelação Cível nº 1999.04.01.014944-9/RS, j. em 08/11/04, 2ª Seção do TRF da 4ª Região, relator Des. Fed. Luiz Carlos de Castro Lugon. DJU de 11/05/05.

A Judicialização da Política

A corrida ao Poder Judiciário para efetivação desses direitos é uma característica marcante das democracias latino-americanas. O processo de redemocratização na América Latina proporcionou uma expansão dos direitos civis e políticos, ampliando, conseqüentemente, a busca pela concretização desse ideal democrático.

É nesse cenário que os tribunais vêm se tornando arenas de deliberação política, permitindo a transformação das questões políticas em questões jurídicas, caracterizando “a judicialização da política como o processo de transferência de conflitos da esfera política ao âmbito judicial” (BASABASE-SERRANO, 2012, p.350).

A ideia de atribuição às cortes constitucionais da jurisdição constitucional (isto é, a garantia jurisdicional da Constituição) surgiu no contexto norte-americano no final do século XVIII, gerando reflexos na concepção das cortes de justiça como intermediários entre o povo e o legislativo. Como não se poderia atribuir ao Legislativo a função de julgar os seus próprios atos, o Judiciário apresentava-se, dentre os poderes, como o mais indicado para zelar pelo cumprimento das normas constitucionais, e, portanto, em face de suas funções, seria também o menos perigoso em relação aos direitos políticos da Constituição. Competia-lhe, assim, tão somente a imparcialidade do juízo (HAMILTON e MADISON, 2003, p. 198).

Atualmente, tem-se percebido que o Poder Judiciário abandonou há muito tempo esse posto de poder “menos perigoso”, passando a ocupar, cada vez mais, lugar de destaque no cenário social e político. Essa atuação mais proeminente na mediação das relações sociopolíticas é atribuída, pelos seus próprios representantes, ao dever de concretizar os direitos essenciais previstos no texto constitucional, com vista a possibilitar uma vida pautada por condições dignas de sobrevivência.

Para Mauro Cappelletti (1993, p. 19) esse fenômeno de expansão do papel do Judiciário na efetivação de direitos fundamentais representa o necessário contrapeso no sistema democrático, face à expansão da atuação estatal. Entretanto, apesar da recorrente judicialização das questões políticas, Boaventura de Souza Santos (2007, p. 18) afirma que esse fenômeno reflete, negativamente, no desempenho dos próprios tribunais, conduzindo à politização do judiciário, tornando-o mais controverso, mais visível e vulnerável, política e socialmente.

Segundo Luís Roberto Barroso (2018, p. 06), a judicialização significa que “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder

Judiciário”. Ainda de acordo com Barroso, três fatores explicam esse fenômeno: a) o reconhecimento da importância dos tribunais; b) a crise de legitimidade e de representatividade dos órgãos democráticos; c) o fato de os atores políticos deixarem para o Judiciário o ônus sobre determinadas decisões.

Esse mesmo posicionamento se vê na obra de Kent Roach (2001, p. 12), para quem o maior problema da democracia atende pelo nome de deferência legislativa. O entendimento do autor parte do pressuposto de que, em determinadas situações, o Parlamento não está disposto a assumir o elevado custo político por determinadas decisões e, então, por questões de conveniência e comodidade, ele delega aos tribunais o poder de decidir.

Luís Roberto Barroso (2018, p. 04) aponta ainda três principais causas da judicialização: a redemocratização do país, que fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário; a constitucionalização abrangente, que trouxe novas matérias para o âmbito constitucional e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. É certo que esse crescente protagonismo dos tribunais decorre da expansão das constituições rígidas, dotadas de sistemas de controle de constitucionalidade, mas surge a preocupação que essa atuação contramajoritária dos tribunais cause prejuízos ao sistema democrático, pois “ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o Judiciário apenas contribui para a ampliação da própria crise de autoridade da democracia” (VIEIRA, 2008, p. 58).

Se por um lado, é possível partir da compreensão que a existência de um catálogo constitucional de direitos fundamentais é uma condição facilitadora para a judicialização (BRANDÃO, 2013, p. 193), por outro, é fácil perceber que a judicialização da política também é consequência da apatia ou da incapacidade dos poderes políticos para resolver os conflitos e atender às demandas dos grupos sociais, de modo que a busca pelos tribunais conduz o Judiciário a interferir na política pública e sua efetivação, uma vez que:

As Constituições contemporâneas atribuem ao Estado multifárias atividades, de maneira que, se as instituições majoritárias não conseguem realizá-las de forma efetiva à luz da visão do povo e dos líderes de grupos de interesses (...) há uma tendência natural dos cidadãos em geral e dos grupos de interesse na mobilização do Judiciário para a realização de sua agenda política (BRANDÃO, 2013, p. 192).

É inegável que o Judiciário, mais especificamente o STF, “vem redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional, alcançando área e temas que talvez não se contivessem no traçado original da Constituição, alterando, assim, seu próprio peso no concerto político da relação entre os poderes” (VALLE, 2009, p. 40), contudo, não se pode esquecer que a judicialização tem se tornado

uma ferramenta utilizada de maneira estratégica pelos grupos em disputa e partidos políticos de oposição para dificultar ou até mesmo vetar a implementação da agenda política governamental. (SANTOS, 2007 p. 18).

A questão é delicada e exige ponderação. Por um lado não se pode dizer que Legislativo e Executivo, em sua totalidade, são instituições que não levam os direitos a sério (WALDRON, 1999, p. 250) tendo em vista que, em muitas situações, a atuação tanto do Legislativo quanto do Executivo é pautada por interesses políticos eleitorais e até mesmo por trocas de favores. Por outro lado, também não é razoável acreditar, de forma ingênua, que o Judiciário é a melhor das instituições por estar imune a esses vícios apontados em relação ao Legislativo e Executivo, por não fazer parte desses jogos de poder ou porque trata os direitos com mais seriedade.

O que tem sido decisivo para a judicialização é, principalmente, o silêncio ou omissão dos representantes dos demais poderes estatais no que diz respeito à concretização de direitos fundamentais para uma vida com dignidade. É, portanto, a necessidade de concretização do ideal constitucional que tem colocado o Judiciário na condição de novo ator político, interferindo, cada vez mais, na esfera da decisão política.

A Judicialização da Política no contexto da concretização de direitos essenciais

É inegável que o Poder Judiciário vem sendo, frequentemente, chamado para decidir sobre a concretização dos direitos constitucionalmente garantidos. Seja por causa da alegação apresentada pelo Executivo de escassez de recursos públicos, seja em decorrência da injustificada omissão dos demais poderes do Estado, o Judiciário vem ocupando cada vez mais espaço na arena de decisões políticas. É exatamente nesse contexto que advém o questionamento: como essa atuação mais ativista do Poder Judiciário tem sido analisada: trata-se de um mecanismo de consolidação ou de enfraquecimento das instituições democráticas?

Essa busca pelo Judiciário para concretizar os direitos essenciais a uma existência com dignidade tem feito “o contencioso explodir e as jurisdições crescerem e se multiplicarem, diversificando e afirmando, cada dia um pouco mais, sua autoridade”⁸. (GARAPON, 1999, p. 24). Isso tem levado muitos doutrinadores a questionar até que ponto a atuação dos tribunais, compostos por

⁸ GARAPON, A. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. Rio de Janeiro: Revan. 1999, p. 24.

representantes que não são eleitos, diretamente, pelo voto do povo, promove ou afronta a democracia (OLIVEIRA, 2007, p.1).

Isto é, quando o magistrado modifica uma decisão proferida por um representante eleito (seja membro do Executivo ou do Legislativo), não estaria fazendo com que a sua decisão prevaleça em detrimento da decisão do povo, proferida por meio do seu representante eleito democraticamente? Em outras palavras, a decisão do julgador que substitui a decisão legislativa ou da Administração Pública não seria uma decisão contramajoritária, que afronta os ditames de uma sociedade democrática? Nessa seara, não seria necessária a imposição de limites à atuação do Poder Judiciário, de forma que ele não venha a interferir no âmbito de atuação dos demais poderes, fazendo com que a sua decisão substitua uma decisão de um representante democrático, eleito pelo voto popular?

É inegável que a judicialização da vida encontra-se em crescente destaque, pois “vivemos uma era de expansão global do Poder Judiciário” (BRANDÃO, 2012, p. 176), principalmente pelo fato de os tribunais serem vistos como os responsáveis por concretizar os ideais democráticos, previstos no texto constitucional. Com esse fenômeno de judicialização da política inúmeras questões de repercussão social estão sendo levadas aos tribunais, como reflexo de um “controle crescente da justiça sobre a vida coletiva e (...) nada mais pode escapar ao controle do juiz” (GARAPON, 1999, p.24).

Para o jurista português, Boaventura de Souza Santos, tem-se aí uma situação de ação e reação: o crescente fortalecimento na expansão da jurisdição constitucional pode ser facilmente entendido como consequência da forma de atuação dos poderes políticos e a sua dificuldade em atender às demandas sociais:

O confronto político do judiciário com os outros poderes do Estado dá-se quando, diante da apatia ou da incapacidade dos poderes políticos em resolver os conflitos ou em atender às demandas dos grupos sociais, o recurso aos tribunais leva o judiciário a interferir na política pública e nas condições de sua efetivação. Neste caminho, o sistema judicial torna-se uma ferramenta estrategicamente utilizada pelos grupos em disputa e partidos políticos para frear ou vetar a implementação da agenda política governamental ou dos grupos políticos majoritários. (SANTOS, 2007, p. 18)

É precisamente nessa seara que se encontram inúmeras decisões do Judiciário visando à concretização de direitos fundamentais – como requisito para a garantia de uma vida digna – seja versando sobre educação, moradia, saúde ou assistência social. Na decisão cuja ementa vem transcrita a seguir, o Ministro Edson Fachin, do STF, manifesta-se sobre a importância da judicialização para assegurar o direito à educação infantil e sobre a legitimidade dos tribunais para garantir a concretização desse direito:

A decisão recorrida está de acordo com a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal que se consolidou no sentido de que, nos casos de omissão da administração pública, é legítimo ao Poder Judiciário impor-lhe obrigação de fazer com a finalidade de assegurar direitos fundamentais dos cidadãos, como é o caso dos autos, que trata da obrigação de promover obras e adquirir materiais necessários ao bom funcionamento de escolas públicas com a finalidade de garantir o acesso à educação infantil (Agravado em Recurso Extraordinário 679066 / Pernambuco, Relator Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 08/06/2018)⁹.

Também no que diz respeito ao direito à saúde, os tribunais mantêm o entendimento da necessidade de intervenção do Poder Judiciário diante da inação do poder público, exigindo o cumprimento de políticas públicas já estabelecidas pelo próprio ente estatal. Agindo dessa forma, fica evidente que o Judiciário não está inovando na ordem jurídica, elevando a sua decisão a patamar mais elevado que a decisão do administrador público. Nesse sentido, a decisão do Ministro Dias Toffoli, do STF, sobre a possibilidade do bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos, *in verbis*:

“Ementa: Agravo regimental no agravo de instrumento. Direito à saúde. Fornecimento de medicamento. Bloqueio de verbas públicas. Possibilidade. Repercussão geral reconhecida. Precedentes. 1. O acórdão recorrido dá efetividade aos dispositivos constitucionais que regem o direito à saúde. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixou-se no sentido da possibilidade do bloqueio de verbas públicas para a garantia do fornecimento de medicamentos, questão que teve, inclusive, a repercussão geral reconhecida nos autos do RE nº 607.582/RS. 3. Agravo regimental não provido”. (AI 639436 AgR / Rio Grande do Sul, Relator Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 17/09/2018)¹⁰.

É perceptível que a judicialização da política impõe um desafio à separação de poderes, por meio do “recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas”. (HIRSCHL, 2009, p. 139-178). John Ferejohn (2002, p. 56) aponta como causas da judicialização tanto a fragmentação do poder dentro do próprio sistema político, em decorrência das disputas políticas, quanto uma maior confiança no Judiciário como espaço legítimo de proteção dos direitos.

Esse novo cenário faz com que os tribunais brasileiros comecem a assumir importante papel na tomada de decisões de cunho político, começando a ocupar o espaço de deliberação política relacionada a questões que antes eram afetas somente aos atores políticos. Assim, sempre que houver

⁹ A íntegra do julgamento disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4220692>.

¹⁰ A íntegra do julgamento disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2477279>.

falhas, descaso ou fraqueza na atuação da administração estatal, o Judiciário é provocado a entrar em cena e proferir decisão para o caso concreto.

De um lado, os defensores dessa atuação mais ativista do Judiciário afirmam que a judicialização é um instrumento necessário, tendo em vista um cenário de violações de direitos fundamentais pelo próprio ente estatal. É por esse motivo que o ativismo judicial não pode ser considerado um vício de legitimidade democrática, pois, “somente em sistemas democráticos os direitos do cidadão têm a chance de serem respeitados” (CAPPELLETTI, 1993, pp. 43).

Por outro lado, os opositores da supremacia judicial afirmam que ela traz prejuízos à democracia, pois a sua prática conduz os membros do Judiciário a sobrepor as suas decisões às decisões dos legítimos representantes do povo, os agentes políticos eleitos, causando lesões à necessária separação de poderes (JORDÃO, 2017, p. 112). Nesse sentido, ao “transferir-se o poder decisório das instituições representativas para as judiciárias, permite-se que juízes não eleitos modifiquem ou anulem políticas públicas implementadas por agentes políticos eleitos” (OLIVEIRA, 2017, p. 132).

Considerações finais

O presente estudo buscou compreender essa atuação mais proeminente do Poder Judiciário em detrimento da atuação dos demais poderes estatais na esfera de concretização de direitos constitucionais e os seus possíveis reflexos na concretização de uma existência digna. Buscou-se também investigar qual o melhor entendimento vem prevalecendo quanto a essa proeminência do Judiciário: se é salutar ou prejudicial ao sistema democrático.

Não se pode negar que determinadas situações urgentes demandam uma resposta célere, exigindo uma atuação mais ativista do Poder Judiciário, atento à observância dos preceitos constitucionais, concretizando direitos esquecidos pelo Legislativo e Executivo. Mas também não se pode esquecer que uma postura, reiteradamente, ativista do Judiciário, além de interferir no equilíbrio e separação entre os poderes, pode conduzir à crescente desmobilização política do cidadão, interferindo na luta pela implementação de políticas públicas capazes de proporcionar um caminho mais seguro para a concretização de direitos previstos no texto constitucional.

Nesse pensar, parece ter razão Luís Roberto Barroso ao afirmar que “a jurisdição constitucional não deve suprimir a voz das ruas, o movimento social e os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes”. (BARROSO, 2014, p. 787). Assim, se o simples fato de levar a demanda ao Judiciário for suficiente para concretização dos direitos, nenhum

sentido terá a luta pela implementação de políticas públicas, que busca assegurar, com maior amplitude, a efetivação dos direitos constitucionais.

É certo que o Judiciário, por não ter a aprovação popular na escolha de seus membros por meio do voto, tem exercido uma função contramajoritária. Entretanto, quando se trata de concretização de direitos essenciais a uma vida com dignidade não se pode questionar a importância de sua atuação. Trata-se de uma atuação que, apesar de não contar com a representatividade democrática, mostra-se como instrumento necessário para neutralizar possíveis abusos das majorias contra as minorias, pois apesar de a maioria se legitimar pelo voto popular, ela não tem o direito de oprimir as minorias.

Portanto, o Judiciário quando for provocado para resolver demandas atinentes aos direitos essenciais do cidadão deve ponderar com muita cautela adotando, sempre que possível, critérios objetivos de julgamento, de preferência determinando a aplicação de políticas públicas já implementadas pelo próprio ente estatal, pois assim, a um só tempo, observará o princípio da separação de poderes e cumprirá com a sua função de guardião da Constituição.

Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2ª ed. ampl. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. O Mínimo existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista>. Acesso em 16 de junho de 2018.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11. Acesso em 06 de janeiro de 2018.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 225, 2001.

BASABE-SERRANO, Santiago. Presidential Power and the Judicialization of Politics as Determinants of Institutional Change in the Judiciary: the Supreme Court of Ecuador (1979-2009). *Politics and Policy*. Mexico City, v. 40, n. 2, p. 339-361, abr. 2012.

BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012.

_____. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. RDA – Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, mai/ago. 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio L. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.); CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GARAPON, A. O juiz e a democracia: o guardião de promessas. Rio de Janeiro: Revan. 1999.

GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. In: GARCIA, Emerson (coord). A efetividade dos direitos sociais. Rio de Janeiro, Lumen juris, 2004, p.149-198.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O Federalista. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HIRSCHL, Ran. O Novo Constitucionalismo e a Judicialização da Política Pura no Mundo. *Revista de Direito Administrativo*, nº 251, 2009, p. 139-178.

JORDÃO, Eduardo. Desvio de finalidade e ativismo judicial. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego W, RECONDO, Felipe (Org.). *Onze Supremos: o Supremo em 2016*. Jota. DF. 01 fev. 2017, p. 110-112.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Ativismo judicial, moderação e o minimalismo judicial de Cass Sunstein. In: Anais do XVI Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. v. único. p. 1384-1404.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O Supremo Tribunal Federal e a política no Brasil contemporâneo. IN Cadernos Adenauer xviii (2017), nº1. *Política e Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, junho 2017, p. 125-148.

ROACH, Kent. The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue. Toronto: Irwin Law, 2001.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.



SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível*, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Porto Alegre, ano 1, n. 1, out./dez. 2007.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (Coords). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 12, 2008.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*. Vol. 115, 2006, p. 1347-1406.

_____. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. Judicial Review and the Conditions of Democracy. *The Journal of Political Philosophy*, vol. 6, n° 4, 1998, p. 335-355.

Recebido em 20 de dezembro de 2018

Aprovado em 05 de abril de 2019