

REFLEXOS DA JUDICIALIZAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO: Um Estado de Insegurança Jurídica

Matheus da Silva SANCHES¹

Fernanda Augusta Hernandes CARRENHO²

RESUMO: O presente trabalho consiste na apresentação de alguns apontamentos iniciais acerca do fenômeno da judicialização e a forma como é encarada diante do modelo constitucional instalado no Brasil. A partir do emprego do método dedutivo, concluiu-se que a prática em questão traz notáveis prejuízos para a democracia brasileira. Apresentou-se, a título de solução, uma reforma substancial no Estado Democrático de Direito aliada à introdução de novos meios de participação popular, bem como o fortalecimento daqueles já previstos no ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Constituição Federal. Contramajoritarismo. Democracia. Judicialização. Participação Popular.

1 INTRODUÇÃO

Diante de um cenário de constante instabilidade política e significativa deficiência das políticas públicas, o Estado Brasileiro se torna um solo fértil para práticas atípicas dos representantes dos poderes que o compõe.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais ganharam maior destaque e sua aplicação se tornou prioridade para a Tripartição dos Poderes, em especial, o Poder Judiciário.

Por conseguinte, surge, dentre os demais fenômenos atípicos, a judicialização, a qual se apresenta de uma forma mais freqüente no cotidiano brasileiro.

Contudo, apesar de se tratar, em regra, de um importante instrumento para composição de litígios e busca da justiça, diante do caos político, o referido instituto, quando utilizado de forma distorcida e sem critérios, possibilita grande

¹ Discente do 5º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. matheus.sanches94@hotmail.com. Bolsista do Programa de Iniciação Científica. Estagiário de Direito pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – PR 10.

² Procuradora do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Processual pela Universidade da Amazônia e em Direito Público pela Universidade Gama Filho. Exerceu o cargo de Agente da Fiscalização Financeira do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. E-mail: fcarrenho@gmail.com

instabilidade na democracia brasileira e prejuízos econômicos, comprometendo cada vez mais a efetivação dos direitos fundamentais.

2 O GARANTISMO CONSTITUCIONAL SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com o advento da Constituição Federal de 1988, notou-se um grande avanço legislativo, o qual redemocratizou o país, proporcionando uma maior atenção estatal para a concretização dos direitos fundamentais do cidadão. Valores como liberdade, propriedade e dignidade ganharam destaque, bem como os mecanismos para sua concretização, com a promulgação do referido diploma legal.

Tal inovação se deu após o trauma que a história proporcionou ao cidadão brasileiro com regimes autoritários e frequentes violações aos direitos e garantias fundamentais. Ademais, cumpre mencionar que as políticas neoliberais formuladas pelas grandes potências no período pós Segunda Guerra, como os Estados Unidos, possuíram influência sobre a criação desse novo modelo constitucional em comento.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p.70):

Outro aspecto de fundamental importância no que concerne aos direitos fundamentais em nossa Carta Magna diz respeito ao fato de ter ela sido precedida de período marcado por forte dose de autoritarismo que caracterizou – em sua maior ou menor escala – a ditadura militar que vigorou no país por 21 anos. A relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e até mesmo a configuração do seu conteúdo são frutos da reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais. Também neste aspecto é possível traçar um paralelo entre a nossa Constituição vigente e diversas das Constituições do Segundo pós-guerra.

Por conseguinte, diante de um novo modelo constitucional instalado, sendo caracterizado pelo seu caráter garantista, atribuiu-se maior destaque ao Poder Judiciário, elencando este como sujeito responsável por zelar pelo respeito e aplicação dos preceitos expostos na Carta Magna em relação à sociedade e ao próprio Estado (Executivo e Legislativo).

Tamanha foi a preocupação do Constituinte em garantir a aplicação dos preceitos constitucionais, que o princípio da inafastabilidade jurisdicional foi positivado no art. 5, XXV, CF como cláusula pétrea, tal como o princípio da duração

razoável do processo (art. 8.1 do Pacto de São José da Costa Rica, incorporado à Carta Magna), sendo tais preceitos, na ótica de (LAZZARI, s.d, s.p): “reconhecidos como direitos humanos e princípios de natureza constitucional nos ordenamentos jurídicos de Estados Democráticos”

A partir das informações expostas, conclui-se que a CF-88, como qualquer diploma constitucional vinculado a um Estado de Direito, tem por norte o garantismo constitucional, o qual possibilita a adoção de valores democráticos, assim como a instalação de meios para a concretização destes. Sobre o tema:

O garantismo é um sistema sócio-cultural que estabelece instrumentos jurídicos para a defesa dos direitos e conseqüente defesa do acesso aos bens essenciais à vida dos indivíduos ou de coletividades, que conflitem com interesse de outros indivíduos, outras coletividades e/ou, sobre tudo, com interesse do Estado. Esses instrumentos jurídicos são as garantias, as armas jurídicas que visam proteger os cidadãos que abrem mão de parcela de sua autonomia em benefício da coletividade, entregando ao Estado o poder para que lhes propicie segurança, saúde, trabalho, etc.. Para estar seguro da realização desse desidrato por parte do Estado, as constituições dos Estados de Direito prevêm instrumentos jurídicos expressos em limites, vínculos e obrigações impostos ao poder estatal, a fim de maximizar a realização dos direitos e minimizar suas ameaças (STIPP, 2006, s.p)

A previsão de inúmeros direitos como propriedade, saúde, educação, diversas modalidades de liberdade, entre outros, aliados aos mecanismos de concretização e defesa desses direitos, como o mandado de segurança, *habeas corpus* e a inafastabilidade jurisdicional deixa nítido o papel do Judiciário em fazer valer o respeito ao garantismo constitucional.

Dessa forma, a conclusão extraída é a de que, em razão da promulgação da Constituição Federal de 1988, o país deixou de ser um Estado Totalitário e passou a ser um Estado de Direito, afastando-se a concentração de Poderes em apenas um setor estatal e elevando os direitos fundamentais ao alto grau de importância, cuja atribuição de zelar pelo cumprimento dessas premissas pertence ao Poder Judiciário; tendo o juiz, conforme (MELO, 2008, s.p), o “dever cívico e humano de colaborar na edificação da democracia humana que não condiciona a dignidade individual a partir da ideia de valor, de mercadoria”.

2.1 A Judicialização como uma Válvula de Escape para a Efetivação dos Direitos Fundamentais

Buscando zelar pelo cumprimento dos preceitos constitucionais previstos na Carta Magna, o Poder Judiciário passa a agir de forma mais ativa no campo do Estado Democrático de Direito, o qual, muitas vezes, vai além de suas atribuições em busca de concretizar o garantismo constitucional.

Partindo-se dessa premissa, um comportamento atípico e que se enquadra na ideia aqui apresenta é a judicialização, cujo conceito pode ser como:

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 – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro (BARROSO, 2012, p.3)

Como principais fundamentos para a prática aqui apresentada, vale mencionar que a judicialização tem por origem: a redemocratização do país com a promulgação da CF-88, a qual, como já discorrido anteriormente, possibilitou a recuperação das garantias da magistratura, permitindo um maior poder e autonomia desta instituição; e o próprio sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, sendo denominado como híbrido em virtude de possuir características de diversos sistemas, tais como o europeu e o americano.

Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada pelo STF (BARROSO, 2012, p.4)

Tal fenômeno se torna, do ponto de vista teórico, uma importante ferramenta para a concretização dos direitos fundamentais, haja vista o Poder Judiciário gozar de autonomia diante dos demais poderes e ser dotado de conhecimento técnico, influenciando a lei, bem como as políticas públicas de uma

forma mais condizente com o modelo constitucional adotado em um Estado de Direito.

Ademais, cumpre mencionar que a judicialização é um solo fértil para um Estado de Direito, cujo Poder Executivo e/ou Legislativo são deficientes. Políticas públicas incompatíveis com a situação econômica do país; lacunas legais, além da própria lentidão dessas instituições legitimam cada vez mais a atuação atípica do magistrado para buscar honrar a Carta Magna.

Contudo, apesar do fenômeno em questão demonstrar ser eficaz a partir das informações elencadas, a referida discussão vai mais a fundo e mostrará um lado da judicialização que agrava ainda mais o estado de insegurança jurídica instalada no país, da mesma forma que é prejudicial ao Erário e aos interesses da coletividade.

2.2 O Brasil como um Estado de Insegurança

Primeiramente, convém iniciar a discussão aqui travada com as palavras de Eros Roberto Grau (2016, p.18), as quais afirmam que o Poder Judiciário “aqui, hoje, converte-se em um *produtor de insegurança*”.

Dessa premissa, extrai-se que a judicialização extrema se torna uma das principais causas de insegurança jurídica presente do Estado Democrático de Direito Brasileiro, haja vista que viola o princípio da Tripartição dos Poderes, um dos maiores pilares de um Estado Democrático de Direito.

A violação se consiste no momento em que o magistrado passa a decidir com um caráter político, afastando-se as atribuições do Legislativo e do Executivo para se alcançar uma suposta justiça.

No que tange a essa “supremacia” das decisões jurídicas sobre as decisões políticas, pontua Cândido Rangel Dinamarco (2002, p.188) ao tratar do pedido de revisão do mérito administrativo pelo Judiciário:

Não pode o juiz substituir as escolhas legítimas do administrador ou do legislador pela sua, mas pode e deve afastar as escolhas ilegítimas (...). Só se consegue chegar a resultados práticos e legítimos pelo estímulo dos casos concretos e seu exame à luz da garantia constitucional do controle jurisdicional, do princípio da separação e independência dos Poderes, da discricionariedade bem interpretada e dos conceitos de abuso e desvio de poder – tudo isso coordenado pelo fio condutor representado pelo devido processo legal.

A partir da lição apresentada, observa-se que a atuação do Judiciário deveria se consistir apenas em uma instituição com poder de julgamento – exercendo um controle de legalidade- a partir da norma e sem exercer qualquer soberania com relação aos demais poderes.

Ademais, em matéria de judicialização, o que desperta maior atenção se dá nos casos das políticas públicas, haja vista que a Carta Magna estipula que a concretização de determinado direito se dará mediante políticas públicas-como é o caso do direito à saúde - e o Judiciário intervém nessas questões violando diversos valores, dentre eles: a tripartição dos poderes e a previsão orçamentária.

Nesse sentido, Faustino da Rosa Júnior (2008, s.p) critica o fenômeno da judicialização:

Na verdade, um magistrado só apresenta uma legitimidade legal e burocrática, não possuindo qualquer legitimidade política, para impor ao caso concreto sua opção político-ideológica particular na eleição de um meio de efetivação de um direito fundamental. Sucede que, em nosso sistema, os magistrados não são eleitos, mas sua acessibilidade ao cargo dá-se por meio de concursos públicos, o que lhes priva de qualquer representatividade política para efetuar juízos desta magnitude. Ademais, por sua própria formação técnica e atuação no foro, é evidente que os magistrados são incapazes de conhecerem as peculiaridades concretas que envolvem a execução de políticas públicas que visam realizar concretamente direitos fundamentais pela Administração Pública.

Logo, observa-se que dentro da Tripartição dos Poderes, o Poder Judiciário é o único ente *contramajoritário*, ou seja, a investidura de seus representantes no cargo público não se dá mediante votos, sendo uma investidura a partir da meritocracia e não por questões democráticas.

Tal característica é essencial para um Estado de Direito, pois concretiza o dever do Poder Judiciário de zelar pelo cumprimento da lei a fim de trazer maior segurança jurídica à sociedade, tanto nos litígios entre particulares, quanto naqueles em que o próprio Estado estiver envolvido. Ademais, o princípio *contramajoritário* é uma forma de exercício da soberania popular, haja vista que a legislação é fruto de um procedimento democrático e o ente *contramajoritário* irá garantir sua aplicação.

Neste contexto, nota-se que a judicialização, muitas vezes, “atropela” o princípio *contramajoritário* do Poder Judiciário, comprometendo a democracia brasileira.

Contudo, apesar do magistrado ser o agente direto deste fenômeno, a principal causa decorre dos demais poderes, seja por sua lentidão ou por sua insuficiência política.

Portanto, conclui-se que o instituto da Judicialização, apesar de possuir fundamentos implícitos na Carta Magna de 1988 e ter por escopo a concretização dos direitos e garantias fundamentais, traz nítida insegurança jurídica, haja vista que tal prática permite com que um órgão estritamente jurídico e contramajoritário, passe a exercer funções políticas, possibilitando a instalação de um Estado instável, em seu aspecto político e jurídico.

3 DA MAIOR PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO SOLUÇÃO

Para fins de solução à problemática discorrida, apresenta-se a alternativa de uma reforma estrutural no Estado de Direito Brasileiro, possibilitando maior eficácia nas políticas públicas e a fiscalização dos entes responsáveis, desafogando as atribuições do Judiciário e o limitando à sua atividade típica: controle de legalidade e zelo pelos valores constitucionais, na forma da lei.

Tal reforma consistiria em se atribuir maior participação popular à sociedade e fortalecer instituições de fiscalização com relação ao Poder Executivo e Legislativo.

Medidas como o *recall* de mandato; orçamento participativo em nível nacional; regulamentação do lobby; a aplicação da iniciativa popular para fins de emenda à Constituição, convocação de referendo ou convocação de referendo revocatório de lei ou ato normativo demonstram ser condizentes com o modelo constitucional brasileiro e eficazes para o exercício da soberania popular, atendendo aos anseios da coletividade.

Contudo, para aplicação destas medidas, o Estado, antes, deveria priorizar uma reforma substancial nos setores básicos da sociedade (educação, saúde, saneamento básico, etc), proporcionando condições democráticas mínimas para a sociedade exercer de maneira correta sua legitimidade perante a democracia brasileira.

4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que diante do modelo constitucional adotado pelo legislador constituinte de 1988, a legislação pátria deu maior atenção para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

A prioridade pela eficácia dos direitos fundamentais e a inércia/insuficiência do Poder Executivo e do Poder Legislativo oportunizam ao Poder Judiciário, órgão contramajoritário, exercer uma função política dentro da tripartição dos poderes, dando origem ao fenômeno da judicialização.

Apesar do conhecimento técnico e os avanços significativos que tal prática proporcionou para o setor jurídico e social brasileiro, a insegurança jurídica se torna cada vez mais notável diante dessas práticas reiteradas de um Judiciário politizado.

Como solução, entendeu-se por introduzir novos meios de participação popular e potencializar aqueles já previstos no ordenamento jurídico, a fim de viabilizar a participação da sociedade nas decisões políticas, bem como na fiscalização dos atos administrativos, além do poder de destituir o agente político que não estiver agindo conforme o interesse público, antes mesmo do término do seu mandato. Todavia, para a proposta aqui lançada atingir sua finalidade, deve haver uma maior atenção estatal para o atendimento das necessidades básicas da sociedade para permitir o acesso a condições democráticas mínimas para o exercício da soberania popular da forma que aqui se lança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

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

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ (ISSN 2358-4130). Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acessado em 01 de agosto de 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio Necessário – Controle jurisdicional do ato administrativo**. Revista Forense – vol. 333. p. 188/189, 2002

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 7 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016.

LAZZARI, João Batista. **Os princípios constitucionais do acesso à justiça e da razoável duração do processo. Parte I**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/08/11/os-principios-constitucionais-do-acesso-a-justica-e-da-razoavel-duracao-do-processo/>. Acessado em 25 de junho de 2016.

MELO, Gustavo Procópio Bandeira de. **O Poder Judiciário nos 20 anos da CF/88**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-poder-judiciario-nos-20-anos-da-cf88/2651>. Acessado em 24 de junho de 2016.

ROSA JÚNIOR, Faustino da. **O Problema da Judicialização da Política e da Politização do Judiciário no Sistema Constitucional Brasileiro**. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=833. Acessado em 30 de junho de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2001.

STIPP, Alvaro. **Garantismo**. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Garantismo>. Acessado em 22 de junho de 2016.