

O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO PERMEANDO O ESTADO BRASILEIRO

Eder de Souza OLIVEIRA JUNIOR¹

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo fazer uma análise sobre a Judicialização e sua atual atividade no cenário brasileiro. Sendo dividido em introdução, fazendo uma contextualização histórica dos antecedentes acontecimentos que resultaram no atual cenário judicial; o fenômeno da judicialização levando em consideração o conceito e também estabelecendo a diferença entre judicialização e ativismo judicial; uma análise da Judicialização no Brasil e tendo como base três fatores primordiais e por fim uma conclusão acerca de todo o tema exposto ressaltando a importância do tema que está em constante debate no cenário social nacional.

Palavras-chave: Judicialização. Ativismo judicial. Judicialização no Brasil. Contexto histórico da judicialização.

1 INTRODUÇÃO

Com a entrada no século XXI, o Poder Judiciário vem ganhando cada vez mais força não apenas de exercer a sua função principal, mas também de ocupar espaço diante da ausência de legislação. O artigo se ocupa disso e utiliza os métodos dedutivo e indutivo. Se retroceder, se faz necessário uma análise histórica mundial e posteriormente se afunilar para uma visão da atual realidade brasileira, a fim de descobrir alguns pontos que levam a esse fenômeno. Na parte final estão algumas das conclusões que dividem, desde o século XIX até os dias atuais, uma evidente separação da dominação dos poderes previstos na Constituição vigente, com funções típicas e atípicas.

Esta apreciação buscou levar em conta não apenas as questões doutrinárias, mas as filosóficas que fazem apreciações sobre a divisão do Estado

¹ Discente do 1º ano do curso de Direito, Turma 2º C, do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Membro dos Grupos de Estudos de Direito Internacional Público e Privado. Dr.ederjr@gmail.com

Moderno relacionado aos três Poderes Públicos, bem como a efetivação dos direitos humanos diante das ausências das normas numa Constituição Dirigente.

A construção histórica demonstra que o século XIX acabou como o século do Legislativo, graças a consolidação de muitas Constituições, dando voz ao povo e garantindo direitos que antes eram detidos nas mãos de um só governante; o século XX como o século do Executivo, por causa das duas grandes Guerras Mundiais e também pelo marco de ditaduras e opressão por parte de governos; por fim o atual século como do Judiciário, visto que a evidente ascensão de ficar a cargo da Suprema Corte a discussão de assuntos de grande relevância.

Nos últimos anos no Brasil a Suprema Corte tem desempenhado através de decisões assuntos de suma relevância para a vida institucional brasileira. Como exemplo claro dessa influência, em 2008 através dos mandados de injunção 670, 708 e 712, o Supremo Tribunal Federal interpretou que a lei de greve no setor privado (Lei nº 7.783/89) deveria abranger também o direito a greve dos servidores públicos. Destarte, a influência do ativismo judicial nessa questão, visto que na decisão proferida pelo Supremo ficou citado que houve uma omissão por parte do Poder Legislativo em discorrer sobre tal tema.

Todavia decisões como essa percorrem por todo o mundo e as supremas cortes tiveram grande pertinência em inúmeras quadras históricas mundiais, mas no Brasil esse mesmo assume um caráter mais especial, visto o volume de assuntos perante os temas, esse avanço ocorreu graças a globalização de informações, não havendo uma restrição de conhecimento à sociedade, assim julgamentos deixaram de ser restritos e temas como ativismo judicial e judicialização estão tendo cada vez mais importância no quesito vida em sociedade.

2 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO

O termo Judicialização remete a algumas questões de larga repercussão política ou social que estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, fugindo da ideia tradicional de decisão por meio das políticas mais tradicionais como o Congresso Nacional e o Poder Executivo, com isso, há uma transferência de poder e função que originalmente - já citado anteriormente - seria

de um Poder específico e hoje está relacionado essa transferência para juízes e tribunais. No tocante aos direitos humanos, para cada um dos direitos esculpido na Lei Maior existe um remédio, ou seja, a possibilidade de qualquer pessoa buscar seus direitos por meio de uma ação. No entanto, existem outros casos nos quais questões políticas são levadas aos tribunais, envolvendo os mais diferentes temas.

Vale ressaltar que para que ocorra o processo denominado: Judicialização, deve haver uma provocação direta ao Judiciário, visto que o mesmo terá que buscar amparo legal para que possa tratar de temas além de sua competência. Em relação a ocorrência de tal fato, Marcos Faro Castro menciona:

“A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do legislativo e executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições ocorre uma certa aproximação entre direito e política e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um ‘direito’ e um ‘interesse político’.”²

O Judiciário não procede de ofício e precisa ser provocado nos casos concretos para se manifestar. No entanto, a questão foi que houve sempre um aumento progressivo das demandas e dos assuntos levados às cortes.

Como uma análise envolvendo a expansão da área de atuação, Débora Maciel e Andrei Koerner esclarecem:

“[...] ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseada na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de checks and balance. [...] introdução ou expansão de staff judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito).”³

Após a Segunda Guerra Mundial observou-se no mundo a ideia de que se houvesse um Poder Judiciário mais forte teria uma maior garantia de que a Democracia seja feita de maneira correta.

Contudo se fortificou ainda mais com a grande insegurança no âmbito político que permeia o Poder Legislativo, não apenas em caráter nacional, e sim em relação ao contexto mundial, no qual políticos estão deixando muito a desejar e suas

² CASTRO, Marcos Faro. Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, 1997. Página(s) 34.

³ MACIEL, Débora. KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. Editora: Lua Nova, São Paulo, 2002. Página(s) 114.

gestões estão rodeadas de corrupção, necessitando um maior controle de fiscalização.

2.1 Judicialização e o Ativismo Judicial

Como já citado anteriormente, a segunda guerra mundial teve um importante papel para que houvesse uma maior preocupação para prever um vasto rol de garantias individuais, tudo através da redemocratização dos Estados, criando mecanismos aptos a lhes conferir efetividade.

Com isso, aumentou a responsabilidade do Poder Judiciário, embasando-se em constituições democráticas que após o período de treva em que o mundo havia atravessado, estavam em grande ascensão, com isso cabia um controle para que essas garantias fossem cumpridas. Em suma, o surgimento de um Estado Democrático de Direito trouxe uma caracterização dada pelo jurista alemão Konrad Hesse de força normativa da Constituição Federal e pela supremacia judicial, dando total autoridade e incumbindo no dever de proteger os anseios proferidos na Constituição Federal.

A grande força concebida através da normatividade constitucional garantindo o exercício de sua jurisdição fizeram com que o Poder Judiciário atingisse elevados níveis governamentais gerando assim a ter grande relevância nos Estados. Tal expansão do judiciário mundial e no que aquilo poderia gerar como fator resultante foram analisados por Neal Tate no *“The global expansion of judicial power”*, graças a essa expansão do pensamento, inúmeras questões antes decididas por um Parlamento ou Executivo começaram a ter grande influência judicial e é justamente essa mistura entre política em suas mais variadas áreas, e o Poder Judiciário que surgiu o termo judicialização que é bastante confundido com ativismo judicial, sendo visto como um sinônimo do outro, mas esse pensamento será desmitificado posteriormente.

Nesse sentido de poder haver algum tipo de confusão perante esses dois temas e que até em um primeiro momento pode-se entender que eles sejam primos, Luís Roberto Barroso explana:

“A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política.

[...]

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetivas.”⁴

Outrossim, realizando uma concepção sobre ativismo judicial e também de suas condutas e posturas ativistas, Luís Roberto Barroso conclui:

“A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em sua texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.”⁵

Assim conclui-se que o ativismo judicial está relacionado uma ampliação e intensificação do Poder Judiciário fortalecendo ainda mais os princípios e valores constantes no dispositivo constitucional, sendo de grande interferência nos outros poderes contidos na Constituição Federal. Ressalta-se que o ativismo judicial assim como a judicialização devem ser feitas mediante uma provocação do Poder Judiciário, enquanto que no ativismo judicial se há um entendimento criativo de um Tribunal, concebendo uma nova interpretação do direito e inúmeras vezes precedente a uma lei, ocasionando em uma interpretação legal bastante ampla, não sendo contemplada pela própria lei, e principalmente assim como mencionado anteriormente, o judiciário deve atuar baseado em lei em áreas que são além de sua competência original.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Universidade do Estado Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Página(s) 06.

⁵ *Ibidem*.

3 JUDICIALIZAÇÃO EM UM CONTEXTO NACIONAL

Em 1988 entrou em vigor a chamada: Constituição Cidadã, está que se firmou como um marco após vinte e um anos de uma Ditadura, no qual o governo era comandado pelas Forças Armadas. A procura por mais direitos, liberdade de expressão e o efetivo exercício da Democracia resultou em um movimento civil de reivindicação por eleições presidenciais diretas no Brasil ocorrido em 1.983-1.984, conhecido como Diretas Já. A possibilidade de eleições diretas para a Presidência da República no Brasil se concretizaria com a votação da proposta de Emenda Constitucional Dante de Oliveira pelo Congresso.

A popularmente conhecida Constituição Cidadã trouxe inúmeros temas a serem abordados, com um foco muito grande em Direitos e Garantias Fundamentais, visto que havia um certo receio e precaução para que o Brasil não passasse novamente por aqueles longos e violentos anos de repressão militar. Com isso a atual constituição vigente tem um caráter analítico, graças a seu Constitucionalismo amplo, trazendo consigo várias matérias.

Mediante a essa grande extensão em texto constitucional, sendo inclusive um dos maiores do mundo, está incluso problemas que são observados em uma análise de funcionamento priorizando a efetividade e conjuntamente o processo de como ocorre o controle de Constitucionalidade. Surgindo então uma necessidade que o Poder responsável por gerir esse controle entre em cena, este ocorrido graças a redemocratização, essa necessidade surge como uma judicialização, sendo como causas os três fatores citados anteriormente neste parágrafo.

Levando em consideração os itens elencados a cima o primeiro acontecimento que podemos considerar como avanço para a judicialização em um contexto nacional é a promulgação da constituição de 1988, mediante isto Luís Roberto Barroso elucida:

“[...] foi a *constitucionalização abrangente*, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política

em Direito. Na medida em que uma questão - seja um direito individual, uma pretensão estatal ou um fim público - é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.”⁶

Em consideração ao quesito de redemocratização, este que trouxe uma maior ampliação das garantias desde o magistrado ao judiciário, no qual deixou de ser um departamento técnico-especializado, Luís Roberto Barroso nos esclarece:

“Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.”⁷

Por fim, o último item elencado trata do controle de constitucionalidade no Brasil, este por ser um dos mais abrangentes do mundo sendo estipulado como híbrido que surge graças a uma soma de elementos, riquezas e controle de constitucionalidade construído pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no século XIX, a partir do *leading case* Marbury vs Madison, tendo referência a uma atuação das Cortes e Tribunais Constitucionais, tendo como origem na Áustria e sendo seu patrono Hans Kelsen. Através desse pensamento se abrange a cargo do Supremo Tribunal Federal essa impetração de ações diretas relativa a análise da constitucionalidade nas mais variadas matérias, mediante o exposto, Luís Roberto Barroso complementa:

“[...] o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Universidade do Estado Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Página(s) 03-04.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Universidade do Estado Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Página(s) 03.

o início da República, adota-se entre nós a formula 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 ao STF.”⁸

Vale ressaltar que o controle de constitucionalidade e a constitucionalização abrangente em decorrência da vigente Constituição Federal, foram os que potencializaram ainda mais a judicialização, não se restringindo apenas a sua incidência, e nessa abrangência houve uma ampliação no campo de atividade judicial, levando em conta essa abrangência no referente ao Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso menciona:

“No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica - constitucionalizar é em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis - e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas.

Como consequência, quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal. A enunciação do que se segue, meramente exemplificativa, serve como boa ilustração dos temas judicializados: (i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367); pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS - caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante nº 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula nº 13); (x) não-recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF). A lista poderia prosseguir indefinidamente, com a identificação de casos de grande visibilidade e repercussão, como a extradição do militante italiano Cesare Battisti (Ext 1085/Itália e MS 27875/DF) ou da proibição do uso do amianto (ADI 3937/SP). Merece destaque a realização de diversas audiências públicas, perante o STF, para debater a questão da judicialização de prestação de saúde, notadamente o fornecimento de medicamentos e de tratamentos fora das listas e dos protocolos do Sistema Único de Saúde (SUS).”⁹

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Universidade do Estado Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Página(s) 04.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, .010. Página(s) 09-10.

Por fim observa-se a ascensão da judicialização no âmbito nacional, visto que a cada vez mais o judiciário se faz presente em assuntos que pertencem originalmente a uma esfera Legislativa e ou Executiva, concluindo que tanto na política quanto em questões diretas envolvendo a população observa-se a necessidade de uma medida interventiva do Supremo Tribunal Federal.

4 CONCLUSÕES

O crescimento da Judicialização é algo que não se pode negar, nas democracias contemporâneas, sendo responsável pelo grande protagonismo de decisões e intervenções que o Poder Judiciário cada vez mais se enquadra, possuindo um maior poder e confirmando o pensamento de alguns filósofos que este sim é o século do Judiciário.

A atuação do Judiciário está amparada nos próprios dispositivos constitucionais no exercício do controle de constitucionalidade, citado anteriormente, e garante a prevalência do Estado constitucional de direito não havendo risco de uma ilegitimidade.

Contudo, observa-se um Judiciário com cada vez mais poder, intervindo em inúmeros assuntos que por origem são por responsabilidade de outros Poderes do Estado. A história mundial alerta que sempre que um Poder do Estado se fortalece e começa a obter cada vez mais vantagens e áreas de atuação há um abuso e esse abuso resultou em vários períodos à serem esquecidos.

Além do mais, com o Judiciário tomando para si cada vez mais temas sendo eles os mais variados possíveis, há de se ocorrer um congestionamento, esse que mesmo sem uma alta interferência já ocorre no Brasil, sendo um país no qual o sistema Judiciário se mostra muito lento, o que espera que seja alterado para que ocorra efetivamente a celeridade e a efetiva prestação jurisdicional.

Existem medidas para dar mais velocidade no quesito a assuntos relacionados a Constituição e vários países possuem essa evolução, a Colômbia é um forte exemplo de uma maior agilidade constitucional mediante o Direito Processual Constitucional, com a divisão de várias espécies de salas Constitucionais para julgar temas pré-determinados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Sérgio Tibiriçá. SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Sistema Constitucional de Garantias e seus mecanismos de proteção**. Editora: Boreal, Birigui – SP, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. Editora: Saraiva, São Paulo, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Universidade do Estado Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> (Acesso em 15/05/19).

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. Editora: Renovar, Rio de Janeiro, 2014.

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

BOBBIO, Norberto. MATTEUCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Universidade de Brasília, Brasília, 1986.

COLÔMBIA. **Corte Constitucional de Colombia**. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/> (Acesso em 02/05/19).

HESSE, Konrad. **Die Normative Kraft Der Verfassung**. Tradução do alemão: Gilmar Ferreira Mendes. Editora: Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Editora: Fabris, Porto Alegre, 1998.

JUNIOR, Amandino Teixeira Nunes. **A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil**. Revista de Informação Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, 2008.

KELSEN, Hans. **A Jurisdição Constitucional**. Tradução do alemão: Alexandre Krug. Tradução do italiano: Eduard Brandão. Tradução do francês: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Editora: Martins Fontes, São Paulo, 2007.

KELSEN, Hans. **Quem deve ser o guardião da Constituição?** Tradução do alemão: Alexandre Krug. Tradução do italiano: Eduard Brandão. Tradução do francês: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Editora: Martins Fontes, São Paulo, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Editora: Saraiva, São Paulo, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. Editora: Saraiva, São Paulo, 1999.

TATE, C. Neal. VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of Judicial Power**. New York University, New York, 1995.