

Federal University of Roraima, Brazil

From the Selected Works of Elói Martins Senhoras

July 1, 2014

Controle jurisdicional e judicialização das políticas públicas

Prof. Dr. Eloi Martins Senhoras



Available at: <https://works.bepress.com/eloi/346/>

Controle jurisdicional e judicialização das políticas públicas

Elói Martins Senhoras*

Ariane Raquel Almeida de Souza Cruz*

A caracterização do Estado Democrático de Direito está diretamente relacionada à conformação institucional de três funções clássicas de promoção das políticas públicas de maneira especializada pela Administração Pública por meio da atuação executiva, legislativo e jurisdicional a fim de não haver processos de concentração de poderes no corpo político-burocrático.

Embora os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário tenham autonomia funcional para a promoção das políticas públicas, conforme sua respectiva natureza institucional especializada, com o objetivo de garantir a ausência de concentração do poder *lato sensu*, bem como a promoção da ordem constitucional e democrática, eles são estruturados com base em um princípio de interdependência e controle que é caracterizado por um sistema de pesos e contra-pesos (*checks and balances*).

O destacado papel de controle jurisdicional das políticas públicas nas sociedades modernas está relacionado à valorização da tradicional função do Poder Judiciário como contrapeso institucional na promoção da efetividade constitucional em relação às *políticas públicas* de natureza legiferante e executiva, desenvolvidas, respectivamente, pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Reflexo da exacerbação do ativismo do controle jurisdicional surge o conceito da judicialização da política como fenômeno global, característico do mundo Ocidental, embora amplamente difundido no mundo Oriental, em razão do crescente ativismo transescalar sobre contenciosos de predominância fática ou axiológica, tanto de tribunais nacionais, quanto, de tribunais internacionais.

Segundo Hirschl (2008), o fenômeno processual da judicialização da política tem ampliado seu escopo para além das questões de direitos para abranger assuntos de uma “mega-política”, os quais são caracterizados por polêmicas de absoluta importância política estruturar a convergência ou divisão dos sistemas políticos, motivo pelo qual é um processo que incorre em uma tênue linha para o avanço ou retrocesso democrático.

* Professor da Universidade Federal de Roraima (UFRR). Especialista, mestre, doutor e pós-doutorado em Ciências Jurídicas. E-mail para contato: eloisenhoras@gmail.com. Outros trabalhos do autor podem ser encontrados em www.works.bepress.com/eloi.

* Professora do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI-RR). Auxiliar de pesquisa, bacharel em Direito e especialista pós-graduada *lato sensu* em Direito Eleitoral. Endereço para contato: raquelkf@gmail.com.

Quadro 1 - Modalidades Judicialização da Política

<i>Judicialização política da linguagem</i>	Esta judicialização manifesta o transbordamento do discurso legal, jargões, regras e procedimentos para os espaços institucionais dos Poderes Executivo e Legislativo, permeados por uma rede ampla de atores interligados pelas agendas de <i>decisionmaking</i> e <i>policymaking</i> .
<i>Judicialização das políticas públicas</i>	A dimensão da judicialização das políticas públicas, com destaque às políticas sociais, se manifesta por meio de revisões dos atos administrativos, quando são utilizados instrumentos de jurisdição constitucional (aplicação direta) e controle de constitucionalidade (aplicação indireta).
<i>Judicialização macro política</i>	A judicialização da macro política manifesta a transferência de uma ampla agenda questões de natureza fática e axiológica de grande importância para a sociedade, incluindo questões sobre legitimidade do regime político, sobre direitos individuais e coletivos, para a alçada jurisdicional dos Tribunais

Fonte: Elaboração própria. Baseada em Barboza; Kozicki (2012) e Hirschl (2008).

Por um lado, há uma corrente de doutrinadores e juristas que identifica na crescente participação dos juízes e tribunais em temas políticos e morais uma significativa *abscisão* de responsabilidades das instituições representativas, haja vista que as decisões e revisões judiciais passam a engendrar um inflamento institucional do Poder Judiciário e perdas funcionais por parte do Executivo ou do Legislativo em relação aos seus poderes definidos pelo constituinte originário.

Nesta perspectiva, considerada majoritária, a judicialização da política é caracterizada por uma visão negativa que se materializa, tanto, por severas críticas e questionamentos sobre a sua legitimidade em razão do esvaziamento da esfera política dos Poderes Executivo e Legislativo e por conseguinte da própria democracia representativa, quanto, pela doutrina da auto contenção judicial que defende minimalismo do Poder Judiciário em comparação ao maximalismo dos Poderes Executivo e Legislativo, democraticamente eleitos.

Por outro lado, a corrente de doutrinadores e juristas que defende a relevância participação ativa do poder Judiciário como causa e efeito dos desenvolvimentos institucionais da democracia no mundo, motivo pelo qual a judicialização é um fenômeno crescentemente em função de duas situações, tanto, devido à existência um hiato funcional do Legislativo e do Executivo, quanto, devido, a necessidade de revisões judiciais para fazer prevalecer a vontade constitucional em suas dimensões normativas e axiológicas.

Nesta perspectiva doutrinária e jurisprudencial, predominantemente de natureza neoconstitucionalista, observa-se que há uma visão positiva sobre a judicialização da política que justifica uma crescente interferência judicial, baseada na capacidade dos tribunais de moderarem as

tendências radicais, ao encorajarem a convergência para uma centralização do poder, pacificando a vida política e moral, e, garantindo direitos fundamentais.

Como fenômeno processual, a judicialização representa uma dimensão fenomenológica de maior ou menor transferência de poder na Administração Pública para juízes e tribunais, variando conforme os sistemas adotados de controle de constitucionalidade, cuja dinâmica originária tem múltiplas causas dentro e fora dos muros institucionais do Poder Judiciário.

Conforme Ribeiro (2008), a expansão do Poder Judiciário é encontrada na literatura com diferentes nomenclaturas, tais como “governo dos juízes”, “judiciarismo”, “judiocracia”, “ativismo judicial”, “juridicização do fato político” e, finalmente, “judicialização da política”, expressão esta, de uso majoritário, por revelar os efeitos positivos e negativos da expansão judicial no processo decisório das democracias contemporâneas.

Na judicialização são destacadas alterações significativas dentro do Poder Judiciário quanto a doutrina e hermenêutica em razão da difusão do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, bem como mudanças de fora do Poder Judiciário relacionadas às ondas de democratização de uma série de países ao longo do tempo e o surgimento de Constituições abrangentes em termos de normas-regra e normas-princípio.

Embora a judicialização não seja uma tendência nova, ela se manifesta de maneira crescente como fenômeno *lato sensu*, conforme se pode observar nos exemplos de diferentes países no mundo em que o Poder Judiciário relativiza a representatividade dos Poderes Legislativo e Executivo e no próprio modo de participação política da sociedade frente à aberta jurisdicional nas políticas públicas.

De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment* (BARROSO, 2009, p. 1-2).

Como fenômeno de *escala* massiva e *transescalar*, ou, como fenômeno de *escopo* megapolítico, a judicialização *lato sensu* se manifesta como uma tendência crescente de intervenção judicial dos tribunais em um contexto que não é explicado pela unilateralidade voluntária dos tribunais, mas antes pela dependência relacional com os próprios Poderes Legislativo e Executivo.

Segundo Hirshl (2008), tem se registrado um significativo crescimento mundial na vinculação dos tribunais para lidar com delicados dilemas políticos, motivo pelo qual a judicialização da política se tornou em um dos mais representativos fenômenos no final do século XX e início do século XXI, haja vista que o Poder Judiciário tem expandido seu alcance e consolidado jurisprudência sobre temas éticos e morais, como assuntos axiológicos de direitos humanos, ou ainda, questões fáticas, ligadas às políticas públicas e às controvérsias políticas de instituições e agentes políticos.

Em um plano sistêmico, a abordagem centrada no funcionalismo da judicialização está relacionada ao seu dimensionamento tautológico, tanto em razão de causas funcionais de progressão, relacionadas ao aumento da complexidade e contingência das sociedades democráticas contemporâneas, quanto aos efeitos funcionais no sistema de *check and balances*, bem como na consolidação das estruturas ou das políticas de bem estar social (*welfare state*).

As ondas de democratização no mundo e o apoio da esfera política são condições necessárias que explicam a judicialização da política e a sua ampla expansão internacional independente dos sistemas jurídicos ou da natureza classificatória de causa e efeito que confere especificidade *stricto sensu* a este fenômeno processual quanto ao seu dimensionamento funcionalista, institucionalista, ou, centrado em direitos.

Quadro 2 - Características da judicialização da política

<i>Poder Judiciário</i>	A judicialização da política surge quando o Poder Judiciário passa a exercer funções típicas dos outros Poderes Estatais, haja vista que por natureza ele sempre exerce uma parcela do poder político no desempenho das suas funções, uma vez que a atividade jurisdicional é uma política pública definida constitucionalmente.
<i>Magistrado</i>	O "novo juiz" tem um papel pró-ativo, assumindo a responsabilidade, tanto, pelo respeito normativo à integridade da função dos poderes constituídos, quanto pela efetivação material da dimensão axiológica presente nos direitos fundamentais e das garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito.
<i>Hermenêutica</i>	Migra-se de um <i>padrão positivo</i> de interpretação, baseado, apenas, em um procedimento mecânico de subsunção dos fatos às normas, para um padrão pós-positivista de interpretação, baseado, nas dimensões normativa e axiológica, haja vista que norma passa a ser dividida em norma-regra (Kelsen, 1986) e norma-princípio (Dworkin, 2002; Alexy, 2008).
<i>Doutrina</i>	A adesão ao <i>neoconstitucionalismo</i> como corrente doutrinária propõe ser uma alternativa metodológica ao juspositivismo, mediante a construção de uma nova teoria constitucional que não se limita ao reconhecimento da organização das competências estatais, mas antes valoriza a dimensão axiológica dos valores e princípios do Estado Democrático de Direito.

Fonte: Elaboração própria. Baseada em Peixinho (2008) e autores supracitados.

No Brasil, o fenômeno do controle jurisdicional se manifesta principalmente pela *judicialização das políticas públicas*, alicerçando-se no dimensionamento de um processo de interferência do Poder Judiciário nas arenas políticas tradicionais do Poder Legislativo e Executivo, o que tem crescentemente repercutido na ingerência judicial de temas de ampla relevância político-social, por meio da transferência do poder representativo para juízes e tribunais.

A judicialização das políticas públicas pode ser entendida como o aumento desmesurado de ações judiciais movidas por cidadãos que cobram o direito à proteção social. No Brasil, este processo deslanchou após a promulgação da Constituição de 1988, que não apenas positivou os direitos fundamentais, mas também atribuiu ao Poder Judiciário a função de intérprete do controle de constitucionalidade. As implicações políticas e sociais oriundas destas mudanças tendem a alterar significativamente a cultura jurídica nacional, até então moldada pelo formalismo legalista e pela subordinação do Poder Judiciário ao Poder Executivo. A adaptação do direito brasileiro à perspectiva federalista, que adota o sistema de pesos e contrapesos, supõe a existência de um Poder Judiciário mais independente, capaz de exercer um papel ativo, com base numa prática judiciária, que requer a interpretação do texto constitucional. Não obstante os avanços que podem ser alcançados no sentido da defesa da cidadania, estas modificações não servem apenas à redemocratização da sociedade, elas respondem também à necessidade de intervenção do Poder Judiciário frente às novas tendências da globalização e ao avanço da política neoliberal (SIERRA, 2011, p. 257).

Embora as razões para esta expansão judicialização das políticas públicas no Brasil residam em múltiplas variáveis, elas podem sintetizadas em duas hipóteses explicativas, respaldadas pela literatura e doutrinamento apresentados ao longo do artigo, as quais se caracterizam pela apresentação de variáveis independentes e dependentes.

A hipótese 1 parte do princípio que as variáveis independentes que explicam a centralidade da dinâmica da judicialização da política no país são respectivamente: a) forças estruturais de democratização, e, b) forças conjunturais de silêncio administrativo dos poderes Executivo e Legislativo no regime democrático.

A hipótese 2, atrelada à hipótese anterior, tem como variáveis dependentes de explicação da projeção pro-ativa dos juízes e tribunais brasileiros, respectivamente: a) a expansão institucional do Poder Judiciário por meio do aumento de recursos humanos e orçamentários durante o período democrático; e, b) Crescente utilização de mecanismos de jurisdição constitucional e controle judicial.

De um modo geral, esta tese encontra fundamento em juristas e doutrinadores brasileiros adeptos à judicialização das políticas públicas tem como fundamentação uma neoconstitucionalista justificada, por explicações institucionais e de temporalidades, tanto, conjunturais de um papel político mais positivo da decisão judicial frente ao silêncio administrativo dos poderes Executivo e Legislativo, quanto, por acontecimentos estruturais, de passagem de um regime autoritário para democrático, quando houve um aumento exponencial de demandas, antes represadas, para o Poder Judiciário (ARANTES, 2006; BARROSO, 2009; MACIEL; KOERNER, 2002).

O fenômeno da judicialização das políticas públicas tem dois pontos de inflexão dinâmica, correspondendo, respectivamente, aos anos de 1993 e 2008, por meio do desenvolvimento de uma abordagem centrada na garantia de princípios constitucionais e direitos fundamentais demandados por movimentos sociais e grupos de interesse da sociedade civil.

Em um primeiro momento de dinamização da judicialização política, destacadamente no ano de 1993, as diferentes ações pro-ativas do Supremo Tribunal Federal (STF), procuravam dar destaque ao Poder Judiciário com o objetivo de defender a supremacia da jurisdição constitucional frente à possibilidade de modificação da Carta Magna em função da Revisão Constitucional prevista 5 anos após a sua outorga constituinte em 1988.

Neste período, há um claro equilíbrio instável do Poder Judiciário que o posiciona dentro de um padrão oscilatório de avanços e retrocessos em relação à judicialização da política, haja vista que os juízes do STF, procuraram garantir que o Judiciário pudesse resistir à reformas exógenas por parte do Poder Legislativo por meio de um complexo jogo de decisões, declarações e pronunciamentos (CASTRO, 1997).

Em um segundo momento, a partir de 2008, a judicialização da política passou por uma significativa dinamização em relação, tanto, à ampla difusão da linguagem jurídica, quanto, à consolidação de políticas públicas e de uma significativa agenda macro política por parte do Poder Judiciário, uma vez que as decisões judiciais surgidas no STF a partir deste momento passara a ser acompanhadas pela sociedade brasileira pela TV Justiça ou mesmo canais abertos, como no caso da ação penal de número 470, movido pelo Ministério Público, conhecido como Julgamento do Mensalão no ano de 2013.

Desde então, o Poder Judiciário, ao reconhecer a relevância dos princípios constitucionais e do papel que o juiz tem na aplicação dos valores constitucionais sem, descuidar dos fundamentos democráticos e republicanos, tem promovido um padrão de judicialização da política por parte do STF que se caracteriza, tanto, por temas com uma predominância de natureza axiológica, como nos casos de células-tronco embrionárias, aborto de anencéfalos, cotas raciais, casamento homoafetivo, demarcação de reservas indígenas, ou, de natureza fática, como nos casos políticos de fidelidade partidária, lei da ficha limpa.

Com destaque, o silêncio administrativo ou a falta de efetividade das políticas públicas desenvolvidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, principalmente, na devida prestação de serviços educacionais e de assistência médico-farmacêutica, deu impulso a um positivo controle jurisdicional das políticas que é identificado pelos termos de *judicialização da educação* e *judicialização da saúde*.

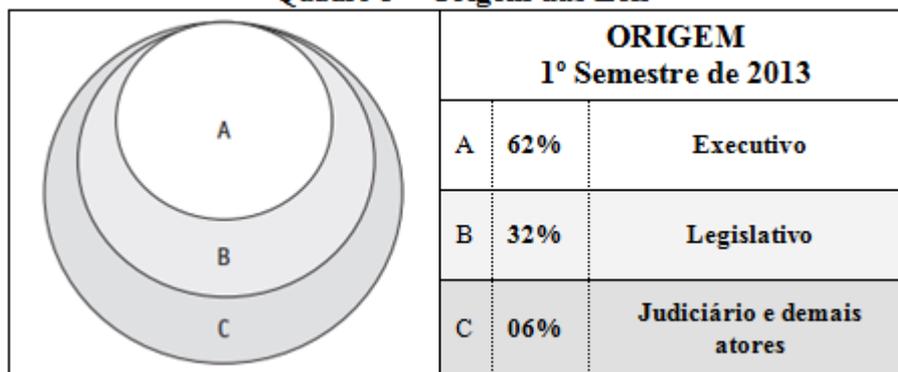
Enquanto na judicialização da educação, o acesso ao ensino público para crianças e adolescentes e problemas relacionados à educação privada são temas recorrentes de controle

jurisdicional, nos processos de judicialização da saúde são destacados os temas relacionados a problemas com planos de Saúde ou com o Sistema Único de Saúde quanto a medicamentos, próteses e vagas.

Como no Brasil existe uma concentração institucional do poder no Executivo em contraposição ao Legislativo e Judiciário, observa-se que as tendências de judicialização da política por parte do STF, em especial a partir de 2008, têm se revelado positivas à medida em que tendem a diminuir o hiato entre os três poderes, fortalecendo os mecanismos de *check and balances*, embora, de maneira parcial, devido à continuidade de um silêncio administrativo latente por parte do Legislativo.

De acordo com Senhoras e Souza Cruz (2014), os efeitos notórios do silêncio administrativo do legislativo corroboram para a compreensão de que o Poder Legislativo passa por uma instrumental minimização institucional em suas funções, em contraposição, tanto, ao Poder Executivo, que crescentemente centraliza parte das funções legislativas, ou, mesmo, quanto, ao Poder Judiciário que resolve lides oriundas da omissão legislativa na produção de leis, resultando assim em uma clara tendência de judicialização da política.

Quadro 3 – Origem das Leis



Fonte: SENHORAS; SOUZA CRUZ (2014).

A crescente judicialização da política brasileira, tanto, reflete o amadurecimento das instituições democráticas, quanto, implica no transbordamento de efeitos funcionais para a consolidação das instituições democráticas, uma vez que se registra um padrão de maior interação entre o Poder Judiciário e os Poderes Legislativo e Executivo, o qual é positivo para a consolidação democrática de *checks and balances*.

Existe um padrão funcional na judicialização da política que se manifesta, tanto, como *alarme de incêndio*, monitorarem e fornecerem informações confiáveis ao cidadãos, se os Poderes Executivo e Legislativo ultrapassaram os limites democráticos do poder delegado, quanto, como

atores de coordenação nos casos em que existe silêncio administrativo por parte dos poderes Executivo e Legislativo ou desrespeito aos direitos fundamentais.

De maneira geral, os impactos nacionais da judicialização da política têm sido positivos e marcados por uma concentração de avanços na proteção de minorias que não têm a possibilidade de ter protegidos seus direitos pelas vias deliberativas sobre uma pluralidade de temas político-sociais; bem como no *enforcement* de políticas públicas (agenda das *policies*), ou, na revisão de temas institucionais e relacionais da mega política (agenda de *polity* e *politics*).

Ao se analisar as causas e os efeitos da judicialização da política no Brasil, observa-se que este fenômeno se acentuou desde o retorno do país à democracia, por meio de uma expansão do Poder Judicial, sendo que no período entre 1993 e 2008, ele teve a oportunidade de fortalecer institucionalmente, com o surgimento de legislações especiais, bem como a criação de instituições como os Juizados Especiais e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

“É possível constatar-se que, no Brasil, a Justiça se aproximou da população por meio de Juizados de Pequenas Causas, nos quais o acesso independe de representação por advogado. Legislações especiais de proteção de minorias, como Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, Lei Maria da Penha, levaram a um processo de substituição do Estado pelo Judiciário, tornando o juiz protagonista nas decisões sobre questões sociais, inclusive as que envolvem políticas públicas” (VIANNA *et al.*, 2007, p. 41).

De um lado, a evolução da judicialização da política por parte do STF confirma a consolidação de fenômeno no Brasil que se refletiu no garantismo de políticas sociais e direitos fundamentais, bem como na procedimentalização de determinados órgãos, como Conselhos de Ética e CPIs para o Poder Legislativo, mudando muitas vezes as instâncias decisórias (RIBEIRO, 2008).

De outro lado, com o surgimento do CNJ, a judicialização da política deixou de ser dinamizada apenas jurisdicionalmente por juízes e tribunais, para também passar a fornecer contribuições no âmbito administrativo e das políticas públicas, uma vez que aperfeiçoou o trabalho do sistema judiciário brasileiro com base no estabelecimento de metas, controle e transparência administrativa, bem como, passou a desenvolver e coordenar vários programas de distintas áreas, como Começar de Novo, Conciliar é Legal, Metas do Judiciário, Pai Presente, Adoção de Crianças e Adolescentes (CNJ, 2014).

Conclui-se que o processo de judicialização presente no Brasil tem se consolidado, a despeito das naturais críticas, mais como uma reação do Judiciário frente a situações de silêncio administrativo a propriamente uma provocação inconstitucional dos poderes Executivo e Legislativo, motivo pelo qual passou a ter funcionalidade positiva para a consolidação de uma Justiça mais forte em comparação àquela frágil instituição entre os anos de 1988 e 1993.

Referências bibliográficas

- ARANTES, R. B. “Constitutionalism, the expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil”. In: SIEDER, R. *et al.*(eds). *The Judicialization of Politics in Latin America*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2006.
- BARROSO, L. R. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. *Revista de Direito do Estado*, n. 13, janeiro/março, Rio de Janeiro, 2009.
- CASTRO, M. F. “O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 12, n. 34, junho, São Paulo, 1997.
- DWORKIN, R. *Levando a sério os direitos*. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.
- HIRSCHL, R. “The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts”. *Annual Review of Political Science*, vol. 11, 2008.
- MACIEL, D. A.; KOERNER, A. “Sentidos da Judicialização da Política: duas análises”. *Revista Lua Nova*, n. 57, São Paulo, 2002.
- PEIXINHO, M. M. “O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais”. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: CONPEDI, 2008.
- RIBEIRO, P. C. *Judicialização da política: estudo de casos*. Monografia de especialização. Brasília: CEFOR/Câmara dos Deputados, 2008.
- SENHORAS, E. M.; SOUZA CRUZ, A. R. A. “Posicionamentos jurídicos sobre o Silêncio Administrativo”. *Repertório de Jurisprudência IOB*, vol. I, Janeiro, São Paulo, 2014.
- SIERRA, V. M. “A judicialização da política no Brasil e a atuação do assistente social na justiça”. *Revista Katálysis*, vol. 14, n. 2, 2011.
- VIANNA, L. W.; CARVALHO, L.; CARVALHO, M. A. R.; MELO, M. P. C.; BURGOS, M. B. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

