

## **As Teorias da Argumentação Jurídica e o Constitucionalismo dos Direitos Fundamentais na judicialização das políticas públicas brasileiras**

*The Theories of Legal Argumentation and the Constitutionalism of Fundamental Rights in the judicialization of Brazilian public policies*

**Inês Moreira da Costa<sup>1</sup>**

**Arlen José Silva de Souza<sup>2</sup>**

Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia

**Resumo:** A argumentação jurídica envolve dificuldades para se entender decifrar a verdade que é produto de uma propositura conjugada com o fato. Daí a necessidade de discussão quanto as teorias que regem essas relações para se entender o fenômeno da judicialização no direito brasileiro com amparo na Constituição Federal. A judicialização surge como resposta as anomalias existentes nos Poderes Legislativo e Executivo, por força da crise moral que atravessa o Estado brasileiro e a falta de representatividade popular de qualidade. Enxergar a importância do Poder Judiciário na seara política para preservar a integridade dos mandamentos constitucionais, respeitando os limites entre os Poderes e adequando as políticas públicas ao sistema legal, com o fim de assegurar os direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos.

**Palavras-chaves:** argumentação jurídica; Poder Judiciário; judicialização; políticas públicas; Constituição.

**Abstract:** Legal argumentation involves difficulties in understanding decipher the truth that is the product of a proposition coupled with fact. Hence the need to discuss the theories that govern these relations in order to understand the phenomenon of judicialization in Brazilian law with amparo in the Federal Constitution. The judicialization comes as a response to the existing anomalies in the Legislative and Executive Branches, due to the moral crisis that crosses the Brazilian State and the lack of popular representation of quality. To see the importance of the Judiciary in the political arena to preserve the integrity of the constitutional commandments, respecting the limits between the Powers and

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - Direito/Rio. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Porto Velho, Rondônia - Brasil.

<sup>2</sup> Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Rondônia - TJRO. Professor da Universidade Europea de Madrid - UEM; Professor da Universidade Federal de Rondônia e da Escola da Magistratura de Rondônia - EMERON. Coordenador da Pós-Graduação em Gestão Cartorária Judicial da Escola da Magistratura de Rondônia - EMERON. Doutorando em Ciências Políticas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS; Mestre em Direito pela Fundação Getúlio Vargas - FGV; MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV; Especialização em Direito Penal pela Universidade Federal de Rondônia/Universidade Federal de Minas Gerais e graduação em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Com atuação profissional na área de docência no ensino superior nas disciplinas: Direito Penal, Direito Processual Penal, Execução Penal, Direito Eleitoral, Métodos Alternativos de Solução de Conflito e Prática Cartorária.

adjusting the public policies to the legal system, in order to guarantee the fundamental rights and guarantees to all citizens.

**Keywords:** Legal arguments; Judicial power; Judicialization; public policy; Constitution.

### **Introdução**

Entender qual é a melhor exegese para uma sentença judicial implica em conhecer as teorias que regem a argumentação jurídica, de modo que essas ferramentas se prestem a atender a demanda judicial que aporta no Poder Judiciário, em função da crise moral que o país atravessa, da falta de credibilidade das instituições, da falta de cumprimento das políticas públicas de infraestrutura, entre outras causas.

Nesse estudo será discutido a judicialização e sua atuação em face dos mandamentos constitucionais. Para tanto foi identificado como problema a *intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas*.

A primeira seção versa sobre a argumentação jurídica como ferramenta de exegese, com fim de ser apresentadas algumas teorias que podem ser aplicadas em face da dinâmica social e do fenômeno da judicialização.

O constitucionalismo e os direitos fundamentais, constituem a segunda seção, e trazem uma visão sobre o amparo reservado aos cidadãos pela Carta Maior.

A judicialização de questões políticas e a separação de poderes é o mote da terceira seção, que traz a ideia de como a decisão judicial pode alterar as posições políticas que não se coadunam as Carta Maior.

Na quarta seção é discutida A intervenção judicial e a independência do Poder Judiciário como forma de assegurar o *check in balance* entre os poderes do Estado.

Intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas é o tema da quinta seção, que possibilita um diálogo a respeito dos limites da judicialização.

A conclusão sintetizará este artigo científico, permitindo que sejam feitas algumas reflexões sobre a argumentação jurídica que melhor se acomoda no contexto da judicialização no Estado brasileiro.

### **1. A argumentação jurídica como ferramenta de exegese**

A contemporaneidade induz as discussões importantes a respeito da teoria da argumentação jurídica. A racionalidade intrínseca da argumentação jurídica, em seu aspecto metodológico, tem se mostrado como premissa de urgência a ser discutida. A atualização dos seus cânones implica em efetivar a dialética que os juízes são incapazes de emitir sentenças apenas com base em conclusões lógicas válidas. Ora, como fazer quando não há provas que conduzam a lógica racional é um questionamento que deve ser respondido com um método racional que funcione dentro desses contextos fáticos, Alexy<sup>3</sup>.

Ora, não é possível afirmar ser o direito igual à todas leis, pois os juízes não ficam adstritos aos comandos legislativos, especialmente os literais. Há uma exigência que o exegeta judicial no momento de julgar expresse com clareza a correção que a lei em abstrato deve ter. A coerência legal é ponto imprescindível. Por isso, estranho ao aspecto dogmático e seus instrumentos, existe argumentação racional com a construção de uma resposta através do consenso racional que se acomoda como alternativa jurídica na premissa persuasória legal. No mesmo sentido, importa mencionar Alexy<sup>4</sup> quando se reporta aos argumentos de Esser, no que reclama os termos *correção social*

---

<sup>3</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, 2ª edição, tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

<sup>4</sup> Idem, p.34-35.

como elemento de consenso:

Esser e Kriele em especial advogam a possibilidade da argumentação jurídica racional relevante. Em seu livro *Vorvestiindnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Esser tenta mostrar que "na realidade existe essa *racionalidade da argumentação exterior* ao sistema dogmático e seus "métodos" - na medida em que *a organização de um consenso sobre a racionalidade de uma solução* no enquadramento de certas alternativas jurídicas constitui o verdadeiro processo de persuasão da lei.

A preocupação de se realizar um julgamento com conceitos subjacentes à lei é necessária para que se evite as arbitrariedades, por isso a uso da argumentação racional deve acentuar que o direito positivado não é suficiente para sustentar a demanda que está posta pela natureza fática do problema. A lacuna que surge será coberta com as razões utilitárias e os conceitos de justiça aceitos pela sociedade.

Uma dúvida emerge quanto a validade das sentenças normativas, especialmente quanto a justificação destas. Assim, à filosofia analítica resta examinar a linguagem normativa genericamente e linguagem moral, em especial. Por dar lastro a esse estudo é desenvolvida uma meta-ética que não amoldam ao discurso racional.

Na discussão entre dois indivíduos a respeito da validade de uma proposição X, observa-se duas alternativas para o consenso. A primeira é uma das partes demonstrar que são argumentos são verdadeiros. A segunda é induzir a outra parte que a aceitar o argumento posto, por qualquer meio. Entre esses meios estão a propaganda, a pressão psicológica e a persuasão. A comunicação de massa é alvo do primeiro. A segunda denota a concordância do outro por qualquer meio. Por fim, a terceira é fruto da justificação de uma convicção moral. É preciso uma análise mais acurada da validade da *justificação de uma convicção moral* através de proposituras meta-éticas, o naturalismo e o intuicionismo o emotivismo. Se estas correntes são validadas o discurso prático racional torna-se desnecessário.

Explica-se o termo *naturalista* quando a aplicação deste a uma teoria se vale dos termos BOM e DEVERIA, expressões normativas, são utilizado como expressões descritivas. É premissa sendo verdadeira estaria submetido ao empirismo das ciências naturais e sociais. De sorte, que o escopo da ética e da filosofia moral estaria limitar-se-ia a transmutação de expressões normativas em expressões descritivas. Note-se que a discrepância havida em transformar *deveria* em *é*, redundaria em transformar as expressões normativas em descritivas.

As críticas a sistemática acima é de Moore. Desenvolveu- um discurso em o *naturalismo* é tratado como falacioso, em face do argumento da *questão em aberto*. Ora, se BOM é o que a maioria deseja, o que nem sempre é o correto. Ensina Alexy<sup>5</sup>:

Definimos "bom" em termos de alguns desses predicados empíricos como "sought after by the majority", então sempre que "bom" aparece ele pode ser substituído por "o que a maioria deseja" também é bom? Se a teoria descritiva estivesse correta, essa pergunta faria tão pouco sentido como a questão: "A é o que a maioria deseja, mas A também é procurado pela maioria? No entanto, não é esse o caso. A primeira questão tem sentido, ao passo que a segunda não tem. Assim, o significado de "bom" ao menos não concorda inteiramente com o da "o que a maioria deseja". Em vez de "o que a maioria deseja" podemos deduzir outros predicados ou quaisquer outras ligações de predicados. "Whatever definition be offered, it may always be asked, with significance, of the complex so defined, whether it is itself good. Disso resulta que a tese naturalista da descrição de termos de valor não pode ser correta.

---

<sup>5</sup> Ibid. p.46

As críticas ao discurso de Moore quanto ao *open-question argument* têm três posições significativas. A primeira que é possível que se descubra uma proposição verdadeira, dentre outras que são falaciosas, o que valida o naturalismo.

A segunda é a possibilidade de BOM ser a verdade definível, ou seja, se o significado de duas proposições for idêntico sem que apareçam explicitamente. A existência de *covert synonymy* (sinonímia oculta) não pode afastar a incidência dela, o que afasta, de algum modo a propositura de Moore.

Ao discorrer sobre o *intuicionismo* verifico não ser possível rotular BOM e DEVERIA como expressões empíricas, pois para o *intuicionismo* esses termos se relacionam com propriedades, como a do SER. Para esta tese *intuicionística* o BOM e o DEVERIA não são conhecidos pelos sentidos, mas por uma percepção especial, similar ao sexto sentido ou um conhecimento intuitivo primário. Ou, ainda, a combinação de ambos.

Para Moore apenas uma propriedade é conhecida o BOM, sendo esta simples e analisável. Ross, em sentido contrário afirma que há dois termos sem definição, BOM e CORRETO. Discutindo a matéria Scheller sentencia que quatro tipos de valores são apresentados: os relativos ao agradável e desagradável; os vitais; os intelectuais e os divinos. Este autor escalona tais valores, os divinos em posição superior aos agradáveis e desagradáveis.

Entre as críticas ao *intuicionismo* estão os critérios que a tese se vale para diferenciar o certo do errado, as intuições genuínas das equivocadas. O contexto que se encerra as verdades não sobra espaço para a argumentação. O exemplo de Moore é satisfatório para exemplificar: *mas eu declaro que é falso porque sua falsidade é evidente para mim, e eu acho que é razão suficiente para minha afirmação.*<sup>6</sup>

A tese que se versa sobre o *emotivismo* está relacionada com a expressão de sentimento e atitudes. Stevenson declara que o principal dos julgamentos morais é a de influenciar pessoas, pois exercem ingerência psicológica sobre os indivíduos. Apresentam-se, os julgamentos morais, para exercer dupla função, a emotiva e a cognitiva. Modelos de trabalho foram traçados por Stevenson: I) *This is wrong means: I disapprove of this; do so as well;* II) *He ought to do this means: I disapprove of his leaving this undone; do so as well;* III) *This is good means: I approve of this; do so as well.*

A percepção de Stevenson sobre a matéria revela que o autor insere duas assertivas em cada proposição. Na primeira parte os argumentos são descritivos e na segunda são imperativos. As palavras possuem uma carga de poder quer está ligado a história emocional que não é perceptível, no entanto se traduzem em atitudes. Aquele que estuda não percebe a pressão psicológica que está por traz das palavras. Ensina:

Em todas três definições, o *definiens* tem duas partes. A primeira parte, uma afirmação sobre a atitude do orador, expressa o significado descritivo (*descriptive*) dos termos analisados; a segunda parte, um imperativo, expressa o significado emotiva (*emotive*). Por significado emotivo da palavra, Stevenson entende "o poder que a palavra adquire, levando em conta sua história em situações emocionais, para evocar ou diretamente expressar atitudes, como distintas de descrevê-las ou designá-las" Os imperativos contidos no *definiens*, no entanto, só representam de forma incompleta esse significado emotivo: "Ethical judgements alter attitudes, not by an appeal to self-conscious efforts (as in the case with imperatives), but by the more flexible mechanism of *suggestion*. Emotive terms present the subject of which they are predicated in a bright or dim light, so to speak, and thereby *lead* people, rather than command them, to alter their attitudes." O ouvinte

---

<sup>6</sup> Ibid. p.49

(ao menos como regra geral) não está consciente da pressão psicológica exercida pelas expressões.

Portanto, o *emotivismo* está vinculado a força léxicas das expressões, que se constituem de carga emocional adquiridas dentro do contexto histórico e não perceptível para quem é dirigido o discurso.

Para Habermas, em sua Teoria do Consenso da Verdade, as expressões normativas, de normas cogentes e axiologicamente válidas, podem ser validadas de igual modo as expressões empíricas. Assim, as inferências do empirismo se equivalem as expressões normativas na busca da verdade.

Habermas opõe a teoria do consenso, de sua autoria, em contraste com as teorias clássicas da verdade, em especial com a Teoria da Correspondência. As teorias clássicas, segundo este autor, são incapazes de solucionar as questões que versam sobre a definição de verdade. Insta frisar que Habermas valida seus argumentos com a discussão a seguir, Habermas *apud* Alexy<sup>7</sup>:

"eu posso dar um predicado a um objeto, só quando todas as outras pessoas que *puderem* entrar numa conversa comigo, *atribuírem* ao objeto o mesmo predicado. A fim de distinguir as afirmações falsas das verdadeiras, eu me refiro ao julgamento dos outros na verdade, ao julgamento de todos os outros com os quais tive uma conversação (incluo aqui, contrafactualmente, todos os parceiros de discurso que pudesse encontrar se o histórico da minha vida fosse co-extensivo com aquele da espécie humana). A condição para a verdade das afirmações é o acordo potencial de *todas as outras* pessoas".

Em outro sentido é o apregoado pela Teoria da Correspondência da Verdade, uma vez que esta declara que uma proposição somente será verdadeira se faticamente assim se apresentar, ou seja, demanda a existência do fato concreto. Conclui-se que a correlação entre a sentença e o fato é a verdade.

No primeiro momento não merece reparos a Teoria da Correspondência da Verdade, pois que é simples entendimento que o fato deve corresponder ao que existe. Porém, a dificuldade se apresenta quanto a identificar a correspondência da proposição com o fato, ou seja, o que é o fato para que a sentença seja verdadeira. Alexy<sup>8</sup> discorre:

É esse exatamente o ponto a que Habermas se dedica. Juntamente com Strawson, ele faz uma distinção entre os fatos e os objetos da experiência. "Facts are what statements (when true) state; they are not what statements are about. They are not, like things or happenings on the face of the globe, witnessed or heard or seen...". Os objetos da experiência existem no mundo. Em contraste, como diz Patzig, "Fatos não são primeiro o que são e, em segundo lugar, além disso, são o que é representado pelas sentenças verdadeiras". "Sem sentenças não pode... haver fatos; os fatos dependem essencialmente da linguagem."

Conclui-se que os fatos não são comparados aos objetos, em face da concretude destes. Tal assertiva leva Habermas a criticar a Teoria da Correspondência da Verdade, pois as expressões devem se subordinar aos fatos, e não o inverso. Os fatos, de uma banda, necessitam da linguagem, enquanto, em outra vertente, a verdade das proposições depende dos fatos.

## 2. Constitucionalismo e direitos fundamentais

Ferrajoli<sup>9</sup> sustenta que a democracia constitucional teve uma mudança de paradigma, acerca do papel do direito, nos últimos 50 anos, após a segunda guerra mundial, redescobrimo-se o significado da "constituição" como limite e vínculo aos

<sup>7</sup> Ibid. p.92

<sup>8</sup> Ibid. p.92

<sup>9</sup> FERRAJOLI. Luigi. Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales. In: Ferrajoli, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfetcto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trota, 2008, p. 30.

poderes públicos, especialmente pelo disposto no artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem de 1789: "Toda sociedade que não assegure a garantia dos direitos nem a separação dos poderes não têm constituição":

Gracias a la garantía ilustrada antes de la rigidez constitucional, la legalidad cambia de naturaleza: no es sólo condicionante y disciplinante, sino que ella misma es condicionada y disciplinada por vínculos jurídicos no son formales, sino también sustanciales; ya no es simplemente un producto del legislador, sino que también es proyección jurídica del derecho mismo y por ende límite y vínculo para el Legislador. De ahí que el derecho resulta positivizado no sólo en su «ser», es decir, en su «existencia», sino también en su «deber ser», es decir, en sus condiciones de «validez»; ya no sólo el «quién» y el «como» de las decisiones, sino también el «qué»: qué no debe decidirse—es decir, la lesión de los derechos de libertad— y, por el contrario, qué debe decidirse —es decir, la satisfacción de los derechos sociales.

Com o chamado Estado Constitucional de Direito, ultrapassa-se a ideia de Estado "legal". O Estado surge, então, para suprir o déficit de indisponibilidade dos valores essenciais do ordenamento, criando um nível de juridicidade superior e vinculante: a Constituição, que passa a ser reconhecida como norma suprema.

O neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que começam a surgir depois da segunda guerra mundial e sobretudo a partir de 1970. São constituições que não se limitam a estabelecer competências ou a separar os poderes públicos, e sim que contém altos níveis de normas materiais ou substantivas que condicionam a atuação do Estado por meio da ordenação de certos fins e objetivos.

A mudança de ideia de Constituição formal por Constituição material é um dos aspectos principais do neoconstitucionalismo:

Una de las concepciones constitucionales marcadamente influyentes desde los mismos inicios del neoconstitucionalismo con la derrota del facismo y la posterior caída de las dictaduras en Europa, es la interpretación extensiva de las provisiones constitucionales. No sólo es primordial que las constituciones consagren derechos, sino también que los jueces puedan interpretarlos de una manera tal que el contenido del derecho, o de varios derechos, pueda ser ligado a un caso no originalmente previsto. Aquí se revela la discusión neoconstitucional entre las teorías externa e interna de los derechos fundamentales, ya que se trata de la manera de fijar el contenido mínimo de los derechos por lo que explícitamente prescriben las disposiciones que los establecen o los que se puedan determinar en el caso concreto al contraponer ponderativamente el derecho afectado y el contrario, por lo que resulta justificado imponer una restricción<sup>10</sup>.

Guastini define a constitucionalização do ordenamento jurídico como sendo "um processo de transformación de um ordenamento jurídico al término del cual el ordenamento em cuestión resulta totalmente "impregnado" por las normas constitucionales"<sup>11</sup>.

Sanchis, por sua vez, também reconhece a força expansiva da constitucionalização dos direitos, ao afirmar que a consequência mais básica da constitucionalização dos direitos consiste "em concebir a los derechos como normas supremas, efectiva y directamente vinculantes, que pueden y deben ser observadas em toda operación de interpretación y aplicación del derecho"<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> VV.AA. (Vários autores). Neoconstitucionalismo: teoría y práctica. In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Eds.). **El canón neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010, p. 222 e 231.

<sup>11</sup> GUASTINI, Ricardo. La "constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 49.

<sup>12</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel

De acordo com Battista Ratti<sup>13</sup>, o termo neoconstitucionalismo é usado para denotar (i) uma forma de estado, (ii) uma política de ativismo judicial, (iii) uma reconstrução teórica dos sistemas jurídicos contemporâneos, (iv) uma metodologia jurídica e (v) uma forma de adesão ideológica ao direito. Com relação à forma de estado, é usado para designar o Estado constitucional de Direito, geralmente caracterizado por um documento constitucional rico em direitos e princípios fundamentais, um regime de constituição rígida e a presença do "judicial review", com a invalidação, por órgão judicial, da lei incompatível com os princípios constitucionais.

Portanto, esta forma de estado acompanha uma certa forma de política judicial conhecida como ativismo, que se caracterizaria pela prática judicial de aplicar diretamente os princípios constitucionais a casos judiciais particulares, sem que seja necessária uma intermediação legislativa. Como reconstrução teórica o neoconstitucionalismo procura descrever os benefícios da constitucionalização, ou seja, os efeitos estruturais nos sistemas jurídicos, dotando as constituições de força expansiva (com positivação de direitos fundamentais, presença de princípios abertamente morais, técnicas peculiares de interpretação e aplicação).

Desse modo, a mudança histórica precisa ser acompanhada de uma mudança também no método, o que leva o neoconstitucionalismo a ser concebido como uma metodologia jurídica específica, que recomenda desfazer a distinção entre descrição e valoração e sugere que a ciência jurídica seja abertamente normativa e valorativa. E como forma de adesão ideológica ao direito, se deve obedecer ao direito na medida em que os documentos constitucionais sejam próprios ou se conformem aos valores de uma presunção moral crítica.

Neto e Sarmento<sup>14</sup>, por sua vez, aduzem que o neoconstitucionalismo envolve, simultaneamente, mudanças no tipo das constituições e dos correspondentes arranjos institucionais e alterações na teoria jurídica subjacente, que passa a ser associada a diversos fenômenos tanto no campo empírico como no da dogmática jurídica, dentre os quais relaciona: a) o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou "estilos" mais abertos de raciocínio jurídico, como ponderação, tópica, teorias da argumentação etc; c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais para todos os ramos do ordenamento; d) reaproximação entre o Direito e a Moral; e e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

### 3. A judicialização de questões políticas e a separação de poderes

A legitimidade da jurisdição constitucional tem origem na teoria do poder constituinte (de Emmanuel Joseph Sieyès, de 1789) e na separação de poderes (de Montesquieu, 1748). Essa legitimidade vem sendo discutida no Brasil, principalmente, pelo papel inovador desenvolvido pelos juizes, que, em algumas vezes, acabam interferindo diretamente nas diretrizes políticas elaboradas pelos outros Poderes, tanto sob o ponto de vista da interpretação legislativa, quanto sob o enfoque da implementação de políticas públicas.

Para Montesquieu o Judiciário não era considerado, propriamente, um poder, e apenas o Executivo e o Legislativo teriam essa denominação, embora ele fizesse a distinção entre essas três funções, competindo aos magistrados a função

---

(ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos.

Madrid:

Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2007, p. 216.

<sup>13</sup> BATTISTA RATTI, Giovanni. Neoconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo. **Ius Humani. Law Journal**, [S.l.], v. 4, p. 227-261, sep. 2015, p. 230-232.

<sup>14</sup> NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo, p. 95-96.

de aplicar a lei. A combinação dos poderes Legislativo e Judiciário nas mesmas mãos seria a essência da tirania, uma regra arbitrária, razão pela qual tais poderes deveriam ser separados. Mas ao Poder Judiciário restaria apenas pequena parcela do “poder” estatal, no que resultou a definição do juiz como mero aplicador da lei, que ficou célebre na expressão do próprio Montesquieu do “juiz boca da lei”. O Judiciário, assim, teve sua origem como subordinado aos outros Poderes. Tanto que na Constituição Francesa de 1791 (título III, capítulo V), o “Tribunal de Cassação” era um órgão auxiliar da Assembleia Legislativa.

Haberle afirma que o princípio da divisão de poderes é tanto um “texto clássico” desde Montesquieu (1748) quanto um “principio constitutivo” na tríade do Legislativo, Executivo e Judicial, do tipo “del Estado constitucional, y viene a ser derecho constitucional positivo en todos los ejemplos y variantes nacionales”:

Las variantes nacionales del “ principio de la división de poderes” son grandes. La Constitución federal de los Estados Unidos de 1787 desarrolló el sistema de “checks and balances” , el cual enfatiza la separación de los poderes, mientras que las democracias con sistemas de gobierno parlamentarios, en los cuales el gobierno depende de la confianza del Parlamento, conocen elementos de múltiples intersecciones entre el primero y el segundo poder (entrecruzamiento de los poderes). Claro está que en ellos la jurisdicción independiente se encuentra fuertemente separada y es autónoma, si bien también hay aquí influencias (por ejemplo, elección o nombramiento de los jueces, ya sea por el Parlamento o por los gobiernos). Como quiera que se encuentre constituida una democracia nacional con división de poderes, lo determinante es que quede garantizada la idea fundamental de la división de poderes, el impedimento al abuso de poder<sup>15</sup>.

No Brasil, o art. 2º da Constituição Federal de 1988 estabelece que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. O Judiciário também tem sua legitimidade reconhecida no inciso XXXV do art. 5º da mesma Lei, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Poder Judiciário um duplo papel: o de reparar e reconstituir direitos e o de suprir a omissão dos demais poderes no que tange à efetivação desses direitos. Para Barroso<sup>16</sup>, a expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico, sendo fruto da conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o “modelo inglês – a chamada democracia ao estilo de Westminster -, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade”.

Vianna<sup>17</sup> sustenta que a crise do *Welfare State*, ao longo dos anos 1970, que resultou na emergência do neoliberalismo e suas intervenções no sentido da desregulamentação do mercado, afrouxaram, quando não retiraram de cena, as “escoras que asseguravam direitos a amplos setores sociais”, de modo que “ao mundo da utopia do capitalismo organizado e do que deveria ser da harmonia entre as classes sociais, sucede uma sociedade fragmentada entregue às oscilações do

<sup>15</sup> HABERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, p. 205.

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In **Tratado de Direito Constitucional**: constituição no século XXI, vol. 2/ coordenadores Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula, 1ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 760.

<sup>17</sup> VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2, p. 39-85.

mercado, onde o cimento das ideologias e da religião, mesmo o dos laços da família tradicional, perde força coesiva”.

Sem Estado, sem fé, sem partidos e sindicatos, suas expectativas de direitos deslizam para o interior do Poder Judiciário, o muro das lamentações do mundo moderno, na forte frase de A. Garapon. O *boom* da litigação, desde então, é um fenômeno mundial, convertendo a agenda do acesso à Justiça em política pública de primeira grandeza. Esse movimento, no seu significado e envergadura, encontrará antenas sensíveis nas instituições da democracia política, em particular no sistema da representação. Os políticos, diante da perda de eficácia e de abrangência dos mecanismos próprios ao *welfare*, e igualmente conscientes da distância, nas democracias contemporâneas, entre representantes e representados, passam a estimular, pela via da legislação, os canais da representação funcional. Por meio de suas iniciativas, a Justiça se torna capilar, avizinando-se da população com a criação de juizados de pequenas causas, mais ágeis e menos burocratizados. A institucionalização das *class actions* generaliza-se, instalando o juiz, por provocação de agências da sociedade civil, no lugar estratégico das tomadas de decisão em matéria de políticas públicas, e a malha protetora do judiciário amplia-se mais ainda com a legislação dos direitos do consumidor<sup>18</sup>.

Cruz<sup>19</sup> sustenta que o modelo de Estado Liberal até então vigente deixou de ser incapaz e atender às novas demandas da nova ordem social massificada e hipercomplexa, onde se exige do Estado uma atitude positiva que assegure a plena garantia dos direitos. Esclarece que no Estado Liberal, baseado paradigmaticamente na liberdade e na igualdade formal, o modelo de jurisdição estava estruturado e concebido com as seguintes características: (a) inércia ou conduta omissiva; (b) juiz equidistante, neutro e imparcial; (c) plena autonomia da vontade; (d) verdade meramente formal.

Ao juiz competia, unicamente, respeitar a autonomia da vontade para garantir a igualdade formal. Nesse modelo estatal, o direito constitucional de ação, enquanto poder de participar ativamente na construção da ordem jurídica justa, ocupava apenas um papel secundário enquanto caminho para o verdadeiro acesso à justiça, muito diferente dos dias atuais, onde ao significado de ação se acrescenta o conteúdo da jurisdição, “entendida esta enquanto dever fundamental do Estado de assegurar os direitos fundamentais tanto na perspectiva individual como também e principalmente na difusa”.

Destarte, nesse novo modelo constitucional, sobreleva a figura do “juiz cidadão”, comprometido com os novos reclamos da sociedade contemporânea, a quem compete buscar, no cotidiano de sua atuação, “ampliar os mecanismos de acesso ao pleno desenvolvimento humano, conferindo especial proteção aos direitos fundamentais”.

Esse protagonismo transforma o juiz em agente direto da questão social. De acordo com André Ramos<sup>20</sup>, é comum considerar como função única dos Tribunais Constitucionais de matriz kelseniana a realização do controle de constitucionalidade das leis. No entanto, afirma que é possível, na atualidade, ultrapassar essa noção, para abarcar outras igualmente relevantes, elencando as seguintes categorias funcionais fundamentais que compõem a ideia de tribunais

---

<sup>18</sup> VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política, p. 40-41.

<sup>19</sup> CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas ambientais**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 4(1): 81-89 janeiro-junho 2012.

<sup>20</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 257.

constitucionais: (i) interpretativa (e de enunciação); (ii) estruturante; (iii) arbitral; (iv) governativa; e (v) legislativa *stricto sensu*.

A função interpretativa é inerente a qualquer análise a partir da Constituição, e ao desenvolvê-la o Tribunal Constitucional pode acabar por se tornar não apenas um “legislador positivo”, mas, mais do que isso, um verdadeiro “poder constituinte permanente”, uma “terceira câmara do Congresso”. A função estruturante será aquela destinada à manutenção da organização (estrutura) do ordenamento jurídico, onde se inclui o controle da constitucionalidade das leis.

A função arbitral desenvolve-se em diversos segmentos, como na superação do atrito entre os “poderes” orgânicos do Estado de Direito e entre os “poderes” territoriais do Estado Federal (por exemplo, para determinar sobre qual entidade federativa compete para legislar sobre determinado tema, porque visa conformar o desenho federativo -separação de “poderes”- e não a um mero controle de leis).

A função governativa estará presente no desenvolvimento de muitas das funções anteriormente elencadas, e ocorre especialmente a partir do momento em que as Constituições passaram a incorporar normas programáticas (matérias até então constantes apenas dos programas de Governo), com postulados a serem perseguidos e implementados pelos Governos, o que “constrangeu” o Tribunal Constitucional a trabalhar também nessa seara.

Finalmente, pode haver, em alguns modelos, uma função legislativa típica, como em relação às chamadas omissões normativas inconstitucionais, nas quais poderia se cogitar de o Tribunal Constitucional desempenhar, ainda que temporariamente, uma competência legislativa a termo, “colmatando a lacuna legislativa indesejável, até que o Parlamento supere sua inércia inicial”.

Dentre essas funções, a interpretativa e a governativa seriam as que mais têm aumentado o papel do Poder Judiciário na atualidade. No sistema de constitucionalidade brasileiro, essa proporção tem sido ainda maior, em razão, segundo Barroso<sup>21</sup>, da “constitucionalização abrangente e analítica 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”.

Para Oliveira<sup>22</sup>, a generalização do conceito de judicialização é difícil, porque a atuação política do Judiciário e da Suprema Corte em qualquer país varia de acordo com pelo menos quatro aspectos: (1) o desenho institucional, ou seja, as ferramentas que possibilitam ao Judiciário ter impacto nas decisões políticas e aos juízes exercerem um papel político; (2) as forças sociais em disputa e os usos que se faz do tribunal; (3) a dinâmica interna do tribunal, influenciada pela ideologia política e filosofia judicial dos juízes; e (4) a reação da opinião pública e dos demais poderes às decisões do tribunal (*compliance*).

Neto e Sarmiento<sup>23</sup> sustentam que a maior consciência de direitos presente em nossa sociedade, o elevado grau de pluralismo político e social, o fortalecimento da independência do Poder Judiciário e a mudança na nossa cultura hegemônica – “que passou a ver os princípios constitucionais como normas jurídicas vinculantes e a estimular o uso de instrumentos metodológicos mais flexíveis, como a ponderação e a argumentação calcada em valores – contribuíram para que a jurisdição constitucional ganhasse destaque na vida pública nacional, fenômeno esse que tem sido denominado de *judicialização da política*.”

Importa esclarecer que no Brasil o sistema judicial de controle de constitucionalidade combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode

---

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, p. 761.

<sup>22</sup> OLIVEIRA, Fabiana Nuci. **Agenda Suprema**: interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Tempo soc.* [online]. 2016, vol.28, n.1, pp.105-133.

<sup>23</sup> NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 77-78.

pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto, o chamado controle difuso de constitucionalidade – e a matriz europeia – onde ações diretas podem ser ajuizadas perante a corte constitucional. Assim, o Supremo Tribunal Federal brasileiro realiza tanto o controle abstrato/concentrado como o controle difuso/concreto de constitucionalidade, embora aquele seja o único Tribunal a realizar o controle concentrado, ficando para os demais Tribunais e juízes de primeiro grau o controle difuso.

#### 4. A intervenção judicial e a independência do Poder Judiciário

Ferejohn<sup>24</sup> sustenta que os tribunais têm assumido novas e importantes posturas em relação ao Legislativo, através de três maneiras: limitando e regulando o exercício do poder parlamentar através da imposição de limites substanciais sobre o poder das instituições legislativas, se tornando crescentemente lugar de produção da política substantiva e fazendo com que os juízes estejam mais dispostos a regular a atividade política em si mesma por meio da construção e fortalecimento de padrões aceitáveis de comportamento dos grupos de interesse, dos partidos políticos, e dos mandatários eleitos e nomeados. Mas o fato de os tribunais intervirem com frequência nos processos decisórios também significa que outros atores políticos, bem como os grupos que buscam ação política, possuem razão ao considerar a possibilidade de reação pela via judicial:

As propostas devem ser concebidas de modo a assegurar que a legislação não será derrubada e tampouco interpretada de forma indesejável. Para atingir esse resultado, parte do debate político sobre a nova legislação deve ter como objetivo antecipar a resposta das instituições jurídicas. Assim, vemos uma aplicação global de um aspecto do fenômeno que Tocqueville observou sobre a política americana anos atrás: a transformação de questões políticas em questões judiciais. Isto significa que as considerações legais/constitucionais e a retórica assumem uma nova e, por vezes, decisiva importância na rotina legislativa de formulação de políticas.

Ferejohn<sup>25</sup> aponta duas causas para a judicialização. A primeira é uma “fragmentação crescente do poder no âmbito dos ramos políticos o que os limita em sua capacidade de legislar, ou de ser o lugar onde a política efetivamente é formulada”. Ele chama isso de “*hipótese de fragmentação*”, ou seja, quando os ramos políticos não podem agir, as pessoas procuram soluções em outras instituições onde possam obtê-las, e os tribunais, com frequência, oferecem estes espaços. A segunda causa é a percepção de que os tribunais, pelos menos alguns, podem ser confiáveis para proteger uma ampla gama de importantes valores contra potencial abuso político. É que ele denomina de “*hipótese dos direitos*”. Assim, como os tribunais começaram a proteger direitos e liberdades individuais, além dos direitos de propriedade, a resistência à expansão da liberdade judicial diminuiu.

As causas, para Barroso<sup>26</sup>, são diversas. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. A segunda envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentares em geral. E uma terceira seria que os próprios políticos preferem, muitas vezes, que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, sobre as quais exista desacordo moral razoável na sociedade, evitando, assim, o próprio desgaste, a exemplo das uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas.

---

<sup>24</sup> FEREJOHN, John. Judicializando a política e politizando o Direito. In Tratado de Direito Constitucional: constituição no século XXI, vol. 2/ coordenadores Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula, 1ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 709-710.

<sup>25</sup> FEREJOHN, John. Judicializando a política e politizando o Direito, p. 723.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, p. 761-762.

E relaciona, a título de exemplificação, algumas das questões que têm sido submetidas à análise do Supremo Tribunal Federal: (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); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS); (v) interrupção da gestação de fetos anencéfalos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante n. 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Terra 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 n. 13); (x) não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF).

Essas questões revelam o âmbito de atuação em que o Poder Judiciário tem sido chamado a intervir, cada vez com maior frequência. E tais intervenções não se limitam à corte constitucional, mas têm sido submetidas aos juízes de primeira instância, como a exemplo das sentenças que serão expostas no decorrer do presente trabalho.

Ao assumir a função política de controle dos atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, seja no âmbito de normatividade, seja no âmbito administrativo, o Poder Judiciário acaba sendo alvo de críticas.

Ao aceitarem um debate estritamente no nível político, os juízes passam a sofrer críticas diretas fundadas na ausência de legitimidade de suas decisões, tomadas no interior de um sistema político representativo, especialmente nos casos em que suas opções se revelam incorretas, quando então tem de assumir o ônus político e seus desacertos. As decisões políticas somente seriam admissíveis em um sistema no qual os juízes fossem eleitos para mandatos fixos, ou seja, no qual pudessem ser politicamente responsabilizados por seus erros através de um controle regular pela sociedade<sup>27</sup>.

As críticas que têm sido feitas a essa assunção de “poder” pelo Judiciário residem em alguns fatores: o primeiro é decorrente da ausência de eleição dos magistrados, que no caso do Brasil são aprovados em concurso público (ingresso inicial no primeiro grau, embora nos Tribunais existam a indicação e o quinto constitucional), o que os diferencia da forma de escolha dos membros dos demais poderes. É o que se denomina “dificuldade contramajoritária”; o segundo seria a ausência de controle do Judiciário (mesmo que exista o controle administrativo feito pelo CNJ e o jurisdicional feito pelo STF); o terceiro seria a possibilidade de subjetividade do magistrado ao proferir determinada decisão, onde haveria, não apenas o conhecimento técnico, mas também a aplicação de valores pessoais.

Essas críticas recaem, principalmente, quando o Poder Judiciário atua positivamente, determinando a implementação de direitos prestacionais, dos quais os direitos sociais são os mais corriqueiros (direito à saúde, direito à educação, direito à moradia etc).

Para Gerardo Pisarello<sup>28</sup>, os principais argumentos para a ausência de justiciabilidade desses direitos seria a falta de legitimação democrática dos órgãos jurisdicionais e a incompetência técnica dos juízes para lidar com questões econômicas. O primeiro argumento, da falta de legitimidade democrática dos órgãos jurisdicionais, introduziria nos sistemas representativos um elemento inadmissível, contramajoritário e antidemocrático, porque as políticas públicas seriam feitas e definidas por pessoas que não foram eleitas pelos cidadãos, e que não teriam a responsabilidade direta perante o eleitorado.

---

<sup>27</sup> APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005. p.74.

<sup>28</sup> PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Madri: Trotta, 2007, p. 89.

Ademais, este tipo de intervenção desvirtuaria a função que as constituições desempenham nas sociedades pluralistas contemporâneas, considerando que, ao anular ou impugnar certas políticas públicas, os tribunais estariam “constitucionalizando”, de maneira indireta, um modelo de desenvolvimento concreto. A constituição se tornaria, assim, em expressão das doutrinas econômicas que contam com o aval dos magistrados. O segundo, apesar de trazer argumentos teóricos razoáveis e experiências históricas que não se podem desconhecer, não são concludentes:

“Para comenzar, habría que decir que el argumento de la falta de legitimidad democrática del poder judicial se debilita en los casos más frecuentes y cotidianos de tutela de los derechos sociales, que son precisamente aquellos em que los jueces ordinários (en lo social, en lo civil, en lo penal, en lo contencioso-administrativo) controlam acciones y omisiones vulneradoras de derechos sociales provenientes tanto de atores públicos como de actores particulares. Los órganos administrativos, en efecto, tampoco tienen legitimidad democrática directa. Y aunque su función básica, en principio, consiste en ejecutar las leyes, es decir, normas generales elaboradas por órganos que si poseen ese carácter representativo, en la práctica sus actuaciones adquieren, muchas veces, un carácter discrecional, arbitrario y opaco. Esto implica que cuando los tribunales ordinários controlan e incluso sancionan a la administración por actuaciones desviadas o por omisiones arbitrarias que vulneram derechos sociales no sólo no interfieren de manera ilegítima con el principio democrático sino que pueden contribuir a reforzalo, asegurando el cumplimiento tanto de las leyes como de las propias previsiones constitucionales”<sup>29</sup>.

Mas, para Pisarello<sup>30</sup>, a justificação mais convincente contra esse argumento contramajoritário, é a de que nas democracias representativas *realmente existentes* a tutela dos direitos fundamentais e dos princípios ligados ao Estado social e democrático de direito não pode ficar de maneira exclusiva na vontade dos órgãos legislativos, principalmente quando esses não são sensíveis às demandas que não se traduzem em benefícios eleitorais imediatos ou que espaçam a agenda de prioridades políticas estabelecidas por uma “degradada lógica de partido”.

Nesse contexto, a justiça constitucional poderia ser um instrumento idôneo, embora não o único e nem o principal, para dar impulso a um certo controle em matéria de direitos civis, políticos e sociais e fazer audíveis e visíveis os interesses e vozes das minorias (e às vezes maioria) marginais dos canais representativos tradicionais. Assim, o controle jurisdicional das políticas econômicas e sociais poderia ser, ao contrário de uma restrição ao princípio democrático, uma condição para sua manutenção no tempo e para sua adequação aos elementos nucleares do Estado social.

Barroso<sup>31</sup> fala ainda da crítica quanto à capacidade institucional, que se dá como forma de evitar que o Judiciário se transforme em uma “indesejável instância hegemônica”: a de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos. Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Assim, sustenta que temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico.

---

<sup>29</sup> PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**. Elementos para una reconstrucción. Madri: Trotta, 2007, p. 90-91.

<sup>30</sup> PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**, p. 93.

<sup>31</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo, p. 765.

Observa-se que o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de preferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente está preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, “sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público”.

Outra crítica apontada por Barroso é no tocante à limitação do debate:

A primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos *locus* de discussão jurídica. Institutos como audiências públicas, *amicus curiae* e direito de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil atenuam, mas não eliminam esse problema. Surge, assim, o perigo de se produzir uma apatia nas forças sociais, que passam a ficar à espera de juízes providenciais. Na outra face da moeda, a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão. No momento seguinte, processos passam a tramitar nas manchetes de jornais – e não pela imprensa oficial – e juízes trocam a racionalidade plácida da argumentação jurídica por embates próprios da discussão parlamentar, movida por visões políticas contrapostas e concorrentes<sup>32</sup>.

Certamente as críticas à judicialização da política devem levar a uma reflexão, dada as características do constitucionalismo atual, que irradia a força de seus princípios a toda a legislação ordinária, e abre espaço para que, doravante, não mais apenas os aspectos formais das normas sejam questionados, mas, principalmente, a natureza de seus conteúdos, de forma a garantir que direitos fundamentais sejam efetivamente garantidos.

Para Cruz<sup>33</sup>, incumbe ao Poder Judiciário a importante missão constitucional de “promover o tratamento dos conflitos, sempre objetivando assegurar e harmonizar dialeticamente a fruição dos direitos fundamentais e imputar o respeito e o cumprimento dos deveres fundamentais, em especial ao Poder Público”. Assevera que a doutrina mais atual recomenda que os juízes atuem como agentes de mudanças sociais, como corresponsáveis pela atividade providencial do Estado. Nesse papel, compete aos juízes o controle das omissões administrativas e da execução das políticas públicas, e “quanto maior o grau de vinculação da atividade administrativa, mais intenso revela-se o controle judicial, como ocorre nas hipóteses de restrições de direitos fundamentais”.

Pereira Júnior<sup>34</sup> afirma que o controle é manifestação de *função política*, porque decorre necessariamente da constituição, da aplicação dos freios e contrapesos que viabilizam a harmonia e independência ente os poderes, é *dever jurídico*, porque determinado à produção de resultados de interesse público, é etapa necessária de um “processo sistêmico de trabalho” na medida em que toda atuação estatal deve almejar gestão eficiente e eficaz dos meios que estão à disposição dos gestores públicos e seria, assim, o devido processo legal aplicado às relações de administração entre o Estado e os cidadãos.

Portanto, o Poder Judiciário não pode se omitir na realização desse controle. Alexy<sup>35</sup> sustenta que sempre que se puder fundamentar, com suficiente

---

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo, p. 766.

<sup>33</sup> CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas ambientais**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 4(1): 81-89 janeiro-junho 2012.

<sup>34</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da administração pública**: da legalidade estrita à lógica do razoável. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 21.

<sup>35</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, 2ª edição, tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 547.

certeza, a existência de um direito subjetivo do indivíduo contra o Estado, as razões contrárias a uma competência de controle do tribunal têm que ceder. Portanto, "a competência de controle do tribunal depende sempre essencialmente da *certeza* com a qual a *existência* de uma posição de direito fundamental possa ser fundamentada".

### 5. Intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas

No âmbito do direito administrativo, a doutrina já superou a fase de que o controle jurisdicional estaria limitado à simples verificação da legalidade estrita do ato administrativo, consubstanciada pela análise de seus requisitos formais de validade do ato administrativo - competência, finalidade, objeto e forma – estando pacificado que o motivo também é um desses requisitos. Tanto é assim que a Lei da Ação Popular brasileira (Lei n. 4771, de 1965), estabelece como nulos os atos lesivos ao patrimônio público nos casos de incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade. Para Moraes<sup>36</sup>, o controle de legalidade transmutou para controle da juridicidade, o qual se concretiza "através da análise da compatibilidade do conteúdo dos atos administrativos com os princípios gerais do Direito, inseridos expressamente na Constituição ou dedutíveis de seu espírito".

A controvérsia remanesce sobre o controle jurisdicional que recai sobre os denominados "atos administrativos discricionários". Essa discricionariedade administrativa consiste na margem legal que os sistemas normativos concedem ao gestor público para que faça a escolha que mais se aproxime da plena realização de determinado interesse público.

A Constituição Federal brasileira estabelece, em seu artigo 37, a eficiência como um dos princípios basilares da administração pública, o que leva a assumir que as escolhas administrativas precisam se adequar a esse princípio, e se harmonizar com as escolhas constitucionais. Assim, quando o gestor decide pela conformidade e conveniência na escolha de determinado ato, de fazer ou não fazer em nome da Administração Pública, precisa estar consciente de que essa escolha não é totalmente discricionária, devendo, ao contrário, estar pautada em motivos definidos com base no interesse público e devidamente justificados no âmbito constitucional.

Infere-se que se exige a máxima objetivação do mérito administrativo, justamente para permitir que, caso seja instado pelo controle jurisdicional, tenha elementos para justificar sua escolha, até porque no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429, de 1992), constitui ato ímprobo aquele que atenta contra os princípios da administração pública (art. 11, "caput"). Assim, a administração escoreta deve passar pelas vias da adequada motivação e fundamentação do ato administrativo, com a completa justificação da escolha das alternativas colocadas à disposição do gestor.

Faltando a enunciação da regra jurídica proposta como aplicanda, não se terá como saber se o ato é adequado, ou seja, se corresponde à competência utilizada; omitindo-se a enunciação dos fatos e situações à vista dos quais se está procedendo de dado modo, não se terá como controlar a própria existência material de um motivo para ele e, menos ainda, seu ajustamento à hipótese normativa: carecendo de fundamentação esclarecedora do porquê se agiu da maneira tal ou qual não haverá como reconhecer-se, nos casos de discricionariedade, se houve ou não razão prestante para justificar a medida e, pois, se ela era, de veras, confortada pelo sistema normativo<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**, 2ª edição. São Paulo: Dialética, 2004, p. 137.

<sup>37</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 99.

Um dos temas mais controversos da atualidade é a intervenção judicial nas políticas públicas realizadas pelos demais poderes. Valle<sup>38</sup> apresenta o conceito de Bucci, segundo o qual “políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

No direito constitucional brasileiro, o estudo das políticas públicas apresenta duas vertentes: a primeira, representada por política que esteja parcial ou inteiramente constitucionalizada; e a segunda, representada por política que esteja unicamente na esfera do legislador e, portanto, não constitucionalizada.

A judicialização das questões envolvendo política pública tem se sobressaído na primeira hipótese, principalmente objetivando obrigar o Estado a prestar determinada atividade que, por lei, já é sua. As principais áreas de atuação são os direitos sociais, e a forma de atuação se dá tanto em ações individuais quanto coletivas (ações civis públicas, mandados de segurança, ações ordinárias etc.).

É geral o sentimento de inadequação ou, quando menos, desproporção entre os esforços do poder no rumo do cumprimento de seus deveres constitucionais, e os resultados efetivamente alcançados em favor da cidadania, tendo sempre por parâmetro de avaliação o texto constitucional. A falta de transparência na prática pública reforça a ideia de que as tarefas constitucionais não encontram concretização, não necessariamente por impedimentos materiais absolutos, mas muitas vezes por falta de vontade política, ou por prioridades outras, que não aquelas enunciadas pela Carta de Outubro. Assim, se as políticas públicas não se revelam aptas à proteção aos direitos fundamentais, isso assim seria por disfuncionalidade do poder, que devem ser corrigidas via prestação jurisdicional<sup>39</sup>.

No caso brasileiro, esse sentimento de inadequação fica mais ainda evidente em razão do momento político vivido no País, onde a alta cúpula dos Poderes Legislativo e Executivo estão sendo acusados de corrupção, em processos judiciais, ocasionando enorme insatisfação popular que vê muitos de seus direitos não serem atendidos por desvio de finalidade na alocação de recursos públicos. E ao Poder Judiciário resta o papel de assegurar esses direitos.

Mas para determinar a implementação de políticas, o Judiciário deve estar amparado em juízo de certeza de que aquela escolha não foi tomada pelo gestor por razões injustificadas. É o que Sérgio Moro<sup>40</sup> denomina reserva de consistência, ou seja, exige-se que o juiz demonstre “o desacerto do legislativo, que pretendeu desenvolver e efetivar a Constituição, apontando a solução mais adequada”.

Por este norte, o juiz teria que “munir-se de amplos dados empíricos, a fim de proferir a decisão adequada, conferindo a devida abertura à instrução processual, eventualmente com a requisição de informações de diversas entidades públicas”, ou até valendo-se de informações de outras ciências não jurídicas.

## CONCLUSÃO

As leis são elementos normativos que demandam interpretação, não ficando o magistrado escravo do disposto nos textos, pois a hermenêutica utilizada deve conter em si a correção adequada a argumentação racional, que muitas vezes escapa o dogmatismo implícito no texto legal, pois visa encontrar um consenso que se conforme a persuasão esperada como premissa de decidir.

---

<sup>38</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 44.

<sup>39</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**, p. 57.

<sup>40</sup> MORO, Sérgio Fernando. Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 91-96.

O Estado Constitucional de Direito não se limita ao denominado Estado "Legal", pois supera esta condição com a finalidade precípua de preencher as carências que o ordenamento jurídico não atendeu, de sorte que os atos normativos se vinculam aos preceitos constitucionais indicando que a Carta Maior é a norma suprema e subordina as demais.

Este trabalho científico discutiu as normas reguladoras dos Estados, que emergem depois da segunda grande guerra, mas que não se restringem a disciplinar as relações administrativas quanto a separação de poderes. O alcance dessas normas materiais ou substantivas consagra a proteção dos interesses estatais com fins e objetivos determinados.

No Brasil, a Carta Cidadã de 1988, consagra ao Poder Judiciário a competência reparar e reconstituir direitos e o de suprir a omissão dos demais poderes, para a efetivação de direitos. Resta evidente que a jurisdição é ampliada para atender interesses do escopo constitucional, com o controle das normas infraconstitucionais para que estas não colidam com a Constituição.

Em um passado recente, nos anos 70, do século passado, o neoliberalismo, em escala mundial, avança para a intervenção mínima estatal nos mercados. Tal mudança de paradigma não ficou somente no campo da economia, o *Welfare State* foi dilapidado com o fim ou sensível diminuição das políticas sociais que determinavam um equilíbrio entre as classes sociais. A sociedade se fragmenta e há um acréscimo de demanda judiciais para restabelecimento de direitos.

O poder político fragmentado e a credibilidade do Poder Judiciário como elemento estatal que tem a capacidade de proteger os direitos e as liberdades individuais contra os abusos do poder político deram origem a judicialização. A representatividade parlamentar também se mostra como um dos pontos que favoreceu a busca pelo Judiciário, haja vista a falta de repostas as carências mínimas da população. A inércia legislativa, por não desejar o desgaste com os eleitores, também impõe que haja decisão judicial quanto a pontos polêmicos, com forte apelo moral e cultural, como é o caso das uniões homoafetivas; interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas.

Neste diapasão, as decisões judiciais passam a intervir nos outros poderes, interferindo nas políticas públicas que estão em desacordo com o mandamento constitucional. O direito constitucional pátrio dá guarida a política pública constitucionalizada, ou seja, é a determinada constitucionalmente, e a que fica a cargo do legislador infraconstitucional.

A falta de credibilidade dos poderes constituídos brasileiros, em face da atual crise moral que os escândalos de corrupção têm mostrado, enfraquecem as instituições e obrigam a intervenção do Judiciário, para assegurar os direitos mínimos aos cidadãos.

A questão posta é até onde deve ir a interferência da judicialização para que sejam cumpridas as políticas públicas? A resposta deve estar na certeza que não houve motivação do ato administrativo com origem no interesse público, e as razões do ato administrativo não se coadunam com as melhores práticas na gestão da coisa pública.

O mesmo diga-se da lei que não prima pela obediência aos mandamentos constitucionais, que também deve ser objeto de invalidação por parte do Poder Judiciário. Assim, a Teoria do Consenso da Verdade, de Habermas, que indica a necessidade de ser equivalente as inferências do empirismo as expressões normativas na busca da verdade, é a que melhor se presta a exegese da judicialização.

#### Referências das fontes citadas

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, 2ª edição, tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- . **Teoria dos direitos fundamentais**, 2ª edição, tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

- APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In **Tratado de Direito Constitucional: constituição no século XXI**, vol. 2/ coordenadores Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula, 1ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- \_\_\_\_\_. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Pág. 6. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/123506667017421818190>
- 1.pdf. Acesso em: 28/05/2017
- \_\_\_\_\_.  
BATTISTA RATTI, Giovanni. Neoconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo. **Ius Humani. Law Journal**, [S.l.], v. 4, p. 227-261, sep. 2015.
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas ambientais**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 4(1): 81-89 janeiro-junho 2012.
- FEREJOHN, John. Judicializando a política e politizando o Direito. In **Tratado de Direito Constitucional: constituição no século XXI**, vol. 2/ coordenadores Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula, 1ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales. In: Ferrajoli, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfetcto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trota, 2008, p. 30.
- GUASTINI, Ricardo. La "constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trota, 2005.
- HABERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdiccional**, 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdiccional da administração pública**, 2ª edição. São Paulo: Dialética, 2004.
- MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- OLIVEIRA, Fabiana Nuci. **Agenda Suprema: interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. *Tempo soc.* [online]. 2016, vol.28, n.1, pp.105-133.

- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da administração pública**: da legalidade estrita à lógica do razoável. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009
- PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**. Elementos para una reconstrucción. Madri: Trotta, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONEL, Miguel (ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2007
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, 10<sup>a</sup> edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- VV.AA. (Vários autores). Neoconstitucionalismo: teoría y práctica. In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Eds.). **El canón neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010, p. 222 e 231.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2, p. 39-85.