

54. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO, PROJETO DE PESQUISA FAPEMIG, DEMANDA UNIVERSAL, EM DESENVOLVIMENTO DE JUNHO/2017 A JULHO/2019.

Claudia Maria Toledo Da Silveira
Daniela Carvalho Meira
Aline de Oliveira Mathias da Silva
Marcello Silveira Filgueiras

Palavras-chave: ativismo judicial; judicialização da política; politização do judiciário; direitos fundamentais sociais; mínimo existencial.

O Estado Democrático de Direito viabiliza maior atuação do Poder Judiciário se comparado aos Estados totalitários. Com a redemocratização brasileira, marcada a partir da Constituição de 1988, um número cada vez maior de ações tem sido levado ao Judiciário. Surge, então, a crítica acerca do tratamento pelo Judiciário de temas que seriam de competência originária dos Poderes Executivo ou Legislativo, ou seja, o fenômeno conhecido como “Judicialização da Política”. Ainda, questiona-se a natureza dos argumentos utilizados na fundamentação das decisões judiciais, alegando seu maior enquadramento na esfera política do que jurídica: estaria havendo a “Politização do Judiciário”.

O presente trabalho tem por objetivo analisar se procedem tais afirmações. Para tanto, parte-se do estudo do direito constitucional brasileiro, da pesquisa empírica por meio da análise das decisões judiciais sobre o tema, bem como do tratamento do mínimo existencial no Brasil e em países como Alemanha, México e Argentina.

O advento da Constituição de 1988 implementou relevantes mudanças no contexto social contemporâneo. Destaque-se, inicialmente, que seu fundamento principiológico garante grande movimentação ao Judiciário, ampliando sua esfera de atuação para a defesa dos direitos fundamentais sociais, e, também, as suas possibilidades interpretativas. Além disso, o caráter “contramajoritário” do Judiciário remete à possibilidade de juízes não eleitos sobreporem a sua interpretação da Constituição à de agentes públicos eleitos, gerando a grave crítica à legitimidade das decisões judiciais.

A crítica de judicialização da política se fundamenta, ainda, no argumento de que a população, descrente dos debates que se dão no âmbito Legislativo e Executivo e nos representantes eleitos, busca no Judiciário um meio mais efetivo de verem as suas demandas atendidas. Cumpre salientar a alegação de que o Judiciário, ao concretizar tais direitos sociais específicos, acaba por retirar verbas de destinações mais amplas para atender a essas sentenças judiciais, ferindo o princípio constitucional da legalidade orçamentária.

Ocorre que, não podendo o Judiciário se abster de julgar tais demandas, com base no princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, fortalece-se a hipótese de uma possível ingerência indevida nos demais poderes e de uma atuação que extrapola os limites da sua competência originária, caracterizando o fenômeno criticado como ativismo judicial.

Judicialização da política x Ativismo judicial

Há que se dividir, pois, o debate acerca do protagonismo judicial sob o prisma de dois fenômenos. O primeiro, intitulado de judicialização da política, deriva do próprio modelo constitucional brasileiro, diz respeito ao fato de que algumas questões de repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias

tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo. O segundo, intitulado de ativismo judicial, é caracterizado pelo avanço do Poder Judiciário em debates que não são de sua competência institucional em um Estado com poder tripartido.

Nesse contexto, não é possível afirmar, de maneira geral e a priori, se a atuação do Judiciário é ativista ou não. Tal afirmação é apenas possível no caso concreto. Existem, contudo, parâmetros objetivos para tal aferição, tem-se como exemplo os casos de grave afetação aos direitos fundamentais, nos quais o Judiciário possui competência revisora e, portanto, age dentro dos limites legais. Já o ativismo judicial poderá ser verificado nos casos em que a fundamentação for majoritariamente baseada em argumentos políticos, econômicos ou meramente consequencialistas.

Judicialização da Política e Direitos fundamentais sociais: Justificativas para sua análise e enquadramento teórico

Para tal análise, prossegue-se ao estudo dos direitos fundamentais sociais, justamente por sua característica de direito social e direito fundamental, o que lhes confere particular relevância. Como direito social, exigem prestações positivas do Estado. Como direito fundamental, sua essencialidade é tal que não podem ser modificados por maioria parlamentar contingencial.

Tradicionalmente, na República de Weimar e nos anos iniciais da Constituição de 1988, os direitos fundamentais sociais eram vistos como normas programáticas – normas que estabelecem diretrizes para o Estado – e não como direitos subjetivos. Sua garantia era de competência exclusiva do Executivo e do Legislativo, que teriam como dever formular e executar políticas públicas para efetivá-los. A partir dos anos 2000, tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileiras, passaram a entender os direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos, atribuindo a eles justiciabilidade.

Um desses direitos fundamentais sociais é o direito ao mínimo existencial, estipulado em regra jurídica e cujo conteúdo é alvo de profundas discussões, que serão avaliadas no tópico a seguir.

Mínimo existencial: um estudo de direito comparado

Em virtude de o direito ao mínimo existencial ser direito fundamental social que tem como conteúdo os direitos fundamentais sociais entendidos como indispensáveis para um patamar elementar de dignidade humana, foi ele o direito escolhido para o estudo comparado da jurisprudência dos Tribunais Constitucionais do Brasil, Alemanha, México e Argentina.

As sentenças judiciais relativas ao mínimo existencial são exemplos paradigmáticos das críticas lançadas sobre o Judiciário, o qual, em virtude das decisões que profere quanto a esse tema, vem sendo taxado de ativista. Enquanto isso, parte da doutrina repudia tais críticas e assente com a atuação do Judiciário, compreendendo-a como devida e dentro dos parâmetros constitucionais.

Nesse sentido, é meritória a compreensão do tratamento jurisprudencial do mínimo existencial desde a primeira menção até os dias atuais. A escolha desses países não é aleatória. A Alemanha figura como o primeiro país a mencionar o mínimo existencial, em 1954. Em virtude da maior efetividade dos direitos fundamentais na realidade socioeconômica alemã comparativamente ao Brasil, a justificativa de seu estudo é a busca de contribuições para o desenvolvimento pátrio. Já países latino-americanos Argentina e México possuem realidade socioeconômica semelhante à brasileira, possibilitando o debate e viabilizando a identificação de modelos a serem seguidos, evitados ou propostos.

Ressalte-se que, nos países latino-americanos, a expressão utilizada para determinar o mínimo existencial é “mínimo vital”. No México, essa expressão está ligada majoritariamente a questões tributárias e salariais, afastando-se da proposta de mínimo existencial conforme a abordagem brasileira. Já na Argentina, não há qualquer menção ao termo na jurisprudência constitucional durante o período pesquisado.

Em pesquisas anteriores, já foi levantada a jurisprudência constitucional do Brasil entre 2004 (ano em que há a primeira referência expressa ao direito ao mínimo existencial pelo STF) até 2015. Este levantamento será atualizado neste projeto até 2017 e será investigada também a jurisprudência do STF no ano de 1994, relativa aos direitos à saúde e educação, já que não havia menção a mínimo existencial nas decisões de então e esses são os dois direitos fundamentais sociais que compõem brasileiro. Desse modo, será feito o estudo comparativo da jurisprudência constitucional durante o espaço de três décadas, averiguando-se os argumentos utilizados pelo STF para fundamentar as decisões que tratam dessa matéria, identificando-se a mudança ou não nesses argumentos e em que sentido.

Está sendo realizada pesquisa empírica tanto quantitativa quanto qualitativa. Sob o prisma quantitativo, serão pesquisados todos os acórdãos do STF que tratam do tema “direito à saúde” e “direito à educação” em 1994 e todos os seus acórdãos que tratam do tema “mínimo existencial” entre 2004 e 2017. Este é o mesmo lapso temporal analisado no México e na Argentina. No México, a expressão buscada no tribunal constitucional é “mínimo vital” e na Argentina, como não há referência a esse direito na jurisprudência constitucional, as expressões buscadas são “derecho a la salud” e “derecho a la educación”. Para a análise qualitativa, os argumentos utilizados na fundamentação das decisões são baseados no pensamento de Robert Alexy, desenvolvido em sua obra Teoria da Argumentação Jurídica. Dessa maneira, foi elaborada tabela contendo sinteticamente os seguintes itens: situação fática; principais razões da decisão; princípio(s) preponderante(s); precedente(s); doutrina (autor-obra); argumentos empíricos; argumentos extrajurídicos (políticos, históricos, morais, sociológicos, econômicos). O discurso jurídico (caso especial do discurso prático geral) é composto por argumentos institucionalizados na lei, precedentes e doutrina. Os argumentos extrajurídicos integram o discurso prático geral.

Ao final da pesquisa, serão verificados os argumentos utilizados para, a partir do percentual de sua incidência na fundamentação das decisões dos tribunais constitucionais estudados, concluir-se pela atuação ativista ou não do poder judiciário de cada realidade nacional. Sendo o ativismo judicial caracterizado pela ingerência indevida do Judiciário na competência dos demais poderes, constata-se sua ocorrência ou não pelos argumentos fundamentadores das decisões: se argumentos jurídicos, são de competência do poder judiciário; se argumentos extrajurídicos, são de competência dos demais poderes. Na primeira hipótese, não se configura o ativismo judicial, ao contrário do que ocorre na última hipótese.

Conclusões

Desse modo, as conclusões parciais a que se pôde chegar até o momento é que o Judiciário é um poder ao qual se cabe a revisão dos poderes Executivo e Legislativo, devendo atuar com parâmetros claros e critérios bem definidos para que sua ação não seja desarrazoada e injustificada. O posicionamento em favor do protagonismo judicial, quando injustificado, é danoso para o equilíbrio entre os Poderes e gera incentivo a arbitrariedades nas decisões judiciais, que devem ser fundamentadas argumentativamente, em cumprimento ao sistema de freios e contrapesos, integrante do princípio da separação dos poderes, com respeito à Constituição. Contudo, clara é a necessidade de proteção dos direitos fundamentais sociais pelo Judiciário. Desse modo, conforme previamente elucidado, a judicialização da política é consequência inequívoca da própria extensão do texto constitucional brasileiro.

Quanto ao mínimo existencial, seu conceito não é unânime em todas as conjunturas sociais e seu conteúdo varia conforme as condições socioeconômicas da realidade nacional, podendo ser mais restrito ou mais amplo. Como dito, no Brasil, compõem o mínimo existencial o núcleo essencial dos direitos à saúde e educação. Analisando o México, nota-se que sua jurisprudência constitucional padece de uma delimitação objetiva do que seja o mínimo vital e quais são os direitos por ele abarcados. A abordagem mexicana acaba reduzindo a força do direito ao mínimo vital por inserir nele diversos direitos, a maioria relacionada a aposentadorias, salários e outras questões trabalhistas.

Demais conclusões somente advirão do encerramento da pesquisa empírica, que se encontra em andamento.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALEXY, Robert. Teoria Dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Malheiros., 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. Um debate para o neoconstitucionalismo: papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação. In: Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p.154-174.

FERREIRA, M. C. M. Justiciabilidade do Direito ao Mínimo Existencial: uma análise comparativa entre Brasil e Argentina. 125 f. Dissertação (Mestrado) – Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, 2017.

GOMES, N. A. S. Direito Subjetivo ao Mínimo Existencial: uma análise comparativa entre Brasil e México. 99 f. Dissertação (Mestrado) - Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, 2016.

LINS, Liana Cirne. Exigibilidade dos direitos fundamentais sociais e tutela inibitória coletiva das omissões administrativas. 300 fls. Tese (doutorado) – Direito, Universidade Federal de Pernambuco, 2007.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. A Eficácia dos Direitos Sociais. Salvador, BA. Editora JusPodivm, 2007.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponível em: <[http://200.38.163.178/sjfsist/\(F\(5dNDcC0oMytMUSj29gyrcjWbWMcqc1Z_gSWfoYqUWrTHZoaSYL18_tC5%20MvotqOSc9ziDl6ur5ia3UFsMdli3h8dq9j221F4_TCcDnwLdYgJGcU6suX8lweL7BTFCi6rg89tZmXfh_jUNa9ha%20iOuiu5ms98-ASi-RAU2E3TA81\)\)/Paginas/Tesis.aspx](http://200.38.163.178/sjfsist/(F(5dNDcC0oMytMUSj29gyrcjWbWMcqc1Z_gSWfoYqUWrTHZoaSYL18_tC5%20MvotqOSc9ziDl6ur5ia3UFsMdli3h8dq9j221F4_TCcDnwLdYgJGcU6suX8lweL7BTFCi6rg89tZmXfh_jUNa9ha%20iOuiu5ms98-ASi-RAU2E3TA81))/Paginas/Tesis.aspx)>.

TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional de Direitos sociais no Brasil. In: Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p.137-153

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista Direito GV, São Paulo, v.15., p. 37-57. jan./jun. 2012.

TOLEDO, C. Mínimo Existencial: a construção de um conceito e seu tratamento pela jurisprudência constitucional brasileira e alemã. In: MIRANDA, J. et al. *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 821-834.