

# A EXPANSÃO DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: DOS LIMITES E PARÂMETROS PARA UMA JUDICIALIZAÇÃO A LUZ DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

## THE EXPANSION OF THE ACTION OF THE JUDICIARY: FROM THE LIMITS AND PARAMETERS TO A JUDICIALIZATION TO THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF EFFICIENCY

Erika Neder dos Santos<sup>1</sup>

Nathalia Xavier Laguardia<sup>2</sup>

**Resumo:** A Constituição da República Federativa do Brasil, com muita sabedoria, trouxe diversos direitos fundamentais em seu texto. A busca pela sua efetivação, portanto, deve ser a mola propulsora da atuação Estatal. Entretanto, sabe-se que o Estado não possui orçamento necessário para efetivar o cumprimento de

todos os direitos fundamentais descritos em seu texto, além de muitas vezes não ter vontade política atual para a concretização dos ditames constitucionais. Por conta disso, a Administração Pública precisa fazer escolhas que visem a conferir maior efetividade aos dispositivos da Carta Constitucional. Deve-se ter como

1 Graduação em direito pela UERJ, Mestre em direito pela UFJE, Doutoranda em ciências sociais na Universidade Federal de Juiz de Fora

2 Graduação em direito pela DOCTUM, ouvinte em disciplinas isoladas em ciências sociais na Universidade Federal de Juiz de Fora

propósito na persecução dos fins públicos a efetivação de direitos para um maior número de indivíduos, privilegiando o princípio constitucional da eficiência. Ainda assim, existirão situações de ineficiência e até mesmo de omissão estatal. Nesse caso, o poder judiciário terá atribuição para decidir sobre a efetivação de determinados direitos através do fenômeno da judicialização, ou seja, cada vez mais o poder judiciário tem sido instado a conferir efetividade ao disposto na Constituição da República Federativa do Brasil, de sorte que esse novo arranjo entre os três poderes deve ser analisado a luz do princípio da eficiência. O presente estudo visa compatibilizar a crescente atuação do poder judiciário, seus limites e parâmetros, com a análise da eficiência estatal no cumprimento da efetivação dos direitos fundamentais elencados

na CRFB. Esse crescente número de processos judiciais é capaz de tornar o Estado mais eficiente na busca de sua finalidade institucional? Ou acaba sendo um entrave para a persecução do interesse público?

**Palavras-chave:** judiciário- judicialização- eficiência.

**Abstract:** The Constitution of the Federative Republic of Brazil, with a lot of wisdom, brought several fundamental rights in your text. The search for your implementation, therefore, should be the driving spring of State action. However, the State does not have budget necessary to effect compliance with all fundamental rights described in your text, and many times do not have political will for the achievement of the constitutional dictates. Because of this, the

Government must make choices designed to confer greater effectiveness for devices of the Constitutional Charter. Must have as purpose to pursue public purposes of the execution of rights to a larger number of individuals, giving priority to the constitutional principle of efficiency. Still, there will be situations of inefficiency and even State failure. In this case, the judiciary will have to decide on the effective allocation of certain rights through the phenomenon of judicialization, IE, the judiciary has been asked to check effectiveness of the provisions of the Constitution of the The Federative Republic of Brazil, so that this new arrangement between the three powers should be examined on the light of the principle of efficiency. The present study aims to reconcile the growing role of the judiciary, its limits and parameters, with the

analysis of the State efficiency in effective enforcement of fundamental rights listed in CRFB. This growing number of lawsuits is able to make the State more efficient in pursuit of your purpose? Or just being an obstacle to the pursuit of the public interest?

**Keywords:** judiciary-judicialization-efficiency.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição Cidadã, elencou diversos direitos fundamentais como núcleo base da nossa República. E muitos desses direitos deveriam (ao menos em tese) ser prestados pelo Estado. A Constituição da República Federativa do Brasil emprestou sentido ao denominado Welfare State e trouxe para o Poder Público a responsabilidade

da prestação desses direitos. Esses direitos fundamentais, então, passaram a ser caracterizados como direitos públicos subjetivos, comportando, inclusive, tutela judicial específica.

Para o professor Rogério Bastos Arantes (ARANTES, 1999), a redemocratização do Brasil foi primordial para um novo paradigma de distribuição dos poderes estatais. Nas palavras do autor:

“Do ponto de vista político, a redemocratização do país produziu forte impacto sobre o sistema de justiça. De um lado, a demanda por justiça, em grande parte represada nos anos de autoritarismo, inundou o Poder Judiciário com o fim dos constrangimentos impostos pelo regime militar ao seu livre funcionamento. De outro,

a democratização e o retorno ao Estado de direito recolocaram a necessidade de juízes e árbitros legítimos para decidir eventuais conflitos entre sociedade e governo e entre os poderes do próprio Estado. Este papel foi atribuído em grande medida ao Poder Judiciário. A Constituição de 1988 representa um marco jurídico e político desse processo. Ela consolidou em norma fundamental mudanças legislativas anteriores, na área dos direitos difusos e coletivos, além de fornecer as bases para a ampliação da codificação de novos direitos transindividuais. Ela também arremessou as instituições judiciais à esfera política quando ampliou as formas de controle judicial da constitucionalidade

de atos normativos do Executivo e de leis do Parlamento” (ARANTES, 1999, p.85)

Para Werneck Vianna (1999), o processo de judicialização da política se tornou um resultado de uma contínua apropriação das inovações da Constituição de 1988 por parte da sociedade. Com essa afirmação, se depreende que a sociedade não mais aceita “promessas” de direitos futuros. O art. 5º, parágrafo 1º da Carta Constitucional prevê que os Direitos Fundamentais possuem aplicação direta e imediata.

Entretanto, o Estado não tem conseguido efetivar, de modo substancial, a maioria desses direitos. Por conta dessa ineficiência estatal em garantir a promoção de diversos direitos fundamentais, percebe-se uma

crescente busca pela efetivação dos direitos através de proposituras de ações judiciais. Essa tutela jurisdicional de direitos, em última análise, acaba por interferir na esfera de independência dos poderes executivo e legislativo, e por muitas vezes acaba se tornando um obstáculo para a persecução do interesse público na implementação das políticas públicas, já que compromete, muitas vezes, o orçamento já afetado para outra área.

A própria Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 37, ainda trouxe à baila um dos princípios mais famosos dos últimos anos que é o princípio da eficiência na administração pública.

O professor Rafael Oliveira (2015) entende que a ideia de eficiência está intrinsecamente relacionada com a necessidade de efetivação rápida das finalida-

des públicas dispostas no ordenamento jurídico. Para o autor, o direito contemporâneo passa a se preocupar preponderantemente com a efetividade dos direitos fundamentais.

O professor Alexandre Santos de Aragão (2005) também menciona que não se deve ter em mente aquela antiga interpretação literal das normas já que no contexto contemporâneo, o objetivo das normas jurídicas é cumprir um fim social.

Mas será que a crescente judicialização é capaz de atender ao princípio da eficiência?

## FUNDAMENTOS

Com o surgimento do pós constitucionalismo o direito constitucional passou a ser o eixo axiológico cujas normas permeiam toda a interpretação e aplicação das demais normas

jurídicas. Nesse diapasão, as normas constitucionais passaram a possuir efetividade direta e imediata, e o reconhecimento dessa força normativa às normas constitucionais obriga o Estado a efetivamente cumprir seus mandamentos. Para o ministro Luís Roberto Barroso (2007),

“Nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade. (...) As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do legislativo e do executivo e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral e os direitos sociais em particular,

converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica” (2007).

Diante dessa afirmação, é necessário entender que todo direito (e cada um especificamente) exige uma dotação orçamentária para sua realização. É necessária, assim, uma programação para que o Estado, de acordo com sua receita, possa ser o provedor de direitos para o maior número de pessoas, garantindo, então, o que fora determinado pela própria Constituição.

São chamados de direitos prestacionais exatamente por exigir do Estado uma prestação positiva, em regra pecuniária, para sua realização. Entretanto, a atual crise orçamentária do Estado, que não é capaz de prover aos seus cidadãos o mínimo para

uma vida digna, tem gerado uma necessidade crescente de intervenção do poder judiciário para a garantia de tais direitos.

O constitucionalismo contemporâneo, assim, ao trazer o caráter aberto e abstrato das normas constitucionais altera o paradigma positivista conferido ao Poder judiciário a densificação dos direitos e valores expostos no caso concreto. Há que se ter em mente, ainda, as ondas renovatórias de acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1988) que ampliaram a participação popular no judiciário, tornando, por exemplo, demandas mais fáceis de serem propostas.

A crescente atuação da defensoria pública e do Ministério Público também é um fator relevante para esse alargamento na busca pelo judiciário.

O fenômeno da judicialização, no entanto, é bem antigo.

Para os professores Guilherme Barreiro e Renata Furtado, a noção de judicialização remonta a ideia de separação de poderes.

“A noção de judicialização não é recente. Essa afirmação pode ser confirmada ao se relacionar a judicialização com a separação de poderes. A compreensão da separação entre os poderes, seu sistema de freios e contrapesos é salutar para a discussão da judicialização das políticas públicas, pois leva em conta a relação (conflituosa, competitiva) entre o poder executivo (responsável pela efetivação das políticas públicas) e o poder judiciário. E conflitos desse tipo ocorrem desde o estabelecimento da própria separação das funções entre os poderes.” (BARREIRO; FURTADO,

2015).

Embora a noção sobre a judicialização não seja atual, o termo pode ser creditado à obra organização por Tate e Vallinder (1995), que utiliza a expressão *judicialization* para referir a expansão da atuação do judiciário no mundo. Para Barroso (2018), “Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo judiciário”.

Vale destacar, ainda, que existem alguns parâmetros de limitação no tocante a judicialização. Os mais comuns são a reserva do possível, a separação de poderes e o mínimo existencial.

A cláusula da reserva do possível determina que, com a desproporção entre o orçamento do Estado e a necessidade de políticas públicas, essas últimas



não serão totalmente efetivadas, havendo a necessidade de escolhas pelo Executivo para que ele determine quais políticas serão adotadas, pela impossibilidade de se adotar todas as necessárias.

Já o direito ao mínimo existencial garante um núcleo mínimo de direitos fundamentais que devem ser observados pelo Estado e garantidos aos cidadãos.

Importante salientar, ainda, que o estado democrático de direito comporta a noção da separação das funções estatais, a qual o Estado, embora uno, se reparte em atribuições distintas pelos três poderes: Legislativo, judiciário e executivo.

A cada um competem funções típicas e atípicas. Assim, sempre quando houver uma omissão estatal ou a prestação defeituosa de uma atribuição imposta pela Constituição, haverá transferência ao poder judiciário

da competência excepcional para agir visando a proteção dos ditames constitucionais.

Por outro lado, há, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o qual determina que todas as demandas devem ser levadas ao judiciário, que acaba por decidir, em última análise, sobre determinada situação.

Esse protagonismo do Judiciário é muitas vezes confundido com o ativismo judicial, o qual deve ser entendido como uma forma desse poder extrapolar suas funções constitucionais sobrepondo suas decisões aos demais poderes.

Barroso (2018) define o ativismo como sendo uma “deliberada expansão do papel do judiciário” para suprir lacunas e omissões legislativas. A judicialização, ao contrário, não visa

conferir ao judiciário atribuições que não lhe são determinadas pela Constituição da República Federativa do Brasil. Ao judiciário, assim como a todos os demais poderes, é conferida a atribuição de proteção das normas constitucionais.

O judiciário brasileiro, muitas das vezes, chancela a propositura por demandas individuais em face do Poder Público, mais comumente no que tange a busca de medicamentos pelo SUS, permitindo aos jurisdicionados acesso as medicações necessárias para a manutenção da sua vida. Repare que, ao se permitir essa atuação, o Poder Judiciário já comete uma ofensa ao princípio da igualdade, ao conceder tratamento diferenciado a quem buscou providências judiciárias.

A professora Ana Paula de Barcellos (2002), já relembra

que a legitimidade do judiciário para a concretização dos direitos fundamentais em via judicial não é afastada pelo princípio da separação de poderes nem pelo princípio contra majoritário.

Muito pelo contrário. A autora afirma que tal medida teria previsão expressa na Constituição por ser a efetivação de direitos fundamentais uma função totalmente típica do Judiciário, uma imposição legal de cumprimento. Para a autora, um dos traços fundamentais do constitucionalismo atual é a normatividade das disposições constitucionais, sua superioridade hierárquica e a incorporação de valores e opções políticas. Para a professora,

“um dos traços fundamentais do constitucionalismo atual é a normatividade das disposições constitucionais, sua superioridade hierárquica e centralidade no

sistema, e do ponto de vista material, a incorporação de valores e opções políticas, dentre as quais se destacam, em primeiro plano, aquelas relacionadas com os direitos fundamentais” (BARCELLOS, 2005).

A Constituição, portanto, como norma superior e central do ordenamento jurídico, irradia seus preceitos e vincula o Poder Público, que embora tenha suas funções separadas para melhor cumprimento da Constituição, possuem o mesmo objetivo (qual seja, a efetivação das normas constitucionais).

De acordo com essa separação de funções, é importante mencionar o conceito de freios e contrapesos (checks and balance) o qual determina que haja uma interferência recíproca entre es-

sas funções, embora sejam elas independentes. Ao poder executivo é garantida a análise da conveniência e oportunidade de realização das políticas públicas, uma vez que, como gestor, é incumbido de observar o cenário atual e realocar recursos estatais para determinados fins conforme julgue o melhor a ser feito.

E essa liberdade de atuação do Poder executivo para a realização de políticas públicas, visando a atender o bem comum, é determinada pelas leis oriundas do legislativo. É o imperativo normativo genérico e abstrato que impõe essa atuação ao executivo.

Para o ministro Barroso, “as diversas situações jurídicas subjetivas criadas pela constituição seriam de ínfima valia se não houvesse meios adequados para garantir a concretização dos

seus efeitos. É preciso que existam órgãos, instrumentos, e procedimentos capazes de fazer com que as normas jurídicas se transformem, de exigências abstratas dirigidas a vontade humana, em ações concretas” (BARROSO, 2002).

Conforme já disposto, a formulação das políticas públicas é reservada ao executivo. Entretanto, a submissão dessa política ao controle judicial é inegável, tendo em vista que também é dever do poder judiciário a efetivação da constituição e a tutela de direitos.

Diante desse panorama, surgem algumas indagações. Essa crescente atuação do poder judiciário na efetivação das normas constitucionais é capaz de promover o princípio da eficiên-

cia? Ou essa enxurrada de ações judiciais acaba por prejudicar a longo prazo a eficiência estatal, já que não é capaz de garantir os direitos fundamentais para todos?

O ministro Barroso já afirmava, em 2007, que a crescente judicialização poderia ter um efeito colateral indesejado mencionando, inclusive, sobre os gastos estatais com essa atuação:

“O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como

de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional” (2007).

Diante desse panorama, é necessário se estudar as escolhas trágicas da administração. O texto acima mencionado do professor Barroso se dedica a analisar a judicialização do direito a saúde e debate acerca da busca pelo judiciário para garantir remédios ainda em fase de experimentos ou de altíssimos custos no exterior.

E no próprio texto o autor afirma que os interesses em jogo não são econômicos de um lado e o direito à vida de outro. Na verdade, são dois direitos a vida que devem ser ponderados. De um lado o direito a vida daquele que ingressa no judiciário pleiteado o tratamento desejado e de outro aquele cidadão que está na fila do SUS, do hospital público buscando um tratamento. E nesse caso? Como deve ser realizada essa ponderação?

Na verdade, o ordena-

mento jurídico impõe que sejam efetivados determinados direitos e exige-se a escolha de quais políticas públicas serão implementadas para tanto, já que não se é possível determinar o cumprimento de todos os direitos para todas as pessoas uma vez que não há recursos disponíveis.

A demanda para a implementação de direitos e políticas públicas obedece a uma curva de progressões geométricas e de outro lado, a arrecadação do estado permanece praticamente estática. Nessa situação de escassez de recursos, o Estado deve sempre realizar a “escolha de Sofia” para tentar utilizar os recursos da forma mais eficiente possível.

A Lei 13.655 de 2018 alterou a Lei de Introdução as normas do direito Brasileiro e incluiu o artigo 20 que determina que nas esferas administrativa,

controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Esse consequencialismo seria uma forma de atender ao princípio da eficiência, uma vez que as decisões deverão analisar as consequências práticas de sua efetividade perante a sociedade.

## CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto no presente estudo entende-se que a crescente judicialização de diversas demandas acaba sendo um óbice para que a Administração pública consiga garantir a eficiência de sua atuação.

## REFERÊNCIA

ARAGÃO, Alexandre Santos de.



O Princípio da Eficiência. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 4, nov-dez, 2005.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. Rev. bras. Ci. Soc. [online]. 1999, vol.14, n.39, pp.83-102. ISSN 0102-6909. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69091999000100005>.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das Políticas Públicas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, abril/jun 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais- o princípio da dignidade da pessoa humana,

Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro 221:159-188, jul/set 2000.

BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza, FURTADO, Renata Pedretti Moraes. Inserindo a judicialização no ciclo de políticas públicas. Revista da Administração Pública – Rio de Janeiro 49(2):293-314, mar/abr, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 6º edição. 2002. Renovar.

BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasi-

leiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Fórum conhecimento jurídico, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.

CARVALHO, E. R. de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Curitiba, n. 23, 2004.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, Curso de direito administrativo. Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

TATE, Chester N.;VALLINDER, Torbjorn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: TATE, Chester N.;VALLINDER, Torbjorn (Ed) The global expansion of judicial power. New York: New York University, 1995.

TOLEDO, Cláudia. Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais e Conflito de Competências. 2014. I Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política. O Futuro do Constitucionalismo: Perspectivas para a Democratização do Direito Constitucional, Initia Via Editora Ltda.

VIANNA, Luiz Werneck,

MELO, Manuel Palacios Cunha,  
CARVALHO, Maria Alice Re-  
zende de, BURGOS, Marcelo  
Baumann. A judicialização da  
política e das relações sociais no  
Brasil. Editora Revan, 1999.