

SUPERANDO AS CRÍTICAS: O ATIVISMO JUDICIAL, O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A FALÁCIA DA ILEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Karinny Guedes de Melo Vieira¹

RESUMO: Nos últimos tempos, o Judiciário vem ganhando cada vez mais autoridade, desempenhando um papel extremamente relevante perante a sociedade. Enquanto os demais poderes passam por uma crise de legitimidade, os juízes costumam ser vistos pela população como figuras em constante ascensão. Apesar de esta não ser uma característica exclusiva da realidade brasileira, tal fenômeno recebeu contornos específicos em nosso país. Assim, este trabalho tem como objetivo analisar as críticas que são corriqueiramente feitas ao ativismo judicial e ao controle de políticas públicas, a fim de abrir caminho para uma discussão mais esclarecida sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial. Controle de políticas públicas. Poder Judiciário.

ABSTRACT: In recent times, the Judiciary has been gaining increasing authority, played an extremely relevant role in society. While the other powers go through a crisis of legitimacy, judges are often seen by the population as figures in constant ascension. Although this is not a unique characteristic of the Brazilian reality, this phenomenon has received specific contours in our country. Thus, this paper aims to analyze the criticisms that are commonly made to judicial activism and the public policies control, in order to pave the way for a more enlightened discussion on the subject.

KEYWORDS: Judicial activism. Public policies control. Judiciary Power.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o Poder Judiciário vem ganhando cada vez mais autoridade e tem desempenhado um papel extremamente relevante perante a sociedade. Enquanto os demais poderes parecem estar sofrendo uma crise de legitimidade, representatividade e/ou credibilidade, os magistrados costumam ser vistos pela população como figuras em constante ascensão no cenário nacional.

Apesar de esta não ser uma característica exclusiva da realidade brasileira, certamente tal fenômeno recebeu contornos específicos em nosso país, onde o protagonista é, sem sombra de dúvida, o Supremo Tribunal Federal. Esta instituição possui várias competências fixadas pela própria Constituição Federal, entretanto, nos últimos tempos, tem acumulado cada vez mais poderes, tendo de decidir questões que normalmente caberiam aos

¹ Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas.

outros poderes.

Vieira (2008, p. 444-445) chama este fenômeno de “supremocracia”. Segundo o autor, o termo possui dois significados. Em um primeiro sentido, a expressão se refere à autoridade que o Supremo adquiriu recentemente no que diz respeito à capacidade de governar jurisdicionalmente o Poder Judiciário, de forma efetiva. Esta situação ocorreu principalmente após a criação das súmulas vinculantes, que tornaram obrigatório o cumprimento das decisões proferidas pela Corte, mesmo àqueles Tribunais e juízes mais resistentes. Em uma segunda acepção, o termo está relacionado à expansão da autoridade e concentração de funções do STF, quando comparado aos poderes Executivo e Legislativo. É justamente sobre este segundo sentido que debruçaremos nossos estudos, apesar de não concordarmos com a terminologia empregada, pois transmite a ideia de um governo dos juízes ou, mais especificamente, um governo do Supremo Tribunal Federal.

O ativismo judicial e a judicialização sempre sofreram inúmeras críticas por parte da doutrina. As mais conhecidas são as que dizem respeito à suposta violação à separação dos poderes, à ilegitimidade dos magistrados e à teoria da reserva do possível. No presente artigo, analisaremos as críticas mais comuns, uma a uma, oportunidade em que apresentaremos contra-argumentos a cada uma delas, buscando superá-las.

Entretanto, é importante ressaltar que, apesar de tal fenômeno ser duramente criticado por parte da doutrina nacional, há certo consenso no que diz respeito à assunção de novos papéis pelo Poder Judiciário, por parte da sociedade e dos próprios atores políticos, que têm visto o Judiciário como um fórum apropriado para enfrentar questões políticas, religiosas ou morais (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 61).

Desta forma, trataremos sobre um fenômeno que tem estado cada vez mais presente nas discussões jurídicas e políticas, o qual se convencionou chamar de ativismo judicial, e que envolve a judicialização da política, o controle de políticas públicas realizado pelo Judiciário, bem como o crescimento da atuação deste poder na sociedade, imiscuindo-se cada vez mais nas questões de cunho político e social. No entanto, essa atuação ativista do Poder Judiciário ainda recebe severas críticas por parte da doutrina, para as quais dedicamos o presente estudo.

1 JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: DIFERENÇAS CONCEITUAIS

Faz-se necessário, inicialmente, realizar uma distinção conceitual importante entre

as expressões judicialização e ativismo judicial, tendo em vista que são usualmente empregadas como sinônimas, apesar de não o serem. Judicialização “significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo” (BARROSO, 2009, p. 3). Ou seja, a judicialização é um fato, que decorre do próprio modelo constitucional adotado no Brasil. Este fenômeno teve como causas a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente – isto é, a característica analítica de nossa Constituição – e o próprio sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que concentra duas espécies, quais sejam: controle difuso e controle concentrado (BARROSO, 2009, p. 3-4). Ativismo judicial, por sua vez, representa a forma expansiva e proativa de interpretação do texto constitucional, fazendo, inclusive, com que seja levada a situações que não foram expressamente previstas pelo constituinte ou mesmo pelo legislador ordinário. Assim, o ativismo judicial é uma atitude, uma forma de agir, que se manifesta, por exemplo, através da aplicação direta da Carta Magna a circunstâncias que não foram literalmente contempladas em seu texto, a declaração de inconstitucionalidade de leis a partir de critérios menos rígidos do que a evidente violação à Constituição, além do controle das políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 6-7)

As políticas públicas, por sua vez, representam “conjuntos de atuação governamental em determinados setores da Administração” (KRELL, 2012, p. 137) que têm como propósito a modificação da realidade, para suprir determinadas necessidades sociais. A partir delas, o poder público realizará os fins expressamente previstos pela Constituição (BARCELLOS, 2007, p. 11).

De acordo com Campos (2014, p. 238), o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal se desenvolve em diversas dimensões². No entanto, a dimensão que nos interessa aqui é justamente a dos direitos, que diz respeito ao “avanço de posições de liberdade, de dignidade e de igualdade social sobre os poderes públicos, reduzindo a margem de ação regulatória, fiscalizatória e punitiva do Estado, ou interferindo em medidas de tutela estatal e em escolhas de políticas públicas” (CAMPOS, 2014, p. 238). Desta forma, está diretamente relacionada com a garantia e a afirmação dos direitos fundamentais pelo STF, podendo, para tanto, controlar políticas públicas.

A dimensão de direitos do ativismo judicial pode se apresentar sob duas formas: dimensão negativa (ou de defesa) e positiva (ou prestacional). A primeira se imiscui nas ações

² Para mais detalhes sobre as dimensões do ativismo judicial no STF, vide: CAMPOS, 2014.

regulatórias do Estado, ao impor dever de abstenção ou a restrição do poder de polícia, na atividade investigativa estatal, sobretudo no que diz respeito ao direito de intimidade, e, por fim, na ação estatal coercitivo-penal, atuando de forma garantista em relação aos direitos dos investigados, indiciados, réus ou apenados. A dimensão positiva, por sua vez, refere-se à interferência do Supremo tanto no poder de legislar, quantos nas políticas públicas e nas decisões que alocam recursos do Estado, impondo condutas positivas, a fim de dar proteção efetiva e garantir os direitos, sobretudo os sociais e econômicos, buscando aumentar o nível de igualdade e dignidade (CAMPOS, 2014, p. 275- 279).

Feitas estas considerações, passaremos agora ao estudo das críticas que são geralmente feitas ao ativismo judicial, ao controle de políticas públicas e à crescente judicialização da política. Além de elencar as críticas, enfatizaremos os seus contra-argumentos.

2 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A primeira – e talvez mais famosa – crítica ao ativismo judicial é justamente a da violação ao princípio da separação dos poderes. Ela se baseia na ideia de que a atuação do Poder Judiciário em esferas normalmente reservadas aos Poderes Executivo e Legislativo representaria uma usurpação de competências. Não se poderia permitir que um poder invadisse a esfera de atuação de outro sob o pretexto da inafastabilidade do controle jurisdicional. (SOUZA NETO, 2008, p. 519-520).

No entanto, não podemos olvidar que após tanto tempo desde a sua formulação,

Parece necessária a revisão do vetusto dogma da “separação dos poderes” em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais (KRELL, 1999, p. 241-242).

Desta forma, a teoria da separação dos poderes não pode ser encarada na forma clássica e ultrapassada como foi formulada por Montesquieu em pleno século XVIII. Nos tempos atuais, prevalece o chamado sistema de freios e contrapesos. Neste, a atuação de todos os poderes deve ser equilibrada e harmônica. Significa que os poderes devem se controlar reciprocamente, para que nenhum deles usurpe as funções do outro e, ao mesmo tempo, que as atividades necessárias não deixem de ser exercidas, bem como os direitos, garantidos, pela simples ineficiência ou inatividade de determinado poder. É possível se falar então em uma

divisão das funções, que não é estanque. Assim, se não houver a implementação de um direito fundamental pelo Executivo, como o direito à educação ou à saúde, não se pode impedir que o Judiciário intervenha para cumprir os fins da Constituição Federal. Percebe-se, portanto, que:

A crítica desconhece que o modelo de separação de poderes adotado no Brasil não é o de atribuição estanque das funções legislativa, executiva e jurisdicional a diferentes ramos do Estado. Conforma-se como “sistema de freios e contrapesos”: envolve complexa trama de implicações e de limitações recíprocas e prevê a possibilidade de um poder exercer competências que tipicamente caberiam a outro (SOUZA NETO, 2008, p. 520-521).

Além disso, é importante lembrar que o princípio da separação dos poderes foi criado como uma forma de garantir a proteção do homem e de seus direitos contra a intervenção ilegítima do Estado. Portanto, seria absurdo fazer uso de tal princípio justamente para negar a proteção estatal a determinados direitos, conferidos expressamente pela nossa Constituição, sob a alegação de que o Poder Judiciário estaria usurpando poderes.

É dever do Estado garantir a realização dos direitos fundamentais, não importando de qual poder tenha vindo a iniciativa. Enquanto perdermos tempo discutindo sobre quem é o órgão e o poder competentes, pessoas continuarão morrendo à espera de medicamentos ou procedimentos médicos; crianças, jovens e adultos permanecerão analfabetas e inúmeras pessoas persistirão passando fome ou vivendo nas ruas. O dever de garantir direitos é do Estado, podendo ser realizado por qualquer de seus poderes quando aquele a quem a competência foi expressamente conferida falhar ou for insuficiente.

3 OS DIREITOS SOCIAIS NÃO SÃO DOTADOS DE FUNDAMENTALIDADE

A segunda crítica, apesar de ser minoritária entre a doutrina e estar perdendo cada vez mais prestígio, pode ser resumida da seguinte forma: os direitos sociais não são verdadeiros direitos fundamentais. Assim, outro argumento formulado para deslegitimar a judicialização dos direitos sociais é o de que estes não são autênticos direitos fundamentais, os quais compreenderiam apenas os direitos civis e políticos, ou seja, os direitos de primeira dimensão. Atribuir fundamentalidade aos direitos sociais terminaria por causar uma “inflação dos direitos fundamentais”, desvalorizando o conceito e prejudicando a preservação dos valores considerados mais importante no sistema constitucional (SOUZA NETO, 2008, p. 521).

No entanto, essa afirmação não faz o menor sentido, tendo em vista que já existem diversos tratados internacionais e constituições confirmando que os direitos sociais são

direitos fundamentais como quaisquer outros, dotados, portanto, das características que são inerentes à espécie. Ademais, estes direitos “não representam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicável” (KRELL, 2002, p. 20).

4 A ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Outra crítica ao ativismo judicial é a que trata da suposta *ausência de legitimidade democrática*, também chamada de *dificuldade contramajoritária*. Segundo este argumento, o Poder Judiciário, cujos membros não são eleitos e não respondem politicamente perante o povo, não possui credenciais democráticas para interferir nas escolhas feitas pelo Legislativo e Executivo sobre quais gastos priorizar, em face da escassez de recursos (SARMENTO, 2008, p. 556). Ou seja, “a invasão pelo Direito, e pela Constituição em particular, do espaço próprio do pluralismo político produziria – alega-se – um grave desequilíbrio em prejuízo da democracia” (BARCELLOS, 2008, p. 119), pois, pelo fato de não terem sido escolhidos pelo povo, os magistrados não poderiam invalidar decisões do Poder Legislativo (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 35) ou do Poder Executivo.

Contudo, a legitimidade do Judiciário decorre, sobretudo, do fato de que a própria Constituição Federal atribui expressamente esse poder. Essa legitimidade se aperfeiçoa, ainda, com a vinculação do juiz às regras e aos princípios, o dever de motivação das decisões judiciais e a busca pela realização dos direitos fundamentais (BARROSO, 2009, p. 11-12). Assim, por ter a função de assegurar os direitos fundamentais, o Poder Judiciário teria uma legitimidade democrática material.

De acordo com Sarmento (2008, p. 560-561), essa objeção pode ser rebatida, ainda, por meio de três argumentos. O primeiro está relacionado ao déficit democrático das instituições democráticas. Apesar de o problema ser universal, em nosso país há características e situações que o tornam ainda mais grave, o qual termina por causar grande abalo à credibilidade das instituições de representação da sociedade. Para verificar tal fenômeno, basta dar uma olhada nas pesquisas de opinião pública, nas quais é possível constatar a baixa confiança depositada pelo povo em instituições como o Senado, a Câmara dos Deputados e os partidos políticos. Essa descredibilidade têm alcançado níveis drásticos com o cenário que vivenciamos atualmente, em meio aos esquemas de corrupção revelados e denunciados pela Operação Lava Jato.

O segundo argumento diz respeito justamente à compreensão sobre o significado do

termo democracia. A autêntica democracia exige bem mais do que as eleições livres, com sufrágio universal e alternância no poder. Ela pressupõe, além disso, a fruição dos direitos básicos pela população. Por fim, o terceiro argumento se refere à natureza normativa hierarquicamente superior da Constituição Federal. Significa que o dever do Judiciário de aplicar as normas jurídicas ao caso concreto, ainda que isto implique controle do exercício dos demais poderes, não é incompatível com a democracia, mas sim um de seus elementos. Por ser a Constituição uma autêntica norma jurídica, dotada de supremacia, a consagração no texto constitucional dos direitos sociais deveria afastar a crítica contra o suposto caráter anti-democrático da garantia judicial destes direitos (SARMENTO, 2008, p. 561).

Corroborando com este último contra-argumento, Comella (2010, p. 362) afirma que é possível desconstruir a objeção contramajoritária ao se levar em consideração que a Constituição Federal possui credenciais democráticas maiores do que a legislação infraconstitucional. Tal questão toma maior relevância quando diz respeito à garantia dos direitos fundamentais. Desta forma, não se poderia falar em atentado à democracia e à separação dos poderes, pois o Judiciário nada mais estaria fazendo do que realizando os preceitos da Constituição.

Desta forma, o fato de que “a legitimidade dos tribunais para tomar decisões politicamente sensíveis não pode ser negada com o argumento de que os juízes não são escolhidos pelo voto popular, já que não se pretende substituir a esfera político-representativa por aquela de ordem funcional” (KRELL, 2012, p. 172-173), mas apenas buscar realizar os mandamentos constitucionais.

5 EXECUÇÃO DE UM PROJETO IDEOLÓGICO PARTICULAR

Outra crítica que é usualmente feita à atuação ativista dos magistrados pode ser assim expressa: o Poder Judiciário estaria executando um projeto ideológico particular. Há quem sustente, portanto, que conceder aos juízes o poder de aplicar diretamente os direitos, sobretudo os sociais, significa permitir que executem um projeto particular, o que somente seria cabível aos outros poderes, que, por terem sido escolhidos pelo povo, estariam representando sua ideologia. Neste sentido, o controle das políticas sociais faria com que o Poder Judiciário ultrapassasse a esfera da imparcialidade política (SOUZA NETO, 2008, p. 523-524).

No entanto, a objeção ignora que os próprios direitos sociais contribuem para a

estruturação básica do regime democrático e, conseqüentemente, encontram-se na esfera da imparcialidade política. Até porque não se pode negar que os direitos sociais são condições para a realização da democracia (SOUZA NETO, 2008, p. 524). Assim, ao garantir direitos sociais sociais como saúde e educação, estar-se-ia possibilitando que a sociedade participasse de forma mais esclarecida nos rumos do país.

6 ESTABELECIMENTO DE RELAÇÕES INDIVIDUAIS DE CLIENTELA

Há também quem argumente que o fenômeno da judicialização contribuiria para um estabelecimento de relações individuais de clientela entre Estado e cidadãos. Esta crítica se baseia na ideia de que a realização dos direitos sociais pelo Poder Judiciário faria com que a população deixasse de se mobilizar para a luta política, preferindo a busca individual de seus interesses. O resultado desse processo seria a apatia política dos cidadãos (SOUZA NETO, 2008, p. 524). No entanto, os próprios direitos de participação política pressupõem uma condição fundamental, que é a garantia dos direitos mais básicos. Sem que estes sejam salvaguardados, não se pode sequer chamar um sistema jurídico de democrático (VÁZQUEZ, 2010, p. 401).

Portanto, a crítica esquece que a fruição minimamente adequada dos direitos fundamentais é essencial para o funcionamento da própria democracia. Sem que um conjunto básico de direitos fundamentais seja respeitado, os cidadãos simplesmente não possuem condições de participar ativa e conscientemente do processo político democrático, bem como do diálogo no espaço público (BARCELLOS, 2008, p. 119-120).

7 CRÍTICA FILOSÓFICA: OS MAGISTRADOS NÃO POSSUEM UM CONHECIMENTO MELHOR OU SUPERIOR

Outra crítica, denominada de *crítica filosófica*, pode ser formulada da seguinte forma: “não seria paternalista e presunçoso imaginar que os juristas, e os juízes, tomariam melhores decisões em matéria de políticas públicas que os agentes públicos encarregados dessa função?” (BARCELLOS, 2008, p. 122). Em suma, argumenta-se que o conhecimento dos magistrados não seria, de nenhuma forma, melhor ou mais adequado do que o dos outros poderes, razão pela qual a intromissão do Poder Judiciário não se justificaria.

Contudo, destaca Barcellos (2008, p. 123-127), esta crítica se baseia na ideia do relativismo moral absoluto, que, de forma simplificada, prega que é impossível descrever algo

como certo ou errado. Por não existirem consensos morais, a posição de qualquer pessoa não passaria de uma opinião relativa, pois seu fundamento de autoridade é apenas o próprio indivíduo. No entanto, é imprescindível registrar a inconsistência desta teoria, levando em consideração a sua incoerência com a realidade, pois não se pode negar que as sociedades contemporâneas continuam guiando-se por padrões morais clássicos de certo e errado, de bem e mal. Prova disto são os valores considerados universalmente errados ou maus, como, por exemplo, a violência e a injustiça extrema. Por outro lado, têm-se os valores moralmente corretos, que foram em grande medida incorporados pelos ordenamentos jurídicos. Assim, conclui-se que o relativismo moral generalizado não é consistente, pois existem espaços em que pode haver padrões e consensos morais. Desta forma, nem todas as opiniões são igualmente relativas, haja vista que existem parâmetros morais que devem ser considerados, fazendo com que certas escolhas sejam corretas e, outras, erradas. Além dos argumentos morais, existem os conhecimentos técnicos e científicos, que confirmam que há meios melhores do que outros para alcançar-se determinado fim. Acrescentem-se, ainda, os argumentos jurídicos positivados – comuns a toda decisão judicial.

Portanto, é possível concluir que o controle jurisdicional de políticas pode ter três fundamentos distintos e legítimos: jurídico, moral ou técnico-científico. Ou seja, em questões que envolvem a aplicação direta de normas jurídicas, valores moralmente aceitos ou argumentos técnico-científicos, a decisão judicial não seria melhor por ter sido proferida por um magistrado, mas sim pelo conteúdo veiculado por ela.

8 CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

A crítica a seguir envolve um problema prático decorrente das decisões judiciais no âmbito do controle de políticas sociais. Trata-se da crítica decorrente da cláusula da reserva do possível e se baseia no fato de que algumas decisões judiciais sobre direitos sociais não são passíveis de cumprimento em razão da escassez de recursos. Esta teoria, de origem alemã, defende que os direitos fundamentais só podem ser aplicados de acordo com a capacidade orçamentária. No Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, foi ajuizada ação “com o fim de obter matrícula no ensino superior público, sob o argumento de que se tratava de garantia necessária da liberdade de escolha da profissão. Aquela Corte indeferiu o pedido por entender que a garantia de direitos sociais depende da disponibilidade de recursos” (SOUZA NETO, 2008, p. 526).

No entanto, “é questionável a transferência de teorias jurídicas, que foram desenvolvidas em países ‘centrais’ do chamado ‘Primeiro Mundo’ com base em realidades culturais, históricas e, acima de tudo, socioeconômicas completamente diferentes” (KRELL, 1999, p. 246). Ou seja, é bastante temerário adotar, sem a devida adequação, teorias formuladas em países que vivenciam outras realidades. Pois, enquanto os países desenvolvidos já alcançaram um alto nível de garantia de direitos, o Brasil ainda não consegue sequer assegurar o mínimo necessário para a sobrevivência. Além do mais, “a excessiva importância dada aos recursos financeiros, na verdade, tem impossibilitado a realização de muitos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, mediante a acomodação do Estado [...] às situações de vulnerabilidade de amplos setores sociais” (LIMA JR., 2001, p. 101).

O próprio Supremo Tribunal Federal, na paradigmática decisão da ADPF nº 45 MC/DF, já analisou a questão da cláusula da reserva do possível. De acordo com o entendimento do STF, tal argumento não pode ser invocado pelo Estado para se exonerar do cumprimento de suas obrigações previstas constitucionalmente, sendo ressalvada a ocorrência de justo motivo, o qual deve ser objetivamente aferível.

Ademais, a cláusula da reserva do possível deve ser vista com maiores ponderações e de forma mais comedida, pois “em países subdesenvolvidos como o Brasil, nos quais o mínimo existencial é historicamente ignorado pelos poderes constituídos, a questão assume perspectivas dramáticas e que certamente não seriam vistas em países do denominado primeiro mundo” (GARCIA, 2004, p. 185).

9 DESORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E RISCO DE EFEITOS SISTÊMICOS

Há, ainda, a chamada crítica administrativa (e o risco de efeitos sistêmicos). Sua ideia central é a de que a atuação do Poder Judiciário na garantia dos direitos sociais termina por desorganizar a Administração Pública, pois os administradores acabariam se dedicando sobremaneira ao atendimento das demandas individuais judiciais, ao invés de darem preferência à criação, ao planejamento e à execução das políticas públicas propriamente ditas (SOUZA NETO, 2008, p. 528).

Além disso,

O risco de *efeitos sistêmicos* imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário.

O juiz [...] nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público (BARROSO, 2009, p. 16-17).

Entretanto, para ultrapassar esta objeção, é necessário que, no momento da decisão, os magistrados levem em consideração não apenas os elementos diretamente envolvidos no caso que lhes é apresentado, mas também as implicações e consequências decorrentes das decisões, a fim de assegurar o andamento regular da gestão pública.

10 AUSÊNCIA DE CAPACIDADE INSTITUCIONAL

A crítica da ausência de capacidade institucional sustenta que o Poder Judiciário não teria o conhecimento técnico imprescindível para verificar, no campo das políticas públicas, qual é a providência adequada. De acordo com tal objeção, “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 conhecimento específico” (BARROSO, 2009, p. 16). O Executivo e o Legislativo, por outro lado, detêm capacidades institucionais para tomar decisões mais informadas nesse âmbito. Decisões deste tipo demandariam uma análise cuja complexidade não poderia ser totalmente abarcada no processo judicial.

Não obstante, como contra-argumento a esta crítica, devemos considerar que o Judiciário pode fazer uso de perícias, do pronunciamento de *amicus curiae*, além de poder promover audiência pública com especialistas no assunto. Ademais, a Administração Pública pode levar ao Poder Judiciário os seus argumentos de natureza técnica, cabendo ao magistrado levá-los em consideração quando for proferir sua decisão. Para que o juiz possa decidir em sentido contrário, seria necessário que ele que buscasse as informações técnicas capazes de justificar a decisão. É importante salientar que as tarefas que o Judiciário tem assumido atualmente demandam do magistrado outro tipo de formação. O juiz contemporâneo não pode estar limitado e restrito ao conhecimento dos textos legais, mas deve ser capaz de lidar com um conhecimento multidisciplinar. Além disso, deve aprofundar o diálogo com a sociedade civil e com as demais instituições, evitando estar adstrito apenas às partes formalmente legitimadas (SOUZA NETO, 2008, p. 530-531).

11 DESIGUALDADE NO ACESSO À JUSTIÇA

Por fim, há a crítica da desigualdade quanto ao acesso à justiça. Argumenta-se que as pessoas que têm conseguido a garantia de seus direitos sociais, a partir de providências jurisdicionais favoráveis, são predominantemente aquelas que advêm da classe média. As camadas mais necessitadas permaneceriam excluídas do acesso à justiça. Desta forma, as decisões judiciais terminariam por reduzir a capacidade do poder público de fornecer os mesmos serviços para a população menos abastada, o que, na prática, acarretaria uma concentração de renda (SOUZA NETO, 2008, p. 533-534).

No entanto, esta crítica também não merece prosperar, tendo em vista que esta crítica incorre em uma falácia, haja vista que usa a desigualdade de acesso para negar esse acesso a todas as pessoas, não apenas à classe média, mas também à classe baixa. A solução, na verdade, é justamente aumentar o acesso à justiça das pessoas mais pobres, por meio, por exemplo, da melhoria da Defensoria Pública e do Ministério Público, de incentivar a advocacia popular. Assim, mesmo considerando que os dados representam a tendência nacional, a crítica não é suficiente a ponto de afastar a atuação judiciária como um todo (SOUZA NETO, 2008, p. 534). Desta forma, não se pode negar o acesso pelo fato de a maioria não conseguir ter esse mesmo acesso. Tal argumento representa até uma contradição. O correto é trabalhar para garantir a todas as pessoas o direito ao acesso à justiça.

CONCLUSÃO

Feitas estas considerações, entendemos que o ativismo judicial, a judicialização e o controle de políticas públicas não são fenômenos negativos em si mesmos, mas, pelo contrário, são capazes de incrementar a ação política e administrativa, identificando pontos de desenvolvimento e correção de políticas públicas, estabelecendo uma fiscalização. Para chegar a tal conclusão, enfrentamos, uma a uma, as críticas que são normalmente feitas a estes fenômenos.

O Poder Judiciário tem essa função em decorrência da própria Constituição Federal, que determina a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Desta forma, a atuação dos juízes contribui para garantir a proteção dos direitos, o que está diretamente relacionado com a ideia de uma Democracia Constitucional.

A questão atual não é se o magistrado pode intervir na implementação de políticas

públicas, mas sim a forma como ele deve atuar, estabelecendo condições, limites e possibilidades para tanto. Os parâmetros para a atuação ativista do Poder Judiciário ainda precisam ser melhor definidos, a partir de exaustiva análise e discussão a respeito do assunto. No entanto, esta não foi a finalidade deste trabalho, o qual teve como objetivo colocar o assunto em pauta, desconstruindo e superando as críticas a fim de abrir caminho para um debate desmistificado.

Se pudermos classificar o ativismo judicial em três categorias (leve, moderado e forte), defendemos a possibilidade de um ativismo moderado, posto que essencial para uma democracia. Uma posição judiciária extremamente leve pode conduzir a inúmeras injustiças, já um ativismo muito forte pode levar à tal da “Supremocracia”.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 15, p. 59-86, jan./jun. 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 111-147.

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15, pp. 1-31, jan./fev./mar. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 02 de abril de 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COMELLA, Víctor Ferreres. El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). **El canon neoconstitucional**. Madrid: Trotta, 2010.

GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 149-198.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

_____. Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos - O exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. In: FEITOSA, Enoque et al (Orgs.). **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos** – vol. 2. Recife: UFPE, 2012. p. 135-179.

_____. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r144-17.PDF>> Acesso em: 02 de junho de 2016.

LIMA JR., Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 533-586.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 515-551.

_____. SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VÁZQUEZ, Rodolfo. Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Eds.). **El canon neoconstitucional**. Madrid: Trotta, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 8, pp. 441-464, jul./dez. 2008.