CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ABUSO DE PODER OU COLABORAÇÃO COM A DEMOCRACIA?

Flávia Fernandes Costa
Christiana Soares de Freitas

RESUMO

O presente trabalho pretende fazer uma análise acerca da judicialização, do ativismo judicial e sua relação com a eficiência na gestão pública, erigido a princípio constitucional por meio da Emenda Constitucional n. 19/98, o qual deve ser observado pela Administração Pública. Para tanto serão abordados os conceitos e suas aplicações pelos gestores públicos. Ademais, há o dever do Estado democrático em concretizar direitos fundamentais e, como contraponto, a ausência de recursos financeiros para tanto faz com que os cidadãos exijam o cumprimento de políticas públicas no Poder Judiciário. Todavia, tal função encontra limites que serão discutidos neste artigo.

Palavras-chave: Judicialização. Democracia. Gestão pública. Eficiência.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição de 1988 (CR/88) e a ascensão do Estado Democrático de Direito, buscou-se a efetivação dos direitos anteriormente conquistados e a legalização de novos anseios do cidadão. Todavia, a materialização dessas garantias constitucionais vem sendo negligenciada pelos poderes Executivo e Legislativo, como se vê pelas inúmeras ações judiciais aviadas por cidadãos em busca da concretização de direitos. Assim, com o objetivo de efetivar esses direitos fundamentais, observa-se o deslocamento de certas decisões que tradicionalmente eram realizadas pela administração pública ou pelo legislador para o Poder Judiciário.

Nesse cenário, torna-se inócua a antiga e rigorosa separação de Poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, pela qual cada um exerce função típica e predominante, porém, não exclusiva, de desenvolver as funções de elaboração das leis e atos normativos primários de governo e Administração e, por fim, função jurisdicional, respectivamente. Isso porque, contemporaneamente, cada um desses poderes tem agregado às suas competências primordiais outros atributos.

Assim, o Poder Executivo, não raras vezes, edita Medidas Provisórias que sinalizam função legislativa. Da mesma forma, o Poder Judiciário exerce cada vez mais um papel ativo na sociedade, ora de cunho executivo, ora legislativo, agregando em suas decisões efeito político não experimentado anteriormente. Assim, questões relevantes do ponto de vista político e social estão cada vez mais em foco nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Vale transcrever a doutrina de Cambi:

> O Poder Judiciário é chamado a exercer função socioterapêutica, corrigindo desvios na consecução das finalidades a serem atingidas para a proteção dos direitos fundamentais. Não está, para isso, mais condicionado à estrita legalidade (*dura lexsedlex*), assumindo, ao lado do Poder Executivo e do Legislativo, a responsabilidade pelo sucesso político das exigências do Estado Social (CAMBI, 2008, p. 98).

Em uma visão positivista, típica do Estado Liberal, o magistrado possuía uma atividade puramente mecânica de aplicar a legislação. O juiz era considerado um mero funcionário com função precípua de julgar conforme a lei codificada. Assim, a intervenção do Judiciário era reduzida ao máximo em prol da liberdade das partes privadas no processo. A esse respeito, Perelman afirma que:

> Essa concepção, fiel à doutrina da separação dos poderes, identifica o Direito com a lei e confia aos tribunais a missão de estabelecer os fatos dos quais decorrerão as consequências jurídicas, em conformidade com o sistema de Direito em vigor. A doutrina da separação dos poderes é ligada a uma psicologia das faculdades, em que vontade e razão constituem faculdades separadas. Com efeito, a separação dos poderes significa que há um poder, o Poder Legislativo, que por sua vontade fixa o Direito que deve reger certa sociedade; o Direito é a expressão da vontade do povo, tal como ela se manifesta nas decisões do Poder Legislativo. Por outro lado, o Poder Judiciário diz o Direito, mas não o elabora. (PERELMAN, 1999, p. 32).

Posteriormente, com o surgimento do Estado Social, o juiz passa a desempenhar poderes mais abrangentes, podendo tornar-se um ga-

rantidor das finalidades sociais que recaem sobre o Estado. O julgador passou a se preocupar que o processo seja capaz de permitir:

> (a) a justa aplicação das normas de Direito material, (b) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real e (c) a efetividade da tutela dos direitos, pois a neutralidade é mito, e a inércia do juiz ou o abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, não é compatível com os valores do Estado atual. (MARINONI, 1996, p. 66).

Todavia, com o aumento da litigiosidade aliado ao desprestígio de agentes públicos em face de escândalos de corrupção, o Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, pós-Constituição da República de 1988, passou a ser visto como uma alternativa eficaz para debater e resolver questões que anteriormente estavam restritas ao âmbito político. Assim, cai por terra a figura do magistrado passivo e legalista, bem como de mero garantidor social, eis que tal atuação não mais condiz com o esperado pela sociedade.

Pode-se considerar que, hoje em dia, o juiz desempenha papel proativo de interpretação das leis como garantidor de direitos fundamentais, deixando-o em posição de destaque no cenário político e social. Todavia, a atuação atípica do Judiciário deve ser exercida com cautelas. Isso porque o Judiciário passa a exercer funções políticas não habituais.

É exatamente nesse ponto que surge uma das críticas desse agigantamento, qual seja, a sobreposição do Judiciário aos membros do Legislativo e Executivo tendo em vista que os magistrados não são eleitos pelo povo, ao contrário do que acontece com os demais poderes. Ora, a judicialização não significa usurpação judicial das funções dos outros poderes, haja vista que juízes e tribunais deverão ser deferentes a eles, especialmente diante de questões complexas que envolvam conhecimento técnico apurado ou pesquisa aprofundada em determinado campo. Assim, a judicialização não substituiria os demais poderes, mas

complementaria e impulsionaria sua melhora na efetivação de direitos. Conforme pontuado por Zulmar Fachin:

> Nessa perspectiva, o Poder Judiciário – por meio da atuação de seus juízes, desembargadores e ministros – vem se tornando, em boa medida, aquele que garante a efetivação dos direitos fundamentais. Nesse contexto, os juízes têm decidido sobre inúmeras questões, tais como o fornecimento de remédios à pessoa portadora [de] enfermidades; o direito de acesso de criança à sala de aula; o direito de o deficiente ter acesso a prédios públicos. O guardião das promessas passa a desempenhar, assim, outra função, qual seja, a de concretizar direitos fundamentais (FACHIN, 2008, p. 143-151).

Outra argumentação é a de que a judicialização coloca em risco a aplicação fática do princípio da separação de poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, em que cada um tem uma função determinada, sem comunicação entre si. É a chamada Separação de Poderes em corrente tripartite, prevista no artigo 2º da Constituição Federal de 1988 e, por meio da qual foi dada a cada um desses poderes a incumbência típica e predominante, porém, não exclusiva, de desenvolver as funções de elaboração das leis e atos normativos primários, de governo e Administração e, por fim, função jurisdicional, respectivamente. Assim, os três exercem precipuamente, cada um, funções básicas do poder uno, indivisível e soberano, que tem como titular o povo.

Ora, cada um desses poderes pode exercer, de forma harmoniosa e por exceção, funções atípicas. Há muito tempo se reconhece que a doutrina da separação dos poderes apresenta uma nova roupagem, com a existência de um Estado Democrático de Direito que abandona a preocupação em garantir a separação formal dos poderes e passa a considerar a Constituição instrumento efetivo de concretização dos direitos fundamentais. Com isso, o Judiciário, além de deter as

competências típicas, lhe é reservada, concorrentemente, a missão indelegável de efetivar os direitos fundamentais. Corroborando tal entendimento, tem-se a seguinte doutrina:

> A primeira crítica feita ao sistema de separação de poderes é no sentido de que ele é meramente formalista, jamais tendo sido praticado. A análise do comportamento dos órgãos do Estado, mesmo onde a Constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma intensa interpenetração. Ou o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extralegais, fazendo com que alguns dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência da separação (DALLARI, 2007, p. 221).

Outra crítica advinda dessa ausência de representatividade seria a falta de controle efetivo do povo, ou de algum órgão, das decisões proferidas, o que predispõe um Judiciário tirano e incontrolável, não passível de críticas. Ora, não basta dizer que o limite ao exercício do poder seriam as leis e a própria CF/88 já que, no final, acabaríamos com o Judiciário julgando uma decisão dele mesmo. O que se faz imprescindível seria tanto equilíbrio quanto bom senso nas decisões de todo magistrado. É preciso que se ponderem os interesses em conflito, analise o caso concreto e, com razoabilidade, respeite as funções dos outros poderes. Nesse sentido, são as palavras de Eduardo Cambi:

> As novas fronteiras entre o Executivo e o Legislativo, aliadas às falhas no processo eleitoral, às críticas ao sistema majoritário e proporcional, à ausência de fidelidade partidária, ao voto obrigatório, à corrupção e à impunidade dos governantes contribuem para a crise da democracia representativa, com desinteresse da

> população pela política e enorme descrédito das instituições (CAMBI, 2008, p. 94-95).

Já a eficiência administrativa surgiu no ordenamento brasileiro em 1967, por meio do Decreto-Lei n. 200/67, o qual prevê que toda atividade do Poder Executivo Federal esteja sujeita ao controle de resultados. Além disso, dispõe acerca da possibilidade de um servidor ineficiente ser demitido. Em seu artigo 26, preconiza que a atividade administrativa deverá, necessariamente, assegurar a realização de objetivos e a eficiência administrativa.

Não obstante, diante da reforma administrativa, a Emenda Constitucional n. 19/98 introduziu, no artigo 37 da Constituição de 1988, o princípio da eficiência administrativa. Nesse sentido, vejamos os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da boa administração (MELLO, 1999, p. 92).

A atuação administrativa apenas poderá ser considerada eficiente se os resultados forem alcançados com real economicidade,

produtividade, celeridade e qualidade. Todavia, nem sempre a Administração Pública consegue resultados satisfatórios para as inúmeras demandas sociais, o que leva os cidadãos a recorrerem ao Poder Judiciário para concretizar seus direitos. Assim, da ineficácia administrativa, nasceu o ativismo judicial como modo de suprir sua efetividade.

Ademais, o empoderamento do Judiciário está relacionado com incessantes críticas às instituições, como os partidos políticos, uma vez que estes esgotaram sua capacidade de concretizar o interesse público, consubstanciado na eficácia de direitos sociais, econômicos e culturais, bem como de estabelecer os rumos da sociedade.

Aliado a isso, temos que a maior parte dos magistrados brasileiros, ao julgar um caso concreto, ignora a existência do acesso a determinados direitos por vias administrativas. Assim, passam a não mais exercer a função de fiscalizadores das decisões dos demais poderes, mas a desempenhá-las de forma absoluta – interferindo, assim, no exercício de outros poderes, dado que o Judiciário carece de legitimidade e conhecimentos técnicos para efetuar esse tipo de juízo.

No Brasil, o Judiciário vem exercendo um papel cada vez mais ativo na implementação de direitos sociais e normas programáticas por meio da revisão de políticas públicas em ações de diferentes tipos. Os juízes o fazem ordenando ao Estado, por exemplo, o fornecimento de medicamentos não disponíveis no SUS, a realização de obras, o reajuste de preços e tarifas, o gasto ou contenção orçamentária. Todas essas decisões afetam, direta ou indiretamente, as políticas públicas implementadas.

Cumpre ressaltar que o Judiciário tem características estruturais e institucionais que restringem significativamente sua capacidade de promover mudanças sociais abrangentes e de corrigir o rumo de políticas públicas. Isso porque políticas públicas requerem medidas legislativas complexas, ações administrativas que dependem de *expertise* técnica para as quais o Judiciário não é capacitado.

Além disso, medidas como essas dependem diretamente da arrecadação e alocação de recursos significativos, além de decisões baseadas em uma visão alargada do universo das políticas públicas que o

Judiciário não possui necessariamente. Por esses motivos, o controle judicial de políticas públicas é de difícil concretização.

2 A AMPLIAÇÃO DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

O Estado Democrático de Direito desenvolve-se com o propósito de suprir o anseio político e social por uma cidadania plena e coletiva, dando nova conotação às liberdades públicas e propiciando a participação ativa de todos na construção e desenvolvimento político, jurídico e social de sua comunidade. Assim, para se dar efetividade a essas exigências, o poder não poderia ficar concentrado nas mãos de uma só pessoa, organização ou conjunto de organizações, sendo atribuído a órgãos independentes entre si o exercício de funções estatais essenciais.

Como visto e a título de exemplo, o Poder Legislativo, que tem como funções primordiais legislar e fiscalizar, pode julgar o presidente da República por crime de responsabilidade, conforme artigo 52, I, da CR/88, exercendo assim função anômala de dizer o Direito. Todavia, a prática cotidiana traz à baila sucessivos exemplos de compartilhamento de funções que extrapolam seu exercício atípico, tornando a divisão dos poderes meramente formalista.

É o que conhecemos por judicialização, conceituada como a interferência do Poder Judiciário em demandas que ultrapassam sua função jurisdicional, como forma de suplantar supostas ineficiências da representação política que se mostra precária e diferida para determinados grupos da sociedade. Assim, o Poder Judiciário passa a ser um poder ativo no que diz respeito à resolução de conflitos e à ampliação do acesso à justiça a um contingente de atores até pouco tempo marginalizados, como é o caso de adolescentes em situação de risco, dependentes de drogas e consumidores.

Ora, é dever do Estado atender efetivamente o maior número possível de todos aqueles que necessitem das medidas preventivas e assistenciais, sendo imprescindível estipular o que a doutrina chama de

"mínimo existencial", já que o recurso financeiro disponível para tanto é finito em detrimento da necessidade infinita desses serviços. Assim, o "mínimo existencial" seria o limite mínimo a que todos terão direito e que, se não cumprido, gerará lesão a direito.

Como consequência e para evitar o desrespeito a direitos legais, a Administração Pública deve adotar políticas públicas que tenham por objetivo a sua garantia. Nessa seara, o Poder Executivo tem a função de concretizar o comando legal disposto, alocando recursos públicos para satisfazer a demanda, estabelecendo critérios e prioridades a serem efetivadas, baseando-se em dados técnicos que permitam atender ao maior número de pessoas, conforme as prioridades previamente definidas, com fundamento nos princípios da eficiência, distributividade dos benefícios e serviços públicos, sob pena de, não o fazendo, habilitar a intervenção do Poder Judiciário para cessar ou evitar a lesão.

Ora, os recursos financeiros de que dispõe o Estado são limitados em detrimento da necessidade da população, gerando, nesse ponto, o conflito entre o mínimo existencial e a chamada cláusula da reserva do possível. Essa teoria afirma que o Estado somente poderia atender todas as demandas sociais, notadamente aquelas necessárias para se respeitar, minimamente, a dignidade da pessoa humana, se dispusesse de recursos financeiros para tanto. Nesse sentido, o ensinamento de Jorge Reis Novais aponta que:

> A reserva do possível passa a ser essencialmente entendida como constituindo essa limitação imanente a este tipo de direitos (sociais): mesmo quando a pretensão de prestação é razoável, o Estado só está obrigado a realizá-la se dispuser dos recursos necessários; daí a designação mais expressiva de reserva do financeiramente possível (NOVAIS, 2010, p. 91).

Todavia, ao invocar o princípio da reserva legal, o Estado deverá dispor de números que justifiquem a negativa em atender direitos sociais

pleiteados pelos cidadãos. Assim, se não houver justo motivo, o Poder Judiciário poderá intervir para assegurar o seu comprometimento, sem caracterizar, nessa hipótese, qualquer lesão ao princípio da separação dos poderes. Mas até que ponto o Judiciário pode intervir? Qual o limite da judicialização?

Cumpre ressaltar que, além da existência de recurso financeiro para custear o atendimento ao direito, o pedido judicial formulado em face do Estado deve se encontrar na órbita do razoável, ou seja, a tese da reserva do possível deverá se fundamentar em dois requisitos: a ausência do recurso financeiro pelo ente estatal (devidamente comprovada) e a não razoabilidade do pedido feito pelo indivíduo em face do Poder Público. Dessa forma, qual seria o momento em que a interferência do Judiciário se mostra imprescindível?

3 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DA DEMANDA POR AUMENTO DA EFICIÊNCIA

O Poder Judiciário zela pela interpretação e devido cumprimento da Lei e, por isso, sua atuação se faz necessária quando houver desvio administrativo que gere despesa exagerada ao Estado e que não atenda totalmente a população, lesando-se, assim, o princípio da eficiência, presente no artigo 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Dessa forma, com o aumento das demandas por serviços sociais, especialmente em meados dos anos 1980, houve um aumento considerável da despesa pública e, em consequência, tornou-se claro que a administração burocrática, que se propunha apenas a tornar a ação do Estado efetiva, não era eficiente. Isso se mostrou cada vez mais evidente diante da necessidade de maior eficiência, ou menor custo, bem como dos novos serviços sociais e científicos que o Estado passara a exercer, pois a administração pública burocrática proporcionava um mínimo de eficiência que o tornava economicamente viável, mas, à medida que

avançavam as reformas sociais, esse mínimo se tornava insuficiente em razão do aumento de custo dos serviços do Estado.

Acerca da administração burocrática, Pereira sustenta que:

> No setor público, a tecnocracia teve um grau de desenvolvimento. Além de administradores profissionais com as mais variadas origens, formaram-se [...] grupos de técnicos, cujo poder iria crescendo à medida que o governo perdia suas características de Estado liberal e, mal ou bem, assumia suas novas funções de planejar e promover o desenvolvimento econômico, de redistribuir a renda e garantir um mínimo de justiça social. Desse momento em que o Estado abandonava seu mero papel de polícia para intervir diretamente em todos os setores da sociedade foi necessário que se formassem grandes organizações burocráticas de caráter estatal ou semi-estatal" (PEREIRA, 1970, p. 95).

Vale transcrever as três dimensões da reforma da gestão pública, didaticamente elaboradas por Luiz Carlos Bresser Pereira: primeiramente, a dimensão institucional-legal, na qual há uma descentralização da estrutura organizacional, com a criação de, por exemplo, agências executivas e regulatórias.

Tem-se também a dimensão da gestão em que a administração burocrática, a qual visava tornar o Estado mais efetivo, garantindo direitos sociais, bem como o fornecimento de serviços de educação, saúde, previdência e assistência social, foi substituída pela valorização da autonomia e surgimento de novas maneiras de responsabilização dos gestores na busca por resultados satisfatórios.

Por fim, a dimensão cultural, que nasceu em decorrência dos esforços de transformação do aparato estatal em prol da introdução de mecanismos mais eficientes de gestão, buscando uma confiança maior de todos os envolvidos em relação aos processos administrativos.

A reforma também dá ênfase ao chamado controle social, ao papel das ONGs de advocacia pública, dos conselhos municipais, das conferências nacionais – todos instrumentos da democracia participativa. Dessa forma, ela teve um papel importante na legitimação das ações do Estado, visando oferecer serviços de consumo coletivo que, por sua natureza, são mais igualitários do que os serviços pagos individualmente pelos atendidos.

Assim, o verbo governar passaria a ser traduzido como assumir compromissos para alcançar o apoio da maioria, definindo leis, políticas públicas e, dessa forma, tomando decisões estratégicas voltadas para o interesse público e nacional. Podemos incluir nesse conceito, ainda, a administração da organização do Estado e a escolha dos responsáveis por sua implantação, além de operar os serviços públicos com eficácia e eficiência.

4 LIMITES DO PODER JUDICIÁRIO PARA GARANTIA DA EFICIÊNCIA

O Poder Judiciário era tido como aquele responsável pela pacificação de conflitos, estando sua intervenção legitimada pela Constituição. Com a crise econômica em que o País se encontrava na década de 1980/90, mostraram-se imprescindíveis mudanças administrativas no Estado brasileiro, em especial, uma reforma política do Estado, introduzida no governo Fernando Henrique Cardoso pelo ministro Luiz Carlos Bresser Pereira, a qual visava atingir os objetivos de um Estado Democrático de Direito, previstos nos artigos 1º e 3º, ambos da Constituição de 1988. Ademais, pela instrumentalidade de ações coletivas e em defesa do chamado "mínimo existencial", o poder interventivo do Judiciário no controle de políticas públicas foi ampliado.

No que tange às políticas públicas, podemos afirmar que estas dizem respeito ao dever do Estado em concretizar direitos fundamentais, ao

passo que os administrados têm o direito de exigir o cumprimento de políticas públicas previstas na Constituição de 1988.

Não existe consenso na literatura sobre a definição de políticas públicas, por serem estas um campo recente da ciência política. Em geral, entende-se como políticas públicas um "[...] conjunto de decisões e ações destinadas à resolução de problemas políticos" (RUA, 1998, p. 731).

Ademais, quando aplicadas em um Estado Democrático de Direito, há um ponto de encontro entre Direito e Política, o que faz com que estes dois ramos se relacionem. Aquele contribui com elementos normativos utilizados para assegurar a legalidade dos atos praticados. Já a Política traz elementos que legitimam a escolha de políticas públicas pelos representantes do Poder Executivo.

Por constituir dever do Estado-Administração e também do Estado-Juiz, os atos que envolvem políticas públicas são passíveis de controle pelo Poder Judiciário. A atuação proativa de juízes em Políticas Públicas representa, de um lado, a pretensão de garantir direitos sociais, mas, de outro, contrapõe decisões políticas tomadas por poderes legitimados pela democracia representativa. Inclusive, para garantir a função judicial de garantidor de direitos fundamentais, o Conselho Nacional de Justiça estimula o protagonismo do Judiciário no controle e eficácia de políticas públicas com a criação de programas como o "Mutirão Carcerário"[1], que contribui para o controle da moralidade e transparência administrativa.

No que se refere às políticas públicas, existe o dever constitucional do Estado em assegurar o pleno exercício dos direitos fundamentais. Dessa forma, a omissão estatal caracterizaria ofensa à Constituição Federal, desse modo, passível de controle judicial. A decisão judicial, assim, nos casos de ausência de política pública, limitar-se-á a determinar que o Poder Executivo adote determinada conduta, como, por exemplo, cominação de multa diária por descumprimento ou, ainda, condenação ao pagamento de indenização, previstas no Código Civil de 2002 ou em Leis Especiais.

---

[1] Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>

Ademais, é possível que já exista implementação de uma determinada política pública, mas de forma insatisfatória ou ineficiente. Nesse caso, o controle judicial será mais restrito, eis que a verificação da adequação das medidas para implementação da política pública se confunde com o mérito do ato administrativo que advém de competência discricionária.

Todavia, a intervenção em políticas públicas necessita de limites, geralmente pautados no binômio razoabilidade/disponibilidade financeira para concretizar as prestações positivas a serem executadas pelo Estado. Nesse sentido, é a transcrição das palavras de Karl Lowenstein, na tradução de Américo Bedê Freire Júnior:

> A intervenção dos tribunais pode conduzir à quebra das fronteiras entre administração de justiça e política. Os detentores do poder, politicamente responsáveis – governo e parlamento – estão expostos à tentação de levar aos tribunais um conflito político. Os juízes, por sua parte, estão obrigados a substituir as decisões dos responsáveis pelo poder por seus juízos políticos, camuflados de sentença judicial. Instalar um tribunal como árbitro supremo do processo de poder – e este é o núcleo da judicialização da política –transformaria, ao final, o sistema governamental em um domínio dos juízes, ou seja, uma judiocracia (2005, p. 52).

A análise dos limites da judicialização da política vai além de uma contraposição entre direito de um lado, e, de outro, a separação de poderes e/ou princípios orçamentários. O que se tem visto é uma crescente flexibilização dos parâmetros legais e constitucionais existentes em benefício de uma suposta independência judicial e de um pretenso poder normativo dos juízes.

As decisões proferidas em sede jurisdicional encontram-se motivadas cada vez mais por finalidades e consequências práticas a serem

atingidas, sinalizando seu grau de politização, em vez de argumentações decorrentes de premissas juridicamente aceitas, que caracterizam uma decisão mais técnica.

Assim, um dos maiores problemas da judicialização seria o controle da atuação de juízes quando estes proferem suas decisões, mais especificamente em razão de certa discricionariedade permitida por meio de conceitos abertos e do caráter principiológico característico das normas jurídicas. Ademais, a ampliação da fronteira de atuação do Judiciário tem sido manejada, em alguns momentos, de forma distorcida, permitindo-lhe atribuições políticas que não se encontram no seu âmbito de competência originária.

Cada vez mais, a judicialização tem cedido lugar a uma postura paternalista por parte do Estado, em especial, por meio do ativismo judicial tão característico dos dias atuais, sobretudo nos tribunais brasileiros. Ramos define o ativismo judicial como

> o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há [...] uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes (RAMOS, 2010, p. 129).

Importante diferenciar a judicialização e o ativismo judicial. Na judicialização, o alargamento da atuação do Judiciário decorre de uma autorização constitucional prévia. Já no ativismo, essa ampliação se dá a partir do subjetivismo do julgador que busca atingir a justiça no caso concreto e o faz por meio de interpretações e releituras do texto legal de forma deliberada e muitas vezes arbitrária. Nesse sentido,

> a judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre do modelo de constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte. O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e o alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias (BARROSO, 2009, p. 5;12).

A liberdade conferida ao magistrado, no que diz respeito à interpretação das normas, decorre do fenômeno da judicialização. Assim, para que tal decisão seja legitimada, é mister que sejam observados seus parâmetros no próprio ordenamento jurídico. Por outro lado, o que se nota no ativismo judicial "é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo" (RAMOS, 2010, p. 116).

Essa atitude proativa por parte do Judiciário, embora sinalize uma possível finalidade altruísta, muitas vezes é marcada por arbitrariedades do magistrado com excessivo intervencionismo. Isso porque o Ju-

diciário assume uma função paternal e não necessariamente jurídica, chamando para si qualquer tipo de demanda. Junte-se a isso o risco do magistrado, de maneira isolada, se considerar legitimado a proferir uma decisão a favor da parte considerada mais frágil, muitas vezes desprovido de fundamento jurídico, por acreditar que dessa forma está sendo feita a justiça naquele caso concreto.

Junte-se a isso que há um risco das decisões se afastarem de uma referência normativa, baseada em comandos constitucionais, e aproximar-se de motivações políticas, baseadas no subjetivismo. Isso faz com que haja um distanciamento da função jurisdicional típica de um Estado Democrático de Direito. De acordo com Barroso,

> a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo (BARROSO, 2009, p. 9).

Dessa forma, a omissão do Poder Público em promover as políticas públicas relacionadas ao interesse público, associada a uma aparente inércia da população em lutar por essa representatividade, permite a transferência de expectativas ao Poder Judiciário que acata o pleito. Todavia, o Judiciário, ao assumir essa função, não encontra respaldo no ordenamento jurídico, sobretudo na Constituição da República, colocando em risco a própria democracia que pretende proteger.

Portanto, o protagonismo judicial, como forma de representação popular, permite o enfraquecimento das próprias instituições estatais fomentando, ainda, a omissão dos poderes públicos, tendo em vista a falta de cobrança pela própria população. Por isso, o Poder Judiciário passaria a ser considerado a única instituição capaz de solucionar qualquer litígio, de ordem privada ou pública, ocasionando um acú-

mulo de processos pendentes de julgamento e conclusão. Conforme aponta Oliveira, e

> como bem dito pelo ministro Marco Aurélio, não se pode desconsiderar o meio, no caso a Constituição, para se atingir um fim. O que se espera no Estado Democrático de Direito é um respeito também aos meios democraticamente instituídos; do contrário não haveria diferença entre este modelo estatal previsto na Constituição e um Estado totalitário ou paternalista. As decisões ativistas analisadas estão impregnadas de um paternalismo dócil, aparentemente inofensivo, que visa tão somente "melhorar", em detrimento da participação popular, a democracia brasileira. A experiência histórica brasileira [...] dá exemplos dos retrocessos conseguidos por meio de posturas salvacionistas, messiânicas (OLIVEIRA, 2011, p. 120).

Diariamente, várias demandas são ajuizadas pela população para se obter proteção desvinculada dos formalismos e regras processuais às quais estaria sujeita. Isso porque o princípio da segurança jurídica também se vê comprometido, pois o jurisdicionado, de um modo geral, anseia por certa previsibilidade das decisões judiciais, visto que as normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto são públicas e notórias.

Assim, uma decisão desvinculada do ordenamento jurídico que a sustenta e proferida com base nas paixões pessoais do julgador revela a instabilidade do sistema e, por mais que possa atender ao interesse de uma das partes, expressa o autoritarismo judicial. Nesse contexto, é preciso apurar se toda a população está disposta a se ver diante do solidarismo social que acaba por ser imposto por meio de tais decisões, uma vez que terceiros são sujeitados a ônus legalmente inexistentes.

Um exemplo recente foi a decisão do juiz federal Sérgio Moro de tornar públicas as conversas telefônicas entre Dilma Rousseff e Luís Iná-

cio Lula da Silva, mesmo ferindo princípios como a segurança pública e a presunção de inocência, além do fato de que tais conversas foram consideradas ilegais pelo próprio Supremo Tribunal Federal (STF). É a legitimação de uma autonomia excessiva e arbitrária de atores do Poder Judiciário que não encontra formas de sanção. Com isso são observadas atitudes como a mencionada, que não são detidas nem pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nem pelo próprio STF.

Por isso, mais relevante é que a população tenha consciência da importância de uma representatividade efetiva de membros que compõem o Poder Legislativo bem como de sua força para exigir, do Poder Executivo, a concretização de políticas públicas. Tal compreensão trará ganhos para toda a coletividade, se comparados às conquistas decorrentes de ganhos individualmente obtidos no Judiciário.

5 CONCLUSÃO

O controle judicial de políticas públicas é realizado, por exemplo, por meio de ações coletivas, e os limites dessa intervenção são estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça e pela aplicação dos princípios da razoabilidade, adequação, mínimo existencial e reserva do possível, corroborando, assim, o sistema de freios e contrapesos do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, para atingir seus objetivos, o gestor público deverá adotar ações para efetivar uma gestão por resultados, com eficiente planejamento e controle que lhe permita corrigir possíveis erros ou imperfeições que venham a distanciar os resultados pretendidos. Ademais, mostra-se primordial que a gestão seja acompanhada de ferramentas adequadas para medir os resultados alcançados, pois, caso contrário, não será possível a correção das falhas fazendo com que o administrador público perca tempo com procedimentos demasiadamente burocráticos que não atinjam as metas planejadas.

Junte-se a isso que a introdução do princípio da eficiência no rol de princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública veio exigir dos administradores uma nova postura, gerando uma tendência ao abandono das práticas tradicionais burocráticas de administrar, as quais tornavam a máquina pública ineficaz, buscando adotar uma nova administração gerencial onde os fins sociais devem ser alcançados, com emprego de meios mais eficientes e sem desperdício de tempo e de recursos públicos.

Frise-se, ainda, que quando a Administração não consegue satisfazer os anseios dos cidadãos, ou seja, diante da ausência de um Poder Executivo eficiente, surge um Judiciário de atuação mais ampla e atuante em áreas que extrapolam sua função essencial de julgar conflitos. A judicialização e o ativismo surgem nesse contexto. Aquela é vista como um fato, eis que nasce quando alguém recorre ao Judiciário para ver seus direitos concretizados e, por meio do uso da norma, o magistrado decide a matéria (ainda que dessa forma extrapole seu poder judicante). Já o ativismo é a escolha de uma forma proativa de interpretar a norma, expandindo seu alcance.

Todavia, esse comportamento ativista deve ser visto com prudência, eis que para a própria manutenção do Estado Democrático de Direito é imprescindível que haja um equilíbrio entre os poderes, com o objetivo de evitar a sobreposição de um e outro. Uma forma de evitar o agigantamento do Judiciário e manter o equilíbrio entre poderes seria a conscientização de que a esfera pública deverá estar apta a promover o equilíbrio entre os interesses que informam a vida e a organização dos diversos grupos sociais, que, embora possuam diferentes níveis de recursos e motivações, devem ser atendidos equitativamente.

REFERÊNCIAS

AMARAL, M. G. de. Os limites da judicialização das políticas públicas: uma análise sob a ótica do direito fundamental social à educação na realidade pós-constituição federal brasileira de 1988. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/705/554>. Acesso em: 04 abr. 2016.

ARAGÃO, C. V. de. Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio. Revista do Serviço Público, ano 48, n. 3, Setembro-Dezembro, 1997.

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Atualidades Jurídicas, n. 4, p. 1-29, 2009. Disponível em: < http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em: 20 jun. 2016.

CAMBI, E. Revisando o princípio da separação dos poderes para tutelar os direitos fundamentais sociais. In: Direitos fundamentais revisitados. KLOCK, A. B. et al. (Org.). Curitiba: Juruá, 2008.

CARVALHO, E.; LEITÃO, N. O novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política. Revista Direito GV, v. 6, p. 399-422, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n2/a03v6n2.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2016.

DALLARI, D. de A. Elementos de Teoria Geral do Estado. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACHIN, Z. Funções do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea e a Concretização dos Direitos Fundamentais. ANIMA: Revista

Eletrônica do Curso de Direito da OPET. Publicação trimestral, ano I, n. 1, Curitiba, 2009. Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Zulmar_Fachin_funcoes.pdf Acesso em: 22 jul. 2016.

FREIRE JÚNIOR, A. B. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2005, p. 52.

JUNQUEIRA, E. B. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. Revista Estudos Históricos, v. 9, n. 18, p. 389-402, 1996. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025/1164>. Acesso em: 20 mai. 2016.

KOERNER, A. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Julho 2013.

LENZA, P. Direito Constitucional Esquematizado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA JÚNIOR, O. B. de. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. Revista do Serviço Público, ano 49, n. 2, Abril-Junho, 1998.

MARINONI, L. G. Novas linhas do Processo Civil. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Malheiros, 1996.

MELLO, C. A. B. de. Curso de Direito Administrativo. ed. 12, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 92.

NOVAIS, J. R. Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra: 2010.

OLIVEIRA, F. L. Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. Revista Brasileira de Ciências

Sociais (Anpocs), v. 27, p. 89-115, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v27n80/v27n80a06.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2015.

OLIVEIRA, M. M. de. O Ativismo Judicial e a Tutela da Cidadania: a postura ativista do Judiciário e os riscos ao Estado Democrático de Direito. 2011. 165f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

PEREIRA, L. C. B. Democracia, estado social e reforma gerencial. Rev. Adm. Empres., v. 50, n. 1, São Paulo, Jan./Mar., 2010.

_____. Reflexões sobre a reforma gerencial brasileira de 1995. Revista do Serviço Público, ano 50, n. 4, Outubro-Dezembro, 1999.

_____. Da administração pública burocrática à gerencial. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

PERELMAN, C. Lógica Jurídica: nova retórica. 2. ed. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira, São Paulo, Martins Fontes, 2004.

PORTAL ADMUFMS. Disponível em: <https://admufms.files.wordpress.com/2007/09/burocracia-e-reforma-gerencial.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2016.

PORTAL BRESSER-PEREIRA. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/curric/04-OnBPereira/14.10.SobreBP-Leite,Leonardo-Empreeendedor.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2016.

PORTAL BRESSER-PEREIRA. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/RH/pereira_rh.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2016.

PORTAL BRESSER-PEREIRA. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/interviews/2014/06-Hist-AP_EAESP-Entrev_Helio-Barboza.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2016.