

# **Entre o político e o jurídico: o problema da politização do poder judiciário em contraposição à judicialização da política. Ativismo judicial e controle judicial de políticas públicas no Brasil.**

Avanço de investigação em curso.

Estudos políticos e sócio-jurídicos.

Marco Aurélio da Silva Freire.

## **Resumo**

O desenvolvimento institucional brasileiro, a partir da redemocratização até a promulgação da constituição em 1988, implicou na criação de uma nova racionalidade burocrática. Porém, nesta década, presenciamos uma grave crise do poder legislativo em virtude de variados escândalos de corrupção, ao mesmo tempo o judiciário ganhou notoriedade perante a opinião pública através de decisões que tiveram forte repercussão. O presente trabalho pretende analisar o fenômeno da judicialização da política, por meio do ativismo judicial e relacioná-lo com as posturas tomadas pelo supremo tribunal federal brasileiro, quando este se manifesta em face de questões relativas às políticas públicas analisando as consequências dessas decisões para a sociedade no tocante à concretização dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988.

**Palavras-chave:** Judicialização da Política. Ativismo Judicial. Políticas Públicas.

## **Introdução**

A presente pesquisa objetiva analisar o fenômeno da judicialização da política, por meio do ativismo judicial e relacioná-lo com as posturas tomadas pelo supremo tribunal federal brasileiro, quando este se manifesta em face de questões relativas às políticas públicas analisando as consequências dessas decisões para a sociedade no tocante à concretização dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988. Este estudo vem sendo levado a cabo como uma forma de compreender como a judicialização da política interfere na organização dos três poderes e consequentemente, na implementação de políticas públicas que visem dotar a sociedade de mecanismos de correção das desigualdades sociais vigentes no país.

O presente trabalho intenta apresentar resumidamente aspectos relevantes da pesquisa e para tal está organizado em quatro seções, sendo a primeira a presente introdução. Na segunda seção é apresentado como o processo de redemocratização brasileiro e a emergência de uma constituição social, através do constitucionalismo, gerou um poder judiciário forte, visto a partir de então como entidade garantidora do novo arcabouço de direitos e garantias democráticas. Na terceira seção discute-se como o ativismo judicial passa a ser a face visível desse movimento, bem como as críticas e suas consequências, a partir da teoria de Dworkin(2006) e de Waldron(2010), Na quarta seção procura-se discutir qual o papel do Poder judiciário na construção de um controle de constitucionalidade de questões políticas ou políticas públicas à luz da Constituição Federal de 1988, para se estabelecer um parâmetro de análise a respeito da concretização de direitos fundamentais. Na quinta e última seção são apresentadas algumas considerações finais.

## **A Constituição de 1988 e a Judicialização da política no Brasil.**

A judicialização da política é a mudança do centro decisório de algumas matérias de natureza eminentemente política, que ao invés de serem decididas pelas instâncias políticas tradicionais (Congresso Nacional e Poder Executivo) passam a ser decididas por órgãos de natureza judicial. Esse fenômeno é observado em diversas sociedades contemporâneas, e caracteriza-se por uma expansão da jurisdição dos tribunais e magistrados no âmbito político por meio de uma expansão dos métodos de tomada de decisão para além da jurisdição típica. Tal fato ocorre em escala mundial a depender da combinação das tradições constitucionais e dos arranjos políticos que cada país possui.

A supremacia constitucional, ideia que veio à tona quando da Constituição americana de 1787, se fortaleceu no mundo principalmente a partir do século XX, mais precisamente pós segunda guerra mundial, quando os países passaram a compartilhar suas preocupações com uma agenda de respeito aos direitos humanos, chegando inclusive a ampliar sua esfera de atuação, ou seja, não eram apenas os chamados direitos de primeira dimensão (liberdades políticas), mas também direitos de segunda (sociais) e até terceira dimensão (difusos) que passaram a ser o parâmetro do controle de constitucionalidade desses países, vinculando a legislação e os atos administrativos, o que acarretou um maior poder aos Tribunais.

Barboza e Kozicki (2012) enfatizam que esse movimento chegou até mesmo à chamada periferia dos países centrais, ou seja, na América Latina, no Leste Europeu e na África do Sul, onde a adoção do constitucionalismo se deu com a chegada da democracia no poder, após governos ditatoriais. A doutrina ressalta (Tate & Vallinder, 1995, p. 2) que a judicialização só ocorre em sistemas democráticos que possuem um Poder Judiciário forte, garantidor dos novos direitos, capaz de se pronunciar imparcialmente e independente de pressões políticas ou sociais nos casos em que os demais poderes se manifestem de modo falho, insuficiente ou insatisfatório.

Não obstante, a adoção desse modelo constitucional onde há um elenco marcante de direitos fundamentais supremos, as constituições são rígidas e as maiorias parlamentares não podem atuar para reduzir as garantias já estabelecidas na carta constitucional resulta em um novo modo de interpretar e aplicar o Direito. Isso possibilitou no caso brasileiro no fortalecimento e na ampliação do papel do Poder Judiciário, colocando-o no centro do debate político do país, uma vez que suas decisões passaram a ter preponderância em questões importantes para o Estado. Ocorreu uma transferência para os juízes e tribunais de questões que antes eram debatidas e decididas em âmbito exclusivamente político.

A judicialização da política se deu como uma consequência do modelo constitucional democrático adotado pelo Brasil. Como nos diz Barroso (2011):

“A judicialização no Brasil decorre do modelo constitucional brasileiro e, portanto, em alguma medida ela é inevitável. Constitucionalizar é tirar uma matéria da política e trazê-la para dentro do Direito. E, portanto, existem prestações que o Judiciário não pode se negar a apreciar – e é muito bom que seja assim. Porém, a judicialização tem uma óbvia faceta negativa. É que, na medida em que uma matéria precise ser resolvida mediante uma demanda judicial, é sinal que ela não pôde ser atendida administrativamente; é sinal que ela não pôde ser atendida pelo modo natural de atendimento das demandas, que é, por via de soluções legislativas, soluções administrativas e soluções negociadas. A faceta positiva é que, quando alguém tem um direito fundamental e esse direito não foi observado, é muito bom poder ir ao Poder Judiciário e merecer essa tutela.”

Essa nova ordem constitucional aproximou o direito e a política, permitindo assim, através de um Judiciário mais atuante, a concretização de direitos fundamentais. Mas não é apenas uma situação de países periféricos ou de tradição romano-germânica. Como nos diz Barboza e Kozicki (2012) “Até mesmo países com tradição de *common law* adotaram Cartas de Direitos Fundamentais,<sup>1</sup> que passaram a servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis com elas incompatíveis.”

(p.1).Com isso as Cortes Constitucionais dos mais diversos países ao redor do globo, tem se deparado com questões clássicas tais como: aquelas relacionadas com direitos da liberdade, qual sejam, liberdade religiosa, de manifestação, direito à privacidade, etc., bem como questões relacionadas à saúde, educação, meio ambiente, minorias culturais ou étnicas, biodireito, uniões homoafetivas, etc.

Isso acarretou inúmeras repercussões no plano político, e no caso brasileiro, houve uma mudança no paradigma de interação dos tribunais com o sistema político, exigindo do Judiciário uma postura preventiva, haja vista que as suas decisões emanadas terão um grande impacto na sociedade.

Com o advento da judicialização da política houve a juridificação das relações sociais, os tribunais ficaram mais acessíveis ao cidadão do que as instituições políticas, e como o Judiciário não podia deixar de dar resposta às demandas que lhe são apresentadas, em virtude do princípio da inafastabilidade da jurisdição, instituiu-se uma relação de compromisso entre este e o cidadão.

Nesse contexto dispõe Luís Roberto Barroso (2010):

“(...)a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial” (p. 8)

Barboza e Kozicki (2012) esclarecem que a importância dos tribunais não se dá apenas em sentido quantitativo, mas também que ocorreu um redesenho dos papéis dos três poderes, ensejando uma nova arquitetura institucional com o Poder Judiciário se manifestando cada vez mais com relação a questões políticas centrais para a sociedade.

Esse fenômeno é definido como judicialização da política e pode significar tanto a transferência das decisões do campo parlamentar ou executivo para as Cortes, como o aumento dos métodos judiciais de tomada de decisões para além dos tribunais (Vallinder, 1995, p. 13).

No caso brasileiro, para Barboza e Kozicki (2012), baseado na leitura de Arantes (1999):

“...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". Por outro lado, a adoção de um Estado Democrático de Direito gerou a "necessidade de juízes e árbitros legítimos" virem a decidir sobre conflitos entre sociedade e governo e entre os poderes do próprio Estado. Esse papel, segundo o autor, foi atribuído em grande medida ao Poder Judiciário.” (p. 83)

Fatores como a omissão do Poder Legislativo em realizar sua atividade principal (legiferar), desembocando na crise do parlamento brasileiro, a ampliação do acesso à justiça, que se garantiu universal, a promulgação da Constituição Federal de 1988, contribuíram para a ascensão desse fenômeno tal qual o percebemos atualmente.

Isto posto, dada a crise do positivismo jurídico e o caráter aberto das normas constitucionais, podemos observar que o Poder Judiciário, modificou sua forma de interpretar o texto, pois não é mais possível dizer previamente qual o direito aplicável ao caso, mas construir a interpretação a partir do contexto histórico, social, político, econômico e moral da sociedade. Como nos diz Barboza e Kozicki (2012), “A norma, portanto, não existe no texto, mas apenas no caso concreto.” (p.3)

Outro ponto que deve ser lembrado é que o Poder Judiciário brasileiro realizou um movimento de aproximação da população, desde a implementação de juizados especiais de diversos tipos, tais como os do consumidor, o de pequenas causas e mais recente, os juizados especiais criminais, as câmaras de mediação, conciliação e arbitragem, todos esses lugares permitindo até mesmo a apresentação das partes sem a representação obrigatória por parte de um advogado. Mesmo o trabalho

legislativo dos últimos tempos, também veio a beneficiar o papel do Poder Judiciário em face da opinião pública, uma vez que legislações como a Lei Maria da Penha, Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Juventude, contribuíram para um adensamento do papel do juiz diante das diversas camadas sociais, ao mesmo tempo, em que vemos um enfraquecimento do papel do Estado Administrador, ou seja, o Poder Executivo. Tal ocorrência se dá porque o juiz se tornou o protagonista nas decisões sobre questões sociais, inclusive as que envolvem políticas públicas (Vianna; Burgos; Salles, 2007, p. 41).

Porém é necessário não confundir, apesar de possuírem pontos em comum, os conceitos de ativismo judicial e de judicialização. Pois enquanto o ativismo é uma atitude manifestada através da vontade política do Judiciário que age ante a inércia dos demais poderes, a judicialização é a transferência de poder político do Executivo e Legislativo para o Judiciário.

### **O ativismo Judicial: Entre o político e o jurídico.**

A efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais é um dos objetivos do Estado de Direito e está estreitamente ligada a garantia de um mínimo existencial para os integrantes da sociedade. Os direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, exigem do Estado uma prestação positiva, ou seja, uma postura ativa frente ao cidadão para que possam ser cumpridos os objetivos da constituição. No entanto, tal efetivação tem sofrido uma mitigação já que devido à escassez de recursos não é realizada de modo satisfatório. Nesse contexto, deve ser ressaltado que, para esses direitos sociais serem concretizados devem ser observadas as possibilidades financeiras do Estado, pois este irá atuar de acordo com o instituto da Reserva do Possível. Neste sentido:

“Assim, o custo direto envolvido para a efetivação de um direito fundamental não pode servir como óbice intransponível para sua efetivação, mas deve ser levado em conta no processo de ponderação de bens. Além disso, deve participar do processo de ponderação a natureza de providência judicial almejada, em especial no que se refere a sua necessidade, adequação e proporcionalidade específica para a proteção do direito fundamental invocado. Por fim, outros elementos devem participar do processo de ponderação, como o grau de essencialidade do direito fundamental em questão, as condições pessoais e financeiras dos envolvidos e eficácia da providência judicial almejada” (Mânica, 2008,p.12)

Portanto, devido à escassez de políticas públicas, bem como omissões por parte do Poder Legislativo, chega ao Judiciário casos que dizem respeito à tutela de direitos tidos como fundamentais, e não há outra alternativa a não ser tomar uma postura proativa e decidir o caso concreto para garantir a efetividade de tais direitos. Toma-se por base, entre outros princípios o da dignidade da pessoa humana e os conceitos da reserva do possível e de mínimo existencial.

Essa atividade de ampliação da atuação do Poder Judiciário por meio de uma postura proativa de interpretação da Constituição é conhecida doutrinariamente como ativismo judicial. Conforme preceitua Barroso (2011):”a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”

Esta conceituação permite-nos evidenciar dois pontos: i- a necessidade de concretização dos preceitos constitucionais e ii- uma vez que o Judiciário realiza esta concretização estará invadindo a competência dos demais poderes. Como ainda nos diz Barroso (2011), a postura ativista não se manifesta de modo único, mas por diferentes condutas, entre as quais a aplicação direta da Constituição a situações que não estão contempladas em seu texto e a revelia do legislador ordinário, como também a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos oriundos do legislador, com base em critérios

menos rígidos que os de clara violação da Constituição, além da imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Um grande conflito doutrinário a respeito desse conceito, divide a doutrina em duas correntes que apoiam teorias distintas, quais sejam: A teoria substancialista e a procedimentalista.

A teoria substancialista defende que o Judiciário deverá satisfazer as necessidades da sociedade e assim concretizar os direitos sociais levando em conta o mínimo existencial, não devendo ficar inerte ante as omissões do Executivo e do Legislativo. Os direitos fundamentais sociais como saúde, educação, assistência social, alimentação, entre outros, são essenciais a uma vida digna, e devem ser efetivados independentemente de qual poder irá realizá-lo, pois o que importa é dar ao cidadão condições de uma vida digna. Desse modo nos diz Machado (2012):

“Caso não haja o atendimento das metas constitucionais, tanto por omissão legislativa, como por ausência de implementação de políticas públicas ou má utilização dos recursos públicos pelo Executivo, o Judiciário estará legitimado a intervir, desde que provocado, para efetuar o controle jurídico destes atos e omissões em prol da concretização do texto constitucional” (p. 8)

Já a teoria procedimentalista defende que o ativismo judicial é inconstitucional, pois não compete ao Judiciário o papel de atuar de forma ativista na concretização dos direitos fundamentais do cidadão, pois não seria seu papel fazê-lo. Ao realizar tais feitos estaria indo além de sua alçada, rompendo com o princípio clássico da separação dos poderes. Como nos diz Reverbel (2011), o ativismo judicial transpassa o campo do direito para entrar na esfera da política, desse modo um juiz “resolve” problemas políticos por meio de critérios jurídicos. Cria-se a figura do juiz-legislador ou o governo dos juizes, fazendo com que os membros do Judiciário fossem muito além do seu papel de guardiões da Constituição.

Como os juizes não foram legitimados pelo sufrágio universal ao realizarem tais atos de cunho ativista estariam tirando a decisão das mãos dos eleitores, uma vez que estes teriam legitimado apenas o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

Exemplificando esse conflito, podemos aludir a dois autores norte americanos: Dworkin(2006) e Waldron (2010). O primeiro apresenta a ideia da leitura moral enquanto o segundo trabalha com o conceito de uma teoria do desacordo.

Para Dworkin a leitura moral é o único meio coerente existente para leitura dos princípios constitucionais. As Constituições a partir da segunda grande guerra incorporaram princípios morais em seu texto, como forma de criar balizas para os seus governantes. Isso criou elementos propícios para a emergência dos direitos fundamentais e a sua conseqüente concretização.

Na Constituição dos Estados Unidos da América tais princípios são designados como a Declaração de Direitos, constituídos a partir de emendas realizadas após a Guerra Civil. Tais princípios não apenas contem um conteúdo moral, mas são escritos de forma abstrata e abrangente, exigindo para sua aplicação ao caso concreto uma interpretação. A Declaração de Direitos constrói um corpo de princípios que vão de extremamente concretos a alguns mais abstratos e outros considerados de uma abstração quase infinita. De qualquer maneira esse conjunto de princípios observados em seu todo, formam o que Dworkin(2006) chama de “esqueleto constitucional de uma sociedade de cidadãos livres e iguais” (p.116).

Dessa forma para Dworkin o governo não está sujeito, apenas, à lei, mas também a princípios. Estes ao serem escritos de forma abstrata, só podem ser lidos e interpretados através de um juízo moral. Desta forma o direito constitucional está eivado de uma moralidade política, que por sua natureza, é incerta e controversa. Tal característica leva a uma situação na qual o sistema deve ter um interprete dotado do poder de dizer, em última análise, os seus sentidos. Nos Estados Unidos, assim como em muitos países que adotaram uma Constituição baseada em princípios, este papel fora reservado aos juizes da Suprema Corte. (Dworkin, 2006.).

Dworkin denomina o método de interpretar e aplicar a Constituição, levando-se em consideração os dispositivos morais abstratos, de leitura moral. Ele considera que este método vem sendo utilizado durante todo o período constitucional americano. “A Constituição expressa exigências morais abstratas que só podem ser aplicadas aos casos concretos através de juízos morais específicos” (p.4).

Mesmo sendo muito utilizada a leitura moral, existe uma disparidade entre a sua aplicação e a sua reputação. Os juízes não assumem abertamente que para resolver casos baseados em princípios se faz necessário uma interpretação baseada na moralidade. Este fato se deve ao pensamento positivista amplamente difundido e desejável de que o juiz deve possuir uma neutralidade asséptica frente ao caso concreto, porém “é evidente que as opiniões dos juízes sobre a moralidade política influenciam suas decisões constitucionais” (Dworkin, 2006, p 5). Tal constatação é fator de grande receio por parte dos críticos da leitura moral, uma vez que se estaria se sujeitando todo o povo à moralidade particular de um punhado de juízes não eleitos.

Este dilema representa a principal discussão acerca do controle de constitucionalidade. Se a constituição é dotada de dispositivos morais que necessitam de interpretação, como criar mecanismo para evitar que os juízes a modifiquem, impondo a sua visão particular. Para Dworkin, os políticos de cunho conservador acabaram por desviar o foco da questão, pois no lugar de se debater como a Constituição deve ser interpretada, optou-se por discutir se ela devia ou não ser interpretada, ou seja, se os juízes diriam a última palavra ou a deixariam como está. Para ele a ideia mais importante é que os dilemas constitucionais são indagações morais e devem ser discutidas como tais.

Com isso, a leitura moral poderia dar um poder ilimitado aos juízes. Entretanto, ela possui como pressuposto para o entendimento dos dispositivos morais abstratos da Constituição a análise da história e a consideração da integridade do direito.

O ponto de partida da leitura moral é saber o que os autores (framers) dos dispositivos constitucionais realmente disseram ao escrevê-los. Para isso se faz necessário um estudo do momento histórico, com o intuito de determinar a conjuntura que os cercavam. Segundo Dworkin (2006,p.12), “a história é um elemento essencial para esse projeto porque, para saber o que uma pessoa quis dizer quando disse alguma coisa, temos de saber algo acerca das circunstâncias em que ela se encontrava quando disse aquilo”.

Nesse ponto é necessário esclarecer que a leitura moral não deve ser aplicada na busca do sentido de todos os enunciados constitucionais, o seu objeto deve restringir-se àqueles enunciados que representam princípios morais gerais. Os autores da Constituição incluíram em seu texto artigos com significados explícitos, como por exemplo, a limitação de idade para exercer o cargo de Presidente da República. Partindo-se de palavras utilizadas para impor tal limitação, eles simplesmente disseram qual a idade mínima necessária para o exercício do cargo, nada mais. Em sentido contrário, ao se analisar a expressão “igual proteção da lei” pode-se chegar a diversos significados a depender do sentido atribuído a palavra igual.

Para o autor ao se analisar a história deve-se procurar o que os autores efetivamente disseram e não qual a sua intenção ou o resultado futuro desejado por eles. Decerto, quando incluíram a expressão “igual proteção da lei”, eles tinham em mente alguma circunstância de desigualdade que não era desejada para a sociedade. Contudo em vez de proibir o caso concreto da época, optaram por utilizar uma expressão abstrata e abrangente, ou seja, um princípio geral.

O sentido do princípio geral deverá ser determinado a partir das diversas interpretações possíveis que possam ser reconhecidas como um princípio de moralidade política, tanto pelos autores como para a sociedade atual. Mesmo obtendo-se mais de uma possibilidade, o juiz ainda estará adstrito à segunda restrição.

A integridade constitucional pressupõe uma coerência da interpretação com a estrutura da Constituição e com o pensamento jurídico passado. Para exemplificar o conceito, Dworkin faz uma analogia a respeito de um romance escrito em cadeia. Neste, cada capítulo do livro é escrito em

seqüência por um autor, que deve interpretar os anteriores e, a partir daí, escrever a sua parte de forma que o resultado seja harmônico. Desta forma, a coerência é mantida, pois o novo interprete não poderá inovar a ponto de quebrar a cadeia lógica construída pelos demais. Da mesma forma ocorre com os juizes que ao decidirem casos difíceis não poderão impor suas convicções particulares. Eles devem buscar a melhor solução que se integre com os preceitos constitucionais e o entendimento criado no decorrer da história do seu país.

Como contraponto a Ronald Dworkin podemos citar a teoria do desacordo de Jeremy Waldron, a qual ocupa o extremo oposto do que foi apresentado até aqui. Waldron (2010) defende que em uma sociedade democrática as decisões sobre direitos são responsabilidade do povo e de seus representantes.

Existem países como o Reino Unido, onde os juizes não possuem o poder de invalidar leis ou mesmo deixar de aplica-las. Nestes, cabe ao Poder Legislativo a discussão e decisão final sobre questões que envolvem direitos, tais como: casamento entre pessoas do mesmo sexo racismo, aborto, entre outros. Esta constatação demonstra a real possibilidade do povo, através de seus representantes, decidir sobre os direitos que influenciam a sua vida. O desejo de Waldron (2010) é que:

(...)” vejamos o processo de legislação – na sua melhor forma – como algo assim: os representantes da comunidade unindo-se para estabelecer solene e explicitamente esquemas e medidas comuns, que se podem sustentar em nome de todos eles, e fazendo-o de uma maneira que reconheça abertamente e respeite (em vez de ocultar) as inevitáveis diferenças de opinião e princípio entre eles” (2003, p.3)

A crítica do autor não está voltada para resultados específicos do *judicial review*, a sua intenção é atacar a estrutura deste último, separando-a da substância, ou seja, sem considerar se os casos decididos promoveram ou não um avanço moral. Para o autor este procedimento não é adequado para enfrentar questões de discordâncias de direitos; e, também, é politicamente ilegítimo, na medida em que deixa as decisões a cargo de poucos juizes, privando os indivíduos da deliberação sobre os seus direitos.

Waldron(2010) levanta a questão de que mesmo que haja discordância sobre o procedimento escolhido, a sua adoção é imperativa. Tal dissenso poderia levar a uma regressão infinita, apresentando-se como uma situação insolúvel, mas que não afasta a necessidade do procedimento. Neste caso, deve-se adotar uma solução que atenda da melhor forma a legitimidade.

Mesmo em um procedimento legítimo, assim como no *judicial review*, o erro é inevitável. O erro é uma questão de discordância. Em toda decisão haverá uma parte da população que não será convencida pelos argumentos elencados e considerará a decisão errada. É o que Rawls em citação de Waldron (2010, p. 114), chamou de “os fardos do juízo”, ‘muitos dos nossos julgamentos mais importantes são feitos sob condições em que não se deve esperar que pessoas conscienciosas com plenos poderes de raciocínio, mesmo após uma discussão livre, chegarão à mesma conclusão”.

Outro conceito bastante apreciado deste autor é o de que poderá ocorrer uma tirania da maioria. Isto pode se dar se ocorrer a coincidência entre minoria decisória e tópica, sendo maioria/minoria decisória, um indivíduo cujo voto tenha sido vencido em uma deliberação. Ele não necessariamente sofrerá os resultados da votação, pois pode não fazer parte do grupo que terá seus direitos afetados com a escolha do posicionamento do vencedor. A minoria afetada será a tópica.

Como nos afirma Barboza e Kozicki(2012), tratando de Waldron:

“ Considerando que os membros de uma comunidade política entram em desacordo não somente em relação aos direitos e seus conteúdos, mas também em relação a questões de justiça social e políticas públicas, seria razoável concluir que a própria concepção das minorias quanto aos seus direitos (ou violação destes) pode gerar desacordo.”(p.8)

A análise que Waldron (2010) faz desse problema não está focada em decisões particulares obtidas dentro de um sistema político e também não se prende ao contexto histórico que dá origem ao instituto, como fez Dworkin. Sua intenção foi formular uma crítica geral ao instituto. O que ele pretende identificar como argumento central da sua crítica ao *judicial review* "é que ele é independente de suas manifestações históricas e questões sobre seus efeitos particulares - as decisões (boas ou más) que ele tenha formulado as deficiências ou afirmações que ele tenha transmitido"

Ainda que devam ser levadas em consideração todas essas críticas, é fato que estamos diante de um "processo que parece ter se tornado irreversível" (Chevallier, 2009, p. 134)

### **Políticas Públicas e a questão de seu controle judicial.**

Mais uma vez recorremos a Ronald Dworkin, por ser um dos poucos juristas que encara a questão da definição a respeito das questões políticas, diferenciando-as de princípios, no sentido de que caberia aos Tribunais apenas decisões baseadas em princípios. Isso porque para ele os argumentos políticos justificam uma decisão política demonstrando que favorece ou protege algum objetivo coletivo da comunidade enquanto um todo. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política demonstrando que esta decisão respeita ou assegura algum direito, seja ele individual ou do grupo. (Dworkin, 2002,).

Portanto, é dedutível a ideia de que o conceito de política pública diz respeito a metas coletivas, objetivos sociais que demandam programas de ação pelos poderes públicos. Como nos diz Barboza e Kozicki(2012 p. 9),” Pode-se, então, relacionar as políticas públicas aos programas de ações governamentais que buscam a realização de metas coletivas como um todo, especialmente na área social (pleno emprego, saúde pública, moradia, etc.).

Pode-se dizer que as políticas públicas representam os instrumentos de ação dos governos, numa clara substituição dos "governos por leis" (*government by law*) pelos "governos por políticas" (*government by policies*). O fundamento mediato e fonte de justificação das políticas públicas é o Estado social, marcado pela obrigação de implemento dos direitos fundamentais positivos, aqueles que exigem uma prestação positiva do Poder Público (Bucci, 2006, P. 135).

Num país onde a desigualdade social é gritante, há uma crítica permanente ao Judiciário por este não ter a alegada legitimidade democrática para intervir diretamente na concretização de direitos fundamentais. Direitos estes já dispostos na Constituição, e que enfrentam óbice a partir da teoria da reserva do possível, a qual freia sobremaneira a perspectiva de legitimação que o Judiciário (mais perto do povo hoje em dia, frise-se) teria para aplica-los.

Claro está que no momento no qual a Constituição alude às normas programáticas e elenca, para além delas, políticas públicas que visam melhorar a condição da população do país, a tão questionada ilegitimidade cai por terra. É matéria de cunho constitucional, logo tão sujeita ao crivo do controle de constitucionalidade quanto qualquer outra do ordenamento.

O Supremo Tribunal Federal tem se manifestado a respeito de situações que direta ou indiretamente apontam para a questão de políticas públicas, tais como a ADI 45. No caso em tela, a ação versou sobre a inconstitucionalidade do veto do Presidente da República sobre o § 2º do art. 55 do Projeto de Lei que se converteu na Lei 10707/2003 - Lei de Diretrizes Orçamentárias -, que violaria a Emenda Constitucional 29/2000 (que estabelece recursos financeiros mínimos para o financiamento das ações e serviços da saúde). Barboza e Kozicki (2012). Também as decisões sobre a demarcação de terras indígenas raposa serra do sol em Roraima (Pet 3388/RR) e a ADI 3330 que versa sobre a legitimação da política de cotas sociais e raciais, são um início de resposta a respeito do assunto.

### **Considerações finais**



O advento do constitucionalismo moderno se fez sentir no Brasil de maneira mais clara a partir da Constituição de 1988, e não obstante todas as críticas e barreiras levantadas pode-se perceber a emergência de um novo paradigma, que já se faz sentir mais diretamente no dia a dia da população brasileira.

Através de um Poder Judiciário mais atuante e aparentemente, mais preocupado em realizar seu papel, o próprio arranjo democrático elencado na Constituição pode vir a ser realizado. A Constituição deu muita ênfase à participação social, estabelecendo conselhos, permitindo conferências públicas, ou seja, abrindo novos canais de comunicação da sociedade com suas demandas, e muitas vezes por não serem atendidas, vislumbram apenas no Poder Judiciário (hoje mais próximo do povo), por meio da jurisdição constitucional o caminho para a concretização de seus direitos, porque é legítimo ao Poder judiciário realizar opções políticas, desde que fundamentadas nos princípios que regem a Constituição, aprovada pelos membros do próprio povo em 1988.

## Referências

Arantes, Rogério Bastos. 1999. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. Revista Brasileira de Ciências Sociais, 14, 39: 83-102, 1999.

Barboza, Estefânia M. de Q., Kozicki Katya (2012). Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a03.pdf>. Acesso em 19/10/2012.

Barroso, L. R. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. (2011) Disponível em: [http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf) acesso em: 18/10/2012.

Dworkin, Ronald. (2006) O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana (1 ed. 1 reimpr.) São Paulo: Martins Fontes.

Machado, Clara Cardoso. (2012) Limites ao ativismo judicial à luz do constitucionalismo fraterno. [http://www.academus.pro.br/mundo/justica/artigomj\\_fraterno.pdf](http://www.academus.pro.br/mundo/justica/artigomj_fraterno.pdf). Acesso em 22/06/2013.

Mânica, Fernando Borges (2008). Teoria da Reserva do Possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. Disponível em: [http://www.advcom.com.br/artigos/pdf/artigo\\_reserva do possível com referencia .pdf](http://www.advcom.com.br/artigos/pdf/artigo_reserva_do_possivel_com_referencia.pdf)>. Acesso em 22/06/2013.

Reverbel, Carlos E. D. (2011). Ativismo Judicial e Estado de Direito. Disponível em: <http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v4n1/a5.pdf>. Acesso em: 15/09/2012.

Tate, C.; Vallinder, T. (1995). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York/London: New York University Press. 1995

Waldron, Jeremy. (2010) A essência da oposição no judicial review. Rio de Janeiro: Lumen Juris.