

JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA, “DESCOLETIVIZAÇÃO” DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O “DESVIO” JUDICANTE

JUDICIALIZACIÓN DE LA VIDA, “DESCOLECTIVIZACIÓN” DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES Y “DESVIACIÓN” ADJUDICATIVO

Denise Leal Albano¹

Resumo: Buscamos emprender uma análise crítico-reflexiva sobre o fenômeno que se convencionou denominar judicialização da política, que divisamos como mero desdobramento de um fenômeno mais amplo e complexo que é a judicialização da vida. Diante da crise da democracia representativa, do não cumprimento das promessas da modernidade – de progresso, segurança, ordem, etc -, de perplexidades geradas pela crescente atomização dos indivíduos e dessolidarização entre grupos sociais e do abandono das conquistas dos estados de bem estar social a reboque do desmonte das experiências do socialismo real, os indivíduos que se sentem à deriva diante desse estado de coisas, buscam seu último esteio no juiz provedor de expectativas sociais sempre frustradas. Em países periféricos e reféns da *economic logic*, como o Brasil, esse quadro é especialmente dramático, pois aqueles que acorrem sistematicamente ao judiciário para satisfação de seus interesses e demandas no campo dos direitos fundamentais contribuem para o soçobramento dos espaços legítimos para o encaminhamento e processamento de demandas em sociedades plurais, complexas e multifacetadas. Tudo isso leva a um ingente processo de “descoletivização” dos direitos sociais que passam a ser disputados por meio de demandas judiciais e assumem a feição de bens “particularizáveis”.

Palavras-chave: Judicialização da vida; direitos sociais; direitos privatizados; precarização da política; desvio judicante.

Resumen: Buscamos realizar un análisis crítico y reflexivo del fenómeno llamado judicialización de la política, que vislumbro como un mero despliegue de un fenómeno más amplio y complejo que es la judicialización de la vida. Frente a la crisis de la democracia representativa, del incumplimiento de las promesas de la modernidad - del progreso, la seguridad, el orden, etc. - de las perplejidades generadas por la creciente atomización de los individuos y de desolidarización entre los grupos sociales y el abandono de los logros de los estados de bienestar el remolque de lo desmantelamiento de las experiencias del socialismo, las personas que se sienten a la deriva en este estado de cosas, Tienen como último recurso el juez proveedor de las expectativas sociales siempre frustradas. En los países periféricos y rehenes lógicas económicas, como Brasil, esta situación es especialmente dramática porque los que vienen sistemáticamente a el poder judicial para satisfacer sus intereses y demandas en materia de derechos fundamentales contribuyen al debilitamiento de los espacios legítimos para el enrutamiento y procesamiento de demandas en sociedades plurales, complejas y multifacéticas. Todo esto lleva a un enorme proceso de “descolectivización” de los derechos sociales que ahora se juegan a través de demandas judiciales y asumen la función de los bienes “particularizáveis”.

Palabras-clave: judicialización de la vida; derechos sociales; derechos provatizados; precarización de la política; desviación adjudicativo.

¹ Universidade Federal de Sergipe.

1. “Notas” introdutórias

É cada vez mais recorrente no debate político e acadêmico atual uma retórica que denuncia o que seria o processo de desvirtuamento ou precarização da dimensão política na sociedade brasileira, causada especialmente pela judicialização da vida. Esse fenômeno ficaria evidenciado pela transferência crescente para o campo jurisdicional da disputa em torno dos bens e valores encampados pelos chamados direitos fundamentais sociais, com o consequente esvaziamento dos embates nas arenas institucionais mais legitimadas para equacionar as diversas e distintas demandas oriundas da sociedade, em que se deixa de lançar mão de estratégias e mecanismos autorizados nos regimes democráticos, que não apenas a via judicial.

Assim, o poder legislativo, os movimentos sociais, os partidos políticos deixam de atuar cada vez mais como legítimos e qualificados vocalizadores de novas e crescentes demandas e pressões oriundas da sociedade. Em contrapartida, o Judiciário passa a ser o grande polo atrativo para onde ecoam as vozes dos sujeitos demandantes, especialmente daqueles que clamam não apenas por reconhecimento como também pela efetivação de direitos sociais de que se consideram legítimos titulares.

O espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a justiça. Num sistema providente, o Estado é todo poderoso e pode preencher todas as lacunas, reparar e substituir tudo. Perante estas falhas, a esperança passa para a justiça. É nela, doravante, e portanto fora do Estado, que se deve procurar a consagração da ação política. O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afecta as instituições políticas clássicas, devido ao desinteresse e à perda do espírito público. O árbitro imparcial compensa o ‘défice democrático’ através de uma decisão política doravante destinada à gestão e proporciona à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. [...].(GARAPON, 1996, p. 45)

Com a assunção de diversos bens e valores ao status de direitos fundamentais amplamente consagrados na maioria das Cartas Constitucionais dos Estados contemporâneos, tem-se um vasto campo de irradiação desses direitos nas relações humanas e uma expectativa sempre crescente acerca do seu alcance e limites. Diante desse cenário, viveríamos naquilo que Rodotá (2010, p. 25) denomina *Law-saturated society*, ou seja, “uma sociedade repleta de direito, de regras jurídicas das mais variadas procedências, ditadas por poderes públicos ou privados, com uma intensidade que evoca não tanto uma necessidade, mas uma irrefreável deriva”.

Nesse diapasão, o sistema judicial sofre uma constante e crescente pressão *demandista* e assume maior centralidade na estrutura estatal. Seus órgãos e principais atores, os juízes, passam a ser mais intensa e frequentemente provocados para a satisfação de diversos anseios, múltiplos desejos, distintas carências, todos potencialmente transformáveis em pretensões aptas a serem deduzidas em juízo. Sob o manto dos direitos fundamentais está albergado um amplo e cada vez mais abrangente feixe de interesses e valores a serem vindicados perante os órgãos jurisdicionais por meio do jogo processual.

Em nossa abordagem, busca-se problematizar a questão do papel do Judiciário na efetivação dos chamados direitos sociais e como essa excessiva pressão *demandista* acaba por favorecer uma resposta sempre parcial e precária para o problema da não universalização desses direitos. Registramos que nossa análise está cingida a um objeto concreto que é o Estado Constitucional e Democrático de Direito como se apresenta na contemporaneidade, lançando um olhar mais interessado sobre sua conformação no Brasil.

Quanto ao marco teórico de referência, nossa reflexão guarda uma aproximação mais estreita com a de autores que abordam a temática dos direitos fundamentais, da jurisdição constitucional e do papel do Judiciário nas democracias contemporâneas sob uma perspectiva crítica transdisciplinar, que superando as amarras de análises estanques e até certo ponto idealizadoras, buscam lançar luz sobre os principais questionamentos e dilemas relacionados a essas questões. As obras de referência de maior centralidade nesse estudo são “O Guardador de Promessas – Justiça e Democracia” de Antoine Garapon, “El Derecho Dúctil” de Gustavo Zagrebelsy, “Derecho y desacuerdos” de Jeremy Waldron e “O Caleidoscópio do Direito” de Antonio Manuel Hespanha.

2. Judicialização da vida e o novo lugar da justiça e da política

Nas primeiras experiências de organização das sociedades humanas, o que se tinha era uma única ordem conformadora das diversas dimensões da vida humana. Regramentos de natureza religiosa, moral e jurídica não eram divisados como esferas autônomas, quando a vida em sociedade era disciplinada por uma única e indivisa ordem e cabia a cada ser humano ocupar e assumir seu papel nessa ordem.

Com o processo de especialização da vida e a ocupação de espaços de poder por pessoas e grupos com ideias e interesses diversificados e com identidades distintas, passa a ser erigida uma série de ordens com suas respectivas instituições a estabelecer e instrumentalizar regras e sanções, sempre orientadas pelo propósito de possuir a maior penetração e alcance

possível nas experiências de sociabilidade humana. Ao longo da história verificou-se que pensadores, poderosos e ideólogos vários reivindicaram para a religião, a moral e o direito a qualidade e autoridade de principal ordem referente da vida humana, cada uma dessas ordens propondo suas certezas e valores como superiores na missão de ordenar a vida dos seres humanos.

É evidente que esse processo levou séculos e não foi tão linear como esse breve registro pode levar a crer, destacando que apenas por razões didáticas esse salto histórico foi apresentado de forma breve e sucinta.

Atravessando os períodos que se convencionou denominar Antigo e Medieval, as sociedades humanas ocidentais passaram a experimentar um processo crescente de organização da vida em torno de mecanismos de controle social e progressiva concentração do poder político. Esse processo de concentração do poder político e institucionalização do controle social passa por um formidável incremento no final da Idade Média.

Com o advento do iluminismo – marco inaugural do estabelecimento de novos paradigmas no plano político e intelectual e que abre as portas para o ingresso na Modernidade – consolida-se a ideia do primado da razão e de seu potencial efeito transformador sobre o homem que se torna senhor de sua própria história. Já não era mais necessário invocar uma ordem transcendental de natureza cósmica ou divina como regente da vida humana.

Na esteira desse novo marco fica estabelecido o governo dos homens sob o manto de leis impessoais, abstratas e objetivas e à luz da razão consolida-se a crença no inexorável e virtuoso ciclo do progresso da humanidade. O que se vê é o surgimento de um ambiente político e intelectual indutor de um expansionismo jurídico sem precedentes que trouxe a reboque o monismo jurídico, fenômeno baseado na produção da ordem jurídica por um único ente: o Estado.

Dessa forma, estabeleceu-se um cenário francamente favorável para que autores como Ihering defendessem o que poderia ser chamado de imperialismo jurídico, ou seja, criou-se um ambiente que favorecia a emergência do fenômeno de absorção crescente pela dimensão do jurídico das outras esferas da experiência humana, uma atitude historicamente condicionada pelo fato de que naquele momento havia uma espécie de razoável consenso social que arrebatava ao império do direito muitos dos espaços sociais significativos, até então confiados também ao governo da religião, da ética, dos costumes sociais, da natureza. (ZAGREBELSKI, 2011, p. 29)

Assim, esse expansionismo jurídico decorria nitidamente do processo de concentração do poder. Os espaços reservados ao controle social por normas diversas de ordem moral, natural ou religiosa ou mesmo decorrentes dos costumes assumem menor envergadura, ao tempo em que a dimensão do jurídico é amplificada. Mas ocorre que, se antes esse expansionismo constituía um fenômeno justificado pela conjuntura social e política em fins do século XVIII voltado, em especial, para a consolidação do Estado, o que se tem hoje é algo aparentemente paradoxal, pois ao mesmo tempo em se verifica uma hipertrofia da normatividade estatal, há uma manifesta fragilização do Estado, revelada, inclusive, pelo reduzido grau de efetividade de sua produção normativa.

Tem-se, portanto, um considerável incremento da produção normativa que em parte é justificado pelo surgimento de novas questões que demandam um marco legal (o advento das tecnologias de informação, a necessidade de proteção do meio ambiente, as inovações biotecnológicas, etc), e outra parte decorre de uma espécie de manobra ou estratégia diversionista, em que se recorre a uma farta e impactante produção normativa para passar a impressão de que o Estado ainda é o principal garante da ordem e da estabilidade social, de que o Estado ainda está *no (com o) controle*.

Mas, a despeito desses esforços de salvaguarda da estatalidade, há razoável consenso em torno da constatação de que há uma crise do poder do Estado nos dias atuais que parece poupar apenas os órgãos jurisdicionais. A função judicante passa a assumir maior relevo e prestígio na medida em que cada vez mais as pessoas acorrem à Justiça e nela encontram o último ancoradouro onde se busca a segurança e a estabilidade para suas vidas como promessas sempre alimentadas, mas reiteradamente adiadas desde a modernidade.

O que se verifica, portanto, é que desde o final do século XX o Estado, especialmente em suas funções legislativa e executiva, está cada vez mais envolvido em uma crise de legitimidade tão duradoura quanto dramática, decorrente principalmente da globalização econômica e da redefinição da noção de soberania².

No Brasil esse quadro é especialmente preocupante, pois enquanto o Legislativo tem realçado seu papel de mero apêndice de um Executivo fragilizado ou aceita cada vez mais assumir a condição de simples correia de transmissão dos grupos de poder – principalmente o econômico-financeiro – que impõem seus interesses em detrimento dos mais elevados

² Como destaca Zagrebelsky (2011, p. 10), os Estados soberanos erigidos com o advento da modernidade não podiam admitir competidores como decorrência da necessidade de estabelecer a unicidade na esfera política. Assim, se fosse permitida uma concorrência, o Estado deixaria de ser politicamente o “todo” para passar a ser simplesmente uma “parte” de sistemas políticos mais compreensivos, com o que inevitavelmente seria posta em questão a noção de soberania e, com ela, a essência mesma da estatalidade.

interesses da coletividade; o Executivo assume a feição de mero artífice do Estado “elegante”, gestor de um Estado “economizado” ou “dispensador de serviços”³. Verifica-se que a absorção de interesses circunstanciais e a prevalência do poder de *lobbies* organizados por poderosos grupos de pressão tornam o espaço parlamentar um mero campo de negociação de barganhas e concessões dificilmente pautadas pelo superior interesse público e o Executivo orna o ambiente como mero administrador dos problemas cotidianos, gestor das questões que se apresentam como meramente emergenciais.

Preocupado com o que chama de “judicialização da sociedade”, Rodotá (2010, p. 29) alerta para o risco de uma regulação jurídica subordinada a interesses ocasionais ou parciais, voltado para a gestão das pequenas coisas, para satisfazer demandas particulares, casuísticas, ocasionais. Reconhecendo que essa evolução do fenômeno de judicialização da vida tem levado a uma compreensão de que o direito é um aspecto constitutivo inarredável da sociedade inteira, o autor propõe uma maior reflexão sobre os limites da intervenção do direito, que implica colocar em debate a questão decisiva acerca de quem estabelece a fronteira entre o direito e o não direito, e dos critérios utilizados para resolver esta operação.

A evidência empírica revela um direito e uma política convertidos em instrumentos de gestão do cotidiano, com a transformação do direito em mandamento ocasional e da política em mera administração. Não menos insatisfatório é o critério oposto, inteiramente centrado no longo prazo e na generalidade do interesse. (tradução livre) (RODOTÁ, 2010, p. 29)

Ocorre que nos dias que se passam a centralidade estatal se desvanece frente à miríade de organizações, grupos e coletividades que reclamam um maior protagonismo na definição da juridicidade possível e da ação política necessária. Também os indivíduos atomizados sentem-se envolvidos em relações sociais marcadas por uma ingente competitividade. Tem-se um cenário em que a fragilização do poder do Estado em sua função legislativa e na condição de gestor da coisa pública ocorre concomitantemente à emergência do *empoderamento* da função judicante. Passa a estar nas mãos dos juízes a preservação do chamado Estado Democrático de Direito, eles assumem a condição de fiadores ou garantes da ordem possível e do concerto político necessário para que persista o nível necessário de civilidade democrática em uma sociedade multifacetada, com distintas coletividades que lutam por reconhecimento e de uma sociabilidade cada vez mais custosa diante da

³ Termos empregados por Canotilho (2008, pp. 142-143), que esclarece: “Como o próprio adjetivo insinua, o ‘estado economizado’ é um ‘estado economizador’ segundo os paradigmas da racionalidade econômico-privada. O Estado social deve sujeitar-se a uma terapia adequada. Há que substituir, em primeiro lugar, o *big government* do estado de bem-estar por um estado ‘reduzido’ e ‘elegante’”.

proliferação de interesses e demandas nem sempre razoavelmente compatíveis ou harmônicos.

Para Garapon (1996, p. 23)

o juiz surge como o recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem gerir de forma diferente a complexidade e a diversidade que geram. Privado das referências que lhe conferem uma identidade e estruturam a sua personalidade, o indivíduo procura, no contacto com a justiça, uma protecção contra o desmoroamento interno. Perante a decomposição do político, é doravante ao juiz que se pede a salvação. Os juízes são os últimos ocupantes de uma função de autoridade – clerical e até paternal – abandonada pelos seus antigos tutelares.

Se o direito é um produto ou expressão inexorável da experiência humana, o que se tem observado é que da condição de um dos aspectos ou especial dimensão dessa experiência, o jurídico passa a assumir cada vez mais um carácter totalizante ou mesmo completamente absorvente da sociabilidade humana. É preciso reafirmar que a vida é maior que o direito. Importa reconhecer que a sociabilidade humana carece, mas não se reduz ou esgota na dimensão do jurídico. Conferir uma envergadura descomunal à intervenção do jurídico em nossas vidas significa abdicar de outras ricas e proficientes formas de mediação de conflitos, além de promover a redução dos espaços políticos de construção de consensos razoáveis em torno das demandas por protecção e efetivação de bens e valores de alto relevo social.

3. A não universalização dos direitos sociais e questão das demandas “privatizadas”

Uma das consequências mais infáveis do atrelamento do Estado às demandas do grande capital é a tímida política social dos governos que se sucedem, com uma persistente limitação da extensão do processo de universalização dos direitos sociais como verificado no Brasil. Para superação desse quadro, é necessário tanto a definição como a implementação de políticas públicas e ações efetivas de governo que permitam a satisfação das necessidades básicas pelo conjunto da população, especialmente no campo da saúde e da educação.

Os programas sociais adotados nas duas últimas décadas foram um marco importante na área social, mas, sem dúvida, revelam-se insuficientes para o estabelecimento de um processo consistente de mudanças sociais profundas e robustas que levem a sociedade brasileira a uma estrutura mais igualitária.

Cardía (1995, p. 346), em artigo que problematiza a questão da relação entre violação aos direitos humanos no Brasil e os processos de exclusão moral em que não se reconhece a titularidade a determinados indivíduos ou grupos dos direitos fundamentais,

registra que “o exercício da justiça exige uma cidadania ativa porque implica a transformação de uma necessidade privada em ação pública.” Assim, esse processo de exclusão moral que afeta a própria consolidação da cidadania é, antes de tudo, determinado por mecanismos de exclusão social.

Destaca a referida autora, ainda, que nesta passagem, *eu preciso viraria eu tenho direito a*, e, nessa perspectiva, “ter direito a alguma coisa exige que se negocie com outros também detentores de direitos. Esta negociação levaria a um reconhecimento simultâneo da diferença e da interdependência e a identificação de uma comunidade que compartilha regras, normas e práticas.” (CARDÍA, 1995, p. 346)

Dessa forma, como no Brasil o exercício concreto da cidadania é uma experiência limitada a alguns indivíduos e poucos grupos, essa negociação sempre é marcada por forte tensão e desconfiança, em que aqueles especialmente afetados pela desconsideração acerca de seu status de cidadão passam a ser vítimas de um intenso processo de exclusão moral.

A exclusão moral parece ser alimentada pela percepção da ausência de direitos para os cidadãos “legítimos”. Para algumas pessoas a experiência da privação de direitos em um contexto de insegurança pessoal, onde se sentem muito ameaçadas na integridade física não se transforma em indignação contra os responsáveis pela não realização de seus direitos (governantes e patrões) mas sim contra aqueles iguais a si mesmos ou inferiores que são percebidos como auferindo algum benefício imerecido.

A escassez de recursos para viverem os direitos sociais e econômicos parece encorajar a competição entre cidadãos e a percepção de que existem beneficiários merecedores, beneficiários não merecedores e por fim aqueles que *merecem, mas não recebem* – que são injustamente privadas de benefícios e de direitos. O merecimento é julgado estritamente em relação àqueles percebidos como hierarquicamente inferiores. É em relação a estas pessoas que os participantes das discussões em grupo se percebem injustamente privados e contra eles que se insurgem indignados. (...) (CARDÍA, 1995, p. 373)

Quanto mais limitado o acesso a bens sociais⁴ que encampam os chamados direitos fundamentais, maior o risco de que haja uma transmutação na sua natureza, ou seja, da qualidade de direitos fundamentais universais passam a assumir a feição de objetos ou bens a ser disputados e, assim, adquirem a feição de bens “particularizáveis”. Ademais, está

⁴ Parte-se da definição de “bens sociais como aqueles bens – como a água potável, os medicamentos essenciais e os produtos necessários para a alimentação básica – que são objeto dos direitos sociais, isto é, daqueles direitos fundamentais que consistem em prestações como a alimentação básica e assistência sanitária. Estes bens coincidem, em grande parte, com os bens fundamentais que não são tais por natureza, como o são os bens personalíssimos e os bens comuns, mas são duplamente artificiais: em primeiro lugar, no sentido de que são produzidos ou distribuídos pelo homem, e no sentido de que são convencionados como tais, isto é, como bens vitais que devem ser juridicamente acessíveis a todos, mesmo porque, por causa do estado de indigência, não são de fato naturalmente acessíveis a todos. Sob este último aspecto tais bens são ‘fundamentais’, por assim dizer, em sentido não objetivo, mas subjetivo: para quem não está em condições de adquiri-los como bens patrimoniais. O são, saliente, na medida em que são objeto dos direitos sociais à sobrevivência estipulados nas cartas constitucionais e internacionais.” (FERRAJOLI, 2011, pp. 73-74)

intimamente ligado a esse quadro o fato de que cada vez mais indivíduos e grupos politicamente organizados e articulados buscam ser eleitos como titulares privilegiados desses “escassos” direitos, ou seja, seu caráter universal se esvai e desvanece progressivamente e passam a assumir a natureza de bens *privatizados*.

Com lúcida acuidade, registra Moraes (2008, p. 186):

O grande dilema que parece ser vivido hoje é aquele que contrapõe o descompasso entre as *promessas constitucionais* e as *possibilidades de sua realização*, pois o Estado Social impescinde de um poder político *forte*, de um lado, e, de outro, a desconfiança/descompromisso coletivo e individual com o seu projeto constitucional, naquilo que se identifica como *sentimento constitucional*, o que pode produzir um abandono do Estado Constitucional à sua própria sorte ou, de outro lado, uma tentativa de (re)apropriação de seus conteúdos privadamente, em particular pelos atores individuais de alguma forma já incluídos, fortalecendo a exclusão social.

Diante do cenário de um final de século de XX que fez com que muitos vissem apenas uma grande desolação de ideais, com ideologias e esperanças truncadas, Zagrebelsky (2011, p. 15) alerta que esse estado de coisas acabou por desembocar em um perigoso composto que implica, desde a competição desmedida no mercado de bens, de ideias, da política e até dos homens, até a rivalidade destrutiva das pequenas identidades coletivas no plano cultural. Essa situação exige no campo jurídico a construção de um novo discurso e inovadoras práticas e no plano político um novo concerto da ação.

A coexistência de valores e princípios, sobre a qual deve hoje basear-se necessariamente uma Constituição para não renunciar a seus encargos de unidade e integração e ao mesmo tempo para não tornar-se incompatível com sua base material pluralista, exige que cada um de tais valores e princípios se assuma com caráter não absoluto, compatível com aqueles outros com os quais deve conviver. Somente assume caráter absoluto o metavalor que se expressa no duplo imperativo do pluralismo dos valores (no tocante ao aspecto substancial) e a lealdade em seu enfrentamento (em referência ao aspecto processual). (ZAGREBELSKY, 1995, pp. 14-15) (tradução livre) (grifo nosso)

Mas esse pluralismo de valores e a carência de espaços públicos de debate fragilizam o marco constitucional de um autêntico Estado Social. Então, é nesse ambiente de forte competitividade e esgarçamento do tecido social que os direitos sociais passam a ser percebidos como bens disputáveis, disponíveis aos “eleitos” ungidos pelos órgãos jurisdicionais que, nessa toada, passam a ter mitigada sua função protetiva de direitos e assumem progressiva e intensamente a função de autênticos *distribuidores* de direitos sociais.

Parece ter chegado ao fim o ciclo que Canotilho (2008, p. 142) chama de “dirigismo constitucional”. Segundo o autor português, a teoria da Constituição Dirigente pressupõe um

Estado Social, com políticas sociais e uma severa pauta de imposições econômicas, sociais e culturais. Assim, a modificação das estruturas internas do Estado cada vez mais pautadas pela *economic logic* tem levado ao abandono dessa teoria que desemboca, inevitavelmente, no desaparecimento do Estado socialmente comprometido.

Portanto, a não universalização dos direitos sociais impulsiona reivindicações particularizadas no espaço político por indivíduos ou mesmo grupos que conseguem se articular melhor e assim exercer maior pressão para atendimento aos seus pleitos, além de favorecer o incremento do número de demandas judiciais por meio de ações individuais ou coletivas, levando o Judiciário, vale novamente destacar, a assumir a desvirtuada e sempre precária função de distribuidor dos fundamentais bens de natureza social.

Tal situação deve ser enfrentada por meio de uma espécie de deposição das armas representadas pelos discursos raivosos, pelo abandono de uma retórica impositiva de uma “verdade única” que cada grupo quer impor no fragilizado debate político e por um adensamento do compromisso da sociedade e dos principais atores políticos em torno da concretização do valor igualdade.

Impõe-se, nessa perspectiva, o retorno do Judiciário ao seu devido lugar, ou seja, de uma centralidade cada vez mais destacada este deve assumir sua função ancilar no concerto político da sociedade, mitigando seu protagonismo no cenário político atual. Passa, enfim, a ser exigida cada vez mais uma repactuação das relações em que o respeito à diversidade e o reconhecimento do caráter sempre precário e transitório das escolhas e caminhos do concerto social constituem as novas balizas na conformação política das sociedades contemporâneas.

4. “Descoletivização” dos direitos sociais e o contributo do sistema judicial

Embora a sociedade brasileira ainda padeça de graves distorções sociais e se caracterize como fortemente hierarquizada, em que aqueles que ocupam os estratos mais baixos da estrutura socioeconômica estão em condição de maior vulnerabilidade, a verdade é que em vez de uma ação política no plano coletivo, de uma articulação de forças entre indivíduos e grupos que se compadecem de situação similar, o que se verifica é cada indivíduo ou grupo disputando o seu quinhão no bolo da cidadania, a sua parcela no butim das sociedades que padecem de um déficit social, carentes de um concerto social pautado na justa distribuição dos bens disponíveis.

A limitação do acesso aos bens sociais não é um exclusivo fator determinante do ambiente de disputa entre os indivíduos, mas é inequívoco que esse quadro favorece a

existência de consideráveis níveis de tensionamento social. Em regra, quanto mais adensada a justiça social, quanto mais o Estado provê os direitos sociais prestacionais, tanto mais pacificada e menos “demandista” é essa sociedade.

Como já destacado, o espaço da discussão sobre demandas por bens sociais no campo jurisdicional mediante o jogo processual “privatiza” a distribuição da justiça social, desvirtuando aquilo que mais a caracteriza que é a possibilidade de acesso aos bens coletivos por todos os integrantes de uma determinada comunidade política, esvaziando a percepção de justiça social como um constructo moral e político assentado na igualdade de direitos e na solidariedade coletiva.

Ademais, o embate no plano da deliberação legislativa teria maior grau de legitimidade na medida em que favorece a expressão da correlação das forças existentes na sociedade, além de estimular a construção de consensos e acordos firmados a partir de concessões e compromissos entre os diversos grupos sociais. A atuação efetiva de partidos políticos e movimentos sociais também possibilita que seja franqueado espaço para expressão de grupos minoritários, qualificando democraticamente o processo de tomada das decisões políticas fundamentais. Enfim, haveria nesses espaços uma visibilidade maior do que seria a mais autêntica expressão da política.

A justiça é objeto de uma súbita inversão de tendências: de uma posição secundária, passa, subitamente, para o primeiro plano. Embora o direito tenha sido apenas a moral de relações difíceis, comerciais, ou políticas, tende, agora, a tornar-se o princípio de toda a relação social. Os nossos contemporâneos fazem apelo a ele para arbitrar os seus conflitos mais íntimos. Enquanto, outrora, o juiz se limitava a sancionar os desvios, eis que agora se lhe solicita que exerça um verdadeiro magistério sobre as pessoas mais frágeis. Enquanto, antigamente, o conflito constituía uma ameaça de dissolução da relação social, hoje, transforma-se numa possibilidade de socialização. A jurisdição é, doravante, um modo normal de governo (GARAPON, 1996, p. 47) (grifo nosso)

A *gestão jurisdicional* das questões mais amplas, centrais, complexas e diversas que afetam a sociabilidade humana sobrepõe o jurídico ao político. Colocar no âmbito do sistema judicial o debate e a decisão sobre a distribuição dos bens sociais fragiliza, em última instância, o próprio regime democrático. Isso ocorre porque se confere ao processo judicial o espaço privilegiado para a construção de consensos e acordos sobre aquelas questões, o que é, pela própria natureza do processo judicial⁵, uma missão absolutamente equivocada ou

⁵ Em apertada síntese, vale registrar que, em sentido estrito, o processo judicial estabelece uma relação jurídica contenciosa, ou seja, mediante o jogo processual o que se busca é a solução de um conflito ou de uma contraposição de interesses mediante um provimento jurisdicional e não necessariamente a construção de consensos. A proteção jurisdicional cinge-se aos limites da ordem normativa vigente, enquanto nos espaços

distorcida, por não ser realizável.

[...]Assim, ‘os tribunais transformam-se em *equivalentes funcionais* das respostas políticas (nomeadamente legislativas), mas sem que seja necessário pôr a máquina política (parlamentar, legislativa) em movimento. Nesta medida, eles contribuem para manter uma grande quantidade de pretensões individuais abaixo do limiar explicitamente político. Foi precisamente esta simplicidade do instrumento judicial, comparado com outras estratégias para penetrar na área do governo (no processo legislativo, por exemplo ou nas decisões do executivo), que trouxe perante os tribunais americanos uma série de questões, que já não tinham um significado meramente individual, estando realmente imbuídas de conseqüências políticas e colectivas. (HESPANHA, 2009, p. 464-465).

Sem dúvida, constata-se que vem sendo construído, então, um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar. Os cientistas políticos bem sabem – mais até que os professores de Direito – quanto é temerário ou mesmo equivocado idealizações sobre o plano da ação política. Aqueles sabem combinar um modelo cético em relação à legislação com um modelo igualmente cético acerca da adjudicação das decisões, como bem registra Waldrom (2003, p. 2).

Creio, portanto, que a condição espiritual do tempo presente em que vivemos poderia ser descrita como a aspiração não a um, senão aos muitos princípios ou valores que conformam a convivência coletiva: a liberdade da sociedade, mas também as reformas sociais; a igualdade ante a lei, e, portanto, a generalidade de trato jurídico, mas também a igualdade em relação a situações, e portanto a especialidade das regras jurídicas; o reconhecimento dos direitos dos indivíduos, mas também dos direitos da sociedade; a valoração das capacidades materiais e espirituais dos indivíduos, mas também a proteção dos bens coletivos frente à força destruidora daqueles; o rigor na aplicação das leis, mas também a piedade ante suas conseqüências mais rígidas; a responsabilidade individual na determinação da própria existência, mas também a intervenção coletiva para o apoio aos mais débeis, etc. (ZAGREBELSKY, 1995, pp. 14-15) (tradução livre)

Frente a um quadro político confuso, uma sociedade cada vez mais *dessolidarizada* e marcada por um ceticismo que parece caminhar para um profundo desencanto diante do mundo e da vida, o direito e seu principal “operador” – o juiz – passam a ser vistos como o último esteio das angústias e frustrações dos indivíduos pós-modernos.

Segundo Garapon (1996, p. 21) “o juiz torna-se igualmente um referente para o *indivíduo* perdido, isolado, desenraizado que as nossas sociedades geram e que procura no confronto com a lei a última referência.”

políticos o campo de deliberação é mais amplo, encontrando um feixe de possibilidades decisórias bem mais dilatado. Salta aos olhos, portanto, a inadequação da esfera judicial – com seus ritos e regras estritas, a necessidade de um suporte fático e a existência de sujeitos interessados em posições contrapostas – como instância qualificada para o estabelecimento de acordos e compromissos solidários entre os indivíduos e grupos, e entre estes e o Estado.

Esse abandono de laços solidários e vínculos cooperativos firma raízes profundas, e o Estado-juiz é que passa a assumir – com uma centralidade cada vez mais acentuada – o papel de grande filantropo nos dias atuais.

A dissolução das solidariedades tradicionais não suscitou a formação de novas solidariedades que não sejam burocráticas. É certo que o Estado assume cada vez mais funções de solidariedade, mas de maneira anônima, impessoal, tardia. Tornou-se, segundo a expressão de Octávio Paz, um papão filantrópico. O Estado assistencial é cada vez mais indispensável e contribui para a degradação de solidariedades concretas, e nem por isso responde aos problemas cada vez mais gritantes da solidariedade social. (MORIN, 1997, p. 139)

De filantropo um tanto voluntarioso a gestor ilegítimo de políticas públicas, o mister ou função judicante vem sendo alvo de constantes ataques críticos. Uma das críticas que nos dias atuais mais frequentemente é dirigida ao sistema judicial é a de que os juízes vem cada vez mais se imiscuindo na gestão pública. Isso seria revelado pela grande quantidade de decisões judiciais obrigando o Estado a prover ações efetivas no campo da saúde e da educação. Dessa forma, em última instância, passaria a ser o juiz o principal formulador de políticas públicas nesses campos.

Vale o registro de acurada observação formulada por Campilongo quando adverte sobre os riscos de uma atuação truncada e difusa dos órgãos e atores que operam o sistema político e o sistema jurídico, em que uns arrebatarem o discurso e a lógica de funcionamento dos outros.

O problema central do acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico reside no alto risco de que cada um deles deixe de operar com base em seus próprios elementos (o Judiciário com a legalidade e a política com a agregação de interesses e a tomada de decisões coletivas) e passe a atuar com uma lógica diversa da sua e, conseqüentemente, incompreensível para as autorreferências do sistema. Essa corrupção de códigos resulta num Judiciário que decide com base em critérios exclusivamente políticos (politização da magistratura como a somatória dos três erros aqui referidos: parcialidade, ilegalidade e protagonismo de substituição de papéis) e de uma política judicializada ou que incorpora o ritmo, a lógica e a prática da decisão judiciária em detrimento da decisão política. A tecnocracia pode reduzir a atividade política a um exercício de formalismo judicial. (CAMPILONGO, 2011, p. 65)

Talvez o grande desafio posto é evitar aquilo que Hespanha (2009, p. 467), inspirado em D. Kennedy, define como *darwinismo judicial* capaz de corromper todo o resto, estabelecendo um cenário desalentador em que “o sistema jurídico é incapaz de se comprometer com um dever igualitário ou altruísta, darwinismo que já vai dominando as sociedades contemporâneas de matriz liberal.”

A grande diferença é que, neste sistema de direito baseado na iniciativa de parte, as políticas públicas corporizadas e traduzidas em factos pelas decisões judiciais, não podem ser levadas a cabo autonomamente e sistematicamente pela administração, mas apenas paulatinamente postas em prática por decisões judiciais, tomadas a pedido dos particulares interessados e frequentemente variamente orientadas. Neste sentido, “qualquer agenda de realização do direito ensaiada por uma entidade governamental depende, no caso do direito judiciário, da procura de implementação pelos cidadãos afectados” para além de a sua coerência e sistematicidade não poder ser assegurada previamente. Nesta perspectiva – como escreve a mesma autora (F. K. Zemans) o sistema do direito judiciário (judge made law) “desempenha uma importante função de ‘dispersão do poder’”, aparecendo como “essencialmente democrático, embora não necessariamente igualitário.” (HESPANHA, 2009, pp. 466-467)

Essa tendência de *descoletivização* dos direitos fundamentais sociais passa a ser marcante especialmente em Estados periféricos de institucionalidade democrática tardia, com elevado déficit social e economia dependente do capital especulativo internacional, como é o caso do Brasil. Verifica-se que tais estados cada vez mais se escusam de cumprir o papel de indutor de políticas públicas sociais de alcance universal, abandonando sua missão de colocar em prática programas de governo efetivamente comprometidos com a redução das desigualdades sociais e a distribuição justa dos bens coletivos. No Brasil, a experiência de um Estado social foi abortada antes mesmo de dar seus primeiros sinais de vida de forma clara e precisa.

5. Conclusões

Há uma estreita relação entre justiça e democracia e estas não podem ser garantidas como valores – atualmente trincados, é bem verdade – mas ainda válidos e promissores, sem uma somatória de esforços dos diversos sistemas que compõem uma instituição social, como o jurídico, o político e o moral e o firme propósito dos atores que os operacionalizam de preservar seus papéis efetivos e suas funções simbólicas.

Vale lembrar que “qualquer fenômeno social resulta portador como tal de uma dimensão *histórica* decisiva” (CIARAMELLI, 2009, p. 11). O que se verifica nos dias que seguem é que o direito legal, a política e a moral estão imbricados numa teia indefinida e difusa de valores e princípios que não se apresentam minimamente coerentes entre si, não permitindo à instituição social divisar um caminho a seguir.

Em outras palavras: desde o momento em que por definição toda sociedade se altera, se modifica e se transforma, ainda que continue sendo identificável, e desde o momento em que esse processo simultâneo de alteração e identificação – no que consiste a historicidade – abarca inevitavelmente a toda instituição social, experiências como o direito, a moral, a religião e a política serão sempre estudadas e compreendidas à luz de seu contexto histórico concreto e das múltiplas narrativas a que este último dá lugar de cada vez. (CIARAMELLI, 2009, p. 11) (tradução livre)

Se na cultura oriental o termo crise está associado semanticamente à oportunidade, é preciso que nas sociedades ocidentais essa noção também seja assimilada. Assim, depois da proclamada e até certo ponto assimilada crise do poder estatal, as sociedades ocidentais devem reinventar seus institutos, construir um novo discurso, repactuar os valores e compromissos políticos definidores de uma nova conformação social, a fim de permitir um adensamento do lugar da política e da justiça, sem as clivagens herdadas da modernidade.

Se é verdade que não há formulas mágicas ou modelos perfeitos a serem seguidos, o desafio posto está na valorização dos espaços aptos à emergência dos embates políticos e em respeito às regras do jogo; está na assunção por parte dos atores políticos convencionalmente representativos das funções maiores do poder estatal (governantes, legisladores e juízes) de suas funções legítimas no âmbito de uma institucionalidade democrática e, finalmente, reside numa cidadania adensada tanto em extensão como em qualidade, permitindo aos indivíduos que possam desenvolver progressivamente suas múltiplas potencialidades, inclusive a de participar ativamente do debate político.

Não pugnamos por assumir uma postura crítica e denunciar o que comumente é chamado de ativismo judicial. Cremos que a questão é mais complexa e profunda do que aquilo que se passou a definir como “governo dos juízes” ou “judicialização da política” e tais fenômenos seriam apenas sinais do esgotamento dos modelos, das narrativas e de um ideário forjado há mais de 200 anos atrás na Europa ocidental.

A dimensão histórica das experiências de sociabilidade humana não se apresenta como um *continuum* progresso em que, por saltos, a humanidade avança rumo a estágios sempre mais promissores e alvissareiros. Entretanto, é forçoso reconhecer que há momentos em que se impõe a superação de modelos vetustos absolutamente desconectados dos problemas postos na atualidade, em que é premente o desgarramento de uma pesada herança que com seu peso leva a uma imobilismo sufocante ou que apenas serve para alimentar devaneios descolados da realidade. Os dilemas e desafios da contemporaneidade exigem uma maior e profícua inventividade nos processos decisórios, o estabelecimento de pactos compromissórios mais firmes em torno de valores como solidariedade, liberdade, justiça social, etc.

Por último e não menos importante, importa destacar que o desafio que se descortina frente aos nossos olhos é convidativo a uma ação política mais efetiva e consequente, implicando a necessidade de uma redefinição da noção de contrato social. Temos que a tradição contratualista que é, em essência, o traço mais característico do modelo democrático, foi forjada na modernidade e se projeta na contemporaneidade eivada de lugares comuns retóricos que não se sustentam diante de um primeiro confronto com a realidade social marcada pelo pluralismo, pelo multiculturalismo e por identidades multifacetadas.

Releva ter presente que “o consenso representa apenas uma ideia limite ou uma ideia reguladora” (BERTEN, 2004, p. 134). Enquanto ideia limite, serve de parâmetro ou referência para a construção de espaços civilizados de convivência, para a celebração de acordos sempre precários e que frequentemente precisam ser renegociados. Se a vida em sociedade e as conquistas e os benefícios que dela podem ser auferidos exige uma série de concessões, cobranças e acordos, esse ambiente somente é possível onde há espaço para emergência de uma sociedade plural e complexa. Não há um porto seguro a ser alcançado, mas um constante navegar, às vezes em águas mais tranquilas e outras vezes em mares revoltos, mas a recusa a navegar implica que os navegantes optaram por sucumbir em definitivo.

6. Referências Bibliográficas

- BERTEN, André. *Filosofia Política*. Trad. Márcio Anatole de Souza Romeiro. São Paulo, Paulus, 2004.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2011.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Brançosos” e Interconstitucionalidade*. 2. ed. Coimbra, Almedina, 2008.
- CARDÍA, Nancy. Direitos Humanos e Exclusão Moral. *Revista Sociedade e Estado*. Vol. X, No 2, jul-dez, 1995, pp. 343-389.
- CIARAMELLI, Fabio. *Instituciones y normas – Sociedad global y filosofia Del derecho*. Trad. Juan-Ramón Capella. Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Trad. Alexandre Salim *et. alli*. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2011.
- GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas – justiça e democracia*. Trad. Francisco Aragão. Lisboa, Instituto Piaget, S/D.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do Direito – O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2. ed. Coimbra, Almedina, 2009.

MORAIS, José Luís Bolzan. O estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. In *Constituição e Estado Social – os obstáculos à concretização da Constituição*. Oliveira Neto, Francisco José Rodrigues et. alli. (Org.). São Paulo, Coimbra Editora e RT, 2008, PP. 175-195.

MORIN, Edgar. A Política de Civilização. In *Uma Política de Civilização*. Samir Naïr e Edgar Morin (Org.). Lisboa, Instituto Piaget, 1997. PP. 133-170.

RODOTÁ, Stefano. *La vida y las reglas – entre el derecho y el no derecho*. Trad. Andrea Greppi. Madrid, Editorial Trotta, 2010.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

----- . *Derecho y deacuerdos*. Trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia e democracia*. Trad. Marina Gascón. Madrid, Editorial Trotta, 2011.