

O ATIVISMO JUDICIAL COMO CONSEQUÊNCIA DA CRISE DE REPRESENTATIVIDADE

Rodrigo Medeiros da Silva¹

Resumo: A realidade atual é marcada por uma postura ativista por parte do Judiciário. Isto se dá em virtude da crise de representatividade existente na atualidade na qual a classe política não mantém uma sintonia com as aspirações do povo. O ativismo judicial e a judicialização generalizada de políticas públicas revelam-se medidas excepcionais que se utilizadas de forma recorrente podem gerar crises internas na estrutura estatal. Neste rumo, convém destacar a necessidade de reformas estruturais com intuito de corrigir tais distorções.

Palavras-chave: Crise de Representatividade - Ativismo Judicial – Judicialização - Reformas Estruturais.

Abstract: The current reality is marked by an activist stance by the judiciary. This happens because of the crisis of representation exists today in which the political class does not keep a tune with the aspirations of the people. The judicial activism and widespread legalization of public policies are exceptional measures that are used recursively can generate internal crises in the state structure. In this direction, we would emphasize the need for structural reforms in order to correct such distortions.

Keywords: Crisis of Representation - Judicial Activism - Adjudication - Structural Reforms.

¹ Mestre em Direito.

INTRODUÇÃO



valorização de experiências democráticas, a partir da segunda metade do século passado, juntamente com uma maior importância para os direitos fundamentais fez com que o papel do Estado fosse repensado. Sociedades extremamente heterogêneas, com enormes déficits sociais e com dificuldades de implementação de políticas públicas, em razão de escassez de recursos, passam a conviver com a realidade de aproximação a um Poder até então reconhecido pelo formalismo e pela austeridade – o Judiciário.

Num Estado Democrático de Direito o exercício do poder pela maioria convive com o respeito e reconhecimento de direitos à minoria. É neste contexto que se inaugura no Brasil, com a Constituição de 1988, um modelo de Estado concretizador e garantidor de direitos fundamentais, o que, ao longo dos últimos tempos, passou a ser um dos pontos centrais da falta de sintonia entre a sociedade e a classe política. Como consequência, instala-se uma crise entre representantes e representados que passam a exigir os direitos constitucionalmente garantidos por intermédio da jurisdição.

Este trabalho propõe-se a delinear conceitos acerca do Estado Democrático de Direito ao longo dos tempos, enfatizando, como ponto central, o direito à igualdade, seja numa perspectiva formal ou material. No entanto, este paradigma ainda não rompeu a barreira construída pela modernidade, importante obstáculo para a concretização de direitos. Desafios se apresentam na atualidade, cuja superação se constitui em importante mecanismo de solução dos problemas e da crise que vem assolando as sociedades contemporâneas.

Num ambiente social onde vigora o Estado Democrático de Direito, é conveniente destacar o papel relevante a ser desempenhado pelo Judiciário como garantidor dos direitos das

minorias a fim de que o clamor e as aspirações da maioria não sejam um fator preponderante a colaborar para a formação de uma verdadeira ditadura da maioria. Esta verdadeira tensão entre maioria e minoria apresenta relevo no contexto da vida social e deveria ser não só algo tratado pelo Judiciário, mas por todo aparato estatal.

Contudo, é notório o fato de que os outros poderes não desenvolvem esforços no sentido de aprimorar as iniciativas de políticas públicas voltadas para a concretização de direitos, tais como irrestrito acesso à saúde, à educação em todos os níveis e a direitos civis, como a união homoafetiva. Estas barreiras na discussão de temas polêmicos se apresentam em função de fatores diversos, dentre os quais religiosos ou políticos. Desta maneira, como consequência natural, o Poder Judiciário passa a exercer um papel intervencionista em temas cuja discussão e implementação seriam próprios de outros poderes e arenas.

Porém, o constante acionamento do Judiciário traz consequências danosas para o sistema de justiça, em função do deslocamento de discussões políticas para a arena jurisdicional. Questões como a falta de legitimidade e o desconhecimento da realidade administrativa fazem com que o a judicialização se torne um problema e não uma solução para a inércia do Estado na consecução de políticas públicas. Além disso, também é relevante duas consequências da postura ativista. A primeira se relaciona ao volume de demandas que chegam ao Poder Judiciário para que sejam solucionadas. Assim, os feitos passam a não serem solucionados em tempo razoável, o que gera problemas de efetividade da jurisdição. A segunda é uma mudança de postura decisória que leva a solução de temas e não de casos concretos, criando uma espécie de jurisprudência vinculativa.

Neste contexto, cabe uma reflexão sobre a necessidade de reformas estruturais com intuito de modificar comportamentos e instituições com o fito de definir, de forma efetiva, as responsabilidades dos diferentes entes estatais. Reformas estas

que passam pela mudança das estruturas político-partidárias, do processo eleitoral, do financiamento das campanhas, dentre outras consideradas importantes. Estas mudanças, na atualidade, são relevantes e importantes para a melhoria do funcionamento do Estado e para a consecução de políticas voltadas a concretização e promoção e direitos.

1. O PARADIGMA ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A democracia pode ser considerada sempre uma obra inacabada. A evolução das sociedades ao longo da história da humanidade sempre se deu sobre constantes lutas e desejos por espaços e por exercício de poder. As lutas características nos processos evolutivos das sociedades baseavam-se na busca de dois objetivos: igualdade e liberdade.

A igualdade certamente não deve ser tratada sob uma perspectiva meramente formal, mas levando-se em conta as diferenças intrínsecas a cada sujeito. Cada ser humano tem sua história particular, suas características e idiosincrasias. A igualdade, já na antiguidade, era discutida pelos gregos. Para Aristóteles, não se pode conferir algo idêntico a duas pessoas diferentes e objetos distintos a pessoas iguais. Isto certamente é motivo para disputas e conflitos.² Já a liberdade é exposta pelo filósofo estagirita como algo relacionado a escolhas que se dão por meio de ações consideradas voluntárias que levam o homem a um caminho ou a outro.³ Aliás, a liberdade é o objetivo de toda democracia, cabendo a prevalência dos desejos da maioria.⁴

² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 108-109.

³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 60.

⁴ ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Pedro Constantin Toles. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 217.

Semelhante ao pensamento aristotélico, Rousseau, já no século XVIII, dizia que a soberania popular (por ele chamada *vontade geral*) deveria prevalecer para a condução dos negócios de um Estado. As sociedades se organizam sobre interesses comuns e, portanto, a soberania torna-se algo inalienável e indivisível, figurando o soberano não como um sujeito, mas como uma representação da coletividade.⁵ Convém destacar o momento particular vivido pela humanidade nesta época. As revoluções liberais manifestavam-se como grande contraponto ao poder absoluto das monarquias europeias. Também Montesquieu entendia que caberia ao povo, detentor da soberania, empreender tudo que de forma correta pode ser feito.⁶ Sob a perspectiva da Teoria do Discurso, a separação dos poderes se refere tão somente em razão das maneiras como estes se comunicam. O poder legiferante se utiliza ilimitadamente de razões, sejam normativas ou pragmáticas. Já o Judiciário, contrariamente, não pode suscitar as razões livremente, porém deve ter a preocupação de manter a integridade do ordenamento jurídico na formação das decisões. A Administração não pode inovar na execução dos comandos legais emanados do ordenamento.⁷

Contudo nestes mais de duzentos anos de constitucionalismo, passando pelo Estado Liberal e pelo Estado de Bem-estar Social, chega-se ao paradigma conhecido como Estado Democrático de Direito. Este novo paradigma exige uma superação de antigos conceitos pertinentes aos antigos paradigmas. O Estado em si, com um excessivo poder político, não dirime as desigualdades e os abusos de direitos fundamentais como concebido pelo Estado Social. Já para o Estado Democrático de Direito estes excessos se dão em razão de profundas desigual-

⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 36-37.

⁶ MONTESQUIEU, Barão de. *O espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 24.

⁷ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 232.

dades sociais, políticas e econômicas, que, desta forma, devem ser superadas.⁸

Também é conveniente destacar que o Estado Democrático de Direito se notabiliza por uma relação não conflitiva, mas de tensão entre conceitos próprios da democracia e do constitucionalismo. Esta tensão fica mais evidente após a Segunda Guerra Mundial diante da necessidade de uma resposta às atrocidades do nacional-socialismo. Nos Estados Unidos, em 1954, com o caso *Brown vs. Board of Education*, muda-se o entendimento assentado no precedente *Plessy vs. Ferguson*, de 1896, que até então declarava constitucional as leis de impunham a segregação racial. Segundo a jurista alemã Ingelborg Maus, o Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), após 1945, reproduz uma jurisprudência de um “Estado constitucional”. A constitucionalidade das leis produzidas pelo parlamento não é aferida por meio da Constituição como texto. Vai além do texto constitucional e passa a fazer parte da atividade da jurisdição constitucional alemã.⁹

No entanto, certamente é Jürgen Habermas que numa perspectiva procedimental, identifica com maior clareza a relação tensa entre Direito e Democracia. Isto se dá pela tensão entre o que ele chama de *facticidade* e *validade* na área do comportamento. Ademais, o Direito operacionaliza essa tensão incorporando conceitos do pensamento democrático de Kant e Rousseau, que considera legítima a ordem jurídica baseada em direitos subjetivos concebidos por através da vontade de todos os cidadãos livres e iguais.¹⁰

Como já discorrido acima, é incompatível com o Estado Democrático de Direito a existência de grandes abismos do

⁸ SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado*: introdução. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Del Rey, 2004, p. 217.

⁹ MAUS, Ingelborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 147.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre a facticidade e a validade*. 1. ed. reimp. vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 53.

ponto de vista social ou econômico. Mas a realidade que se apresenta mostra que o sistema ainda não foi capaz de se desatrelar a padrões muito próprios da modernidade. Estes padrões se alinham a posturas universalistas europeias, traços vivos e fortes do velho continente que prega um universalismo que não é universal.¹¹ A modernidade ao buscar a uniformização e a padronização acaba segregando os diferentes, indo de encontro com o que é pregado pelo Estado Democrático de Direito que é justamente o respeito e o convívio com os diferentes. Tanto o liberalismo como a social democracia visavam exterminar a mitigação de direitos de grupos desprovidos e, desta maneira, pôr fim à divisão de classes.¹² No entanto, esta postura não consegue superar os ditames da modernidade. Apesar dos conceitos próprios do Estado Democrático de Direito, consubstanciados no respeito às diferenças e na diminuição de discrepâncias entre grupos, ainda se constata graves problemas que levam a acentuados abismos entre grupos e classes sociais.

2. O PODER JUDICIÁRIO NO EXERCÍCIO DE UM PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO

Feitas as considerações a respeito do paradigma Estado Democrático de Direito, convém destacar a tensão existente entre o Direito e a Democracia. Ambos são pratos de uma mesma balança com a finalidade de buscar um equilíbrio entre a vontade da maioria e direitos eleitos como fundamentais, que privilegiam o direito à diferença. É importante o exercício deste papel equilibrador para que não vigore a ditadura da maioria ou de uma minoria sob o pálio do Direito. Numa sociedade industrial avançada, apesar de se tratar o povo como figura legi-

¹¹ WALLERSTEIN, Immanuel. *Universalismo europeu: a retórica do poder*. Trad.: Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 26-27.

¹² HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro – estudos de teoria política*. (*Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie*). Trad. George Sperber, Milton Camargo Mota e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 1997, p. 230-231.

timada a traçar os destinos nacionais, há uma ruptura que afeta determinadas parcelas da população excluindo-as de prestações de diferentes ordens, econômicas, jurídicas, políticas, médicas e educacionais. Ademais, esta realidade não é peculiar de países periféricos, mas também países considerados ricos.¹³

A própria Constituição da República, como instrumento garantidor de direitos fundamentais, impõe barreiras ao constituinte reformador com intuito de manter a higidez do sistema. No entanto, o sistema por si só não se sustenta cabendo ao Poder Judiciário a atribuição de zelar pela segurança jurídica e para que a concretização de direitos fundamentais seja mais efetiva. Para tanto, a Constituição deve estar, o mais próximo possível, em sintonia com o presente vivido para uma profícua reafirmação de sua força normativa.¹⁴ No entanto, o papel da Constituição deve ir mais além. A Constituição deve ser o espelho e a fonte de luz a servir de rumo no caminhar da sociedade, por meio da sua interpretação.¹⁵

É bem verdade que o papel interpretativo da Constituição não cabe somente ao Judiciário, sendo atribuição exercida por vários atores.¹⁶ Contudo, o papel do Judiciário na concretização de uma postura contramajoritária passa, necessariamente, pela Constituição como instrumento de garantia de direitos fundamentais e de proteção das minorias. É neste contexto, que o papel da jurisdição ganha força, notadamente no século XX, com um aumento das suas funções, criando-se uma espécie de figura patriarcal do magistrado.¹⁷

¹³ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* a questão fundamental da democracia. 6. ed. rev. atual. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 79.

¹⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 20.

¹⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 34.

¹⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 20.

¹⁷ MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'*. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, nov.

Este papel exercido pelo Judiciário fica muito evidente na Alemanha, notadamente na República. A figura do presidente do Reich não abraça as funções até então desempenhadas pelo monarca, caracterizadas por um simbolismo muito peculiar a remeter à figura paterna. Como consequência quase que natural, o Poder Judiciário passa a ser visto como grande superego da sociedade. Todavia, é importante destacar o desenvolvimento histórico das relações entre os poderes para uma melhor compreensão da temática dentro do contexto do constitucionalismo.

Convém salientar que é a partir da 2ª Guerra Mundial que estas qualidades do Judiciário se evidenciam. A justiça na Alemanha nazista era considerada uma espécie de representação da consciência viva da nação.¹⁸ Assim, o aparelho judicial alemão se colocava a serviço de um grupo para satisfação ideológica que resultaria em importante ação de consecução de políticas racistas e discriminatórias. Com a queda do nacional-socialismo, o Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) passa a desempenhar essa figura paternal, através de uma postura decisória muito próxima a chamada jurisprudência dos valores, que não esvazia a preocupação com as consequências que tal comportamento pode gerar. O exercício do poder contramajoritário também é constatado em decisões importantes da Suprema Corte americana como o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, de 1954 e 1955¹⁹, como já destacado anteriormente.

A postura do Poder Judiciário, como já explorado, mereceu críticas importantes e que são objeto de constantes refle-

2000, p. 185.

¹⁸ MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'*. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 197.

¹⁹ NUNES, Dierle José Coelho. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 250.

xões. As sociedades não necessitam de um Judiciário que se aproprie de conceitos morais para desempenhar o seu papel decisório, mas que se utilize de princípios para solução das controvérsias. A moral deve fazer parte do trabalho legislativo. Já os princípios apresentam um caráter de comando deontológico, binário de espécies comportamentais. Não se está a privilegiar a postura alexyana de ponderação ou otimização, mas sim uma lógica discursiva diversa dos valores.²⁰

Na atualidade, fica notória a existência de uma crise que assola as instituições, seja o Parlamento, seja o Judiciário ou o Executivo. Este, em razão das crescentes demandas e desafios, não consegue romper as barreiras que impedem a consecução de políticas públicas relevantes para a coletividade. O Parlamento, minado por interesses corporativos, volta-se para satisfação de determinados grupos, relegando a segundo plano os debates políticos que efetivamente exprimam a vontade coletiva e se manifestem a voz da população. Já o Judiciário, exercendo o que se pode chamar de poder contramajoritário, acaba por secundar os demais entes e empreender, coercitivamente, políticas públicas em todos os níveis.

É conveniente destacar a relevância do papel do Poder Judiciário no contexto do Estado Democrático de Direito, no exercício de um papel de salvaguarda de direitos e garantias fundamentais e defesa dos interesses das minorias. Todavia, perdura a dúvida acerca do limite que deve ser imposto na atuação do sistema de justiça para que não haja uma demasiada padronização das decisões, bem como um engessamento jurisprudencial fruto, de uma jurisdição voltada para a discussão de temas e não de controvérsias concretas.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

²⁰ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro – estudos de teoria política. (Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie)*. Trad. George Sperber, Milton Camargo Mota e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 1997, p. 355.

O sistema constitucional inaugurado a partir de 1988 passou a estabelecer um rol considerável e importante de direitos fundamentais que consagram conquistas históricas da sociedade brasileira. Direitos sociais mais elementares como saúde, educação e salário mínimo até direitos mais “complexos”, como, por exemplo, o direito a uma duração razoável dos processos faz parte do texto constitucional e revelam a necessidade de uma atuação estatal eficiente. Por meio do processo judicial, o juiz passa a exercer influência no sentido de atuar na promoção de igualdade entre as partes, segundo suas compreensões, o que pode ter uma conotação negativa.²¹

Do ponto de vista teórico, o termo judicialização, segundo Dierle Nunes, passou a ser explorado a partir da publicação da obra *The global expansion of judicial power*, coordenado por Tate e Vallinder, e se refere à transferência do poder decisório dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário. Passa-se a exercer um poder de veto e um controle constitucional sobre os atos emanados dos outros poderes.²²

Várias são as razões buscadas para justificar o fenômeno da judicialização da política. Contudo, é pacífico afirmar que a judicialização reforça o papel do Judiciário diante da incapacidade das diferentes instituições estatais em atender às demandas e aspirações sociais, restando a busca da jurisdição como meio de satisfazê-las.²³ *Prima facie*, parece ser tal postura ativista algo positivo como maneira de efetivação de direitos e de diminuição dos abismos sociais. No entanto, importa destacar que o ativismo judicial e a judicialização da política devem ser vistos com reservas. Uma corrida desenfreada aos fó-

²¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 178.

²² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 179.

²³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 181.

runs e tribunais faria do Judiciário um superpoder, um grande guardião da moralidade e conferiria um poder demasiado ao magistrado que decidiria, muitas das vezes, com fundamentos metajurídicos. No Brasil, associa-se a defesa do ativismo judicial a posições sociais progressistas. Tal associação talvez se deva à postura do Judiciário brasileiro durante a história fechando os olhos para os desmandos dos poderes político e econômico. Mas há quem questione possíveis excessos na judicialização da política e da vida social no Brasil de hoje. Por vezes, o Judiciário atua impedindo mudanças importantes promovidas pelos outros poderes em favor dos excluídos. E esta defesa pode ocorrer inclusive através do uso da retórica dos direitos fundamentais.²⁴

No caso do Brasil, a judicialização deve ser vista com grande preocupação. A conjuntura política reflete uma falta de identidade partidária e uma pobreza ideológica e programática. Grupos representativos de certos segmentos sociais integram as bancadas parlamentares e, conseqüentemente, passam a defender interesses desses grupos. Grupos religiosos, representações de banqueiros, de sindicatos, de clubes de futebol, de empresários do agronegócio, dentre outros, são exemplos de pseudopartidos que integram o Parlamento brasileiro.

Com intuito de exemplificar a influência do corporativismo existente no Congresso Nacional, cabe citar a inércia na tramitação do Projeto de Lei nº 122, de 2006, de autoria da então deputada Marta Suplicy, que torna possível o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (casamento homoafetivo). A influência da chamada bancada evangélica faz com que a proposição não vá a plenário para votação. Conseqüentemente, o Supremo Tribunal Federal por meio de duas ações de controle de constitucionalidade (ADI 4277 e ADPF 132) reconheceu a

²⁴ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em <http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>. Acesso em 26 jun 2014.

constitucionalidade da união estável homoafetiva.

Também se verifica uma postura ativista na decisão do Supremo na ADPF 186 que julgou a constitucionalidade de programa de ação afirmativa desenvolvido pela Universidade de Brasília para ingresso de alunos de determinados grupos étnicos ao ensino superior. Com intuito de fundamentar a decisão utiliza-se de argumentos metajurídicos.²⁵ Também o juiz se utiliza do direito comparado para decidir, como neste caso particular os casos apreciados pela Suprema Corte do Estados Unidos.²⁶

Outro caso de grande repercussão foi a ADPF 54 que dava interpretação conforme a Constituição de dispositivo do Código Penal permitindo a interrupção da gestação de feto anencéfalo. O Min. Marco Aurélio, relator do feito, também se utilizou de argumentos advindos da medicina para fundamentar seu voto.²⁷

Outras decisões que devem ser consideradas como importantes referências de judicialização de políticas públicas (no caso de saúde pública) são as STA 175 e 178, cujo relator foi o

²⁵ A esse respeito, o Min. Ricardo Lewandowski se utilizou de argumentos diversos para assentar a constitucionalidade das ações afirmativas. Eis trecho do voto: “É importante ressaltar a natureza transitória das políticas de ação afirmativa, já que as desigualdades entre negros e brancos não resultam, como é evidente, de uma desvantagem natural ou genética, mas decorrem de uma acentuada inferioridade em que aqueles foram posicionados nos planos econômico, social e político em razão de séculos de dominação dos primeiros pelos segundos.

Assim, na medida em que essas distorções históricas forem corrigidas e a representação dos negros e demais excluídos nas esferas públicas e privadas de poder atenda ao que se contém no princípio constitucional da isonomia, não haverá mais qualquer razão para a subsistência dos programas de reserva de vagas nas universidades públicas, pois o seu objetivo já terá sido alcançado.”

²⁶ *Bakke v. Regents of the University of California, Gratz v. Bollinger e Grutter v. Bollinger.*

²⁷ [...] o encéfalo é formado pelos hemisférios cerebrais, pelo cerebelo e pelo tronco cerebral. Para o diagnóstico de anencefalia, consoante afirmou o especialista, “precisamos ter ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo e um tronco cerebral rudimentar. É claro que, durante essa formação, não tendo cobertura da calota craniana, também vai fazer parte do diagnóstico a ausência parcial ou total do crânio”.

Min. Gilmar Mendes. Nestes casos a controvérsia consistia no fornecimento de medicamento de alto custo por parte do ente estatal. Ocorre que os fundamentos da decisão vão além de argumentos jurídicos, tais como fatores políticos de destinação de recursos e efetividade e eficácia do serviço prestado.²⁸ Esta postura adotada pelo Judiciário, muitas vezes, pode ser encarada como uma invasão indevida nas atribuições do Legislativo e pode gerar uma quebra na harmonia entre poderes, o que é maléfico para ambas as instituições. Os argumentos apresentados são mais adequados no ambiente de um debate parlamentar, cujas posições políticas e posturas deveriam refletir as aspirações populares, o que não ocorre.

Todos os casos acima destacados têm como ponto em comum a polêmica e os argumentos defendidos por segmentos diversos da sociedade, como as igrejas. Certamente um tribunal não é a arena mais adequada para promoção de debates sobre temas tão polêmicos. Como grande palco do debate político, o Parlamento, diante da representatividade dos diferentes segmentos da sociedade, se configura instituição mais legítima para esse tipo de discussão e principalmente para derrubada de paradigmas e tabus. Mas o atual quadro é resultado da omissão do Legislativo diante das demandas apresentadas pela sociedade, que recorre à jurisdição para ter uma resposta do Estado. Esta situação demonstra uma distorção do sistema de separação dos poderes que merece ser repensado, seja para aprimorar a representação popular no Parlamento ou para aumentar a participação popular no processo legislativo.

²⁸ O fato é que o denominado problema da “judicialização do direito à saúde” ganhou tamanha importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias.

4. AS NECESSIDADES DE REFORMAS NA ESTRUTURA POLÍTICA

Toda a problemática que é acima apresentada reflete a necessidade de mudanças, sejam elas comportamentais ou estruturais. O ambiente do poder, bem como a necessidade de se buscar uma condição de plena governabilidade, encaminham as forças políticas a empreenderem um verdadeiro “comércio de apoio político”. Alianças que almejam acesso facilitado ao poder sem ter, muitas vezes, qualquer alinhamento ideológico ou programático com o segmento que está no poder. Este quadro de degeneração das relações políticas deve ser encarado como grande obstáculo para a construção de uma sociedade consciente dos caminhos que deseja seguir.

São recorrentes as opiniões no sentido de que a mudança deve partir do cidadão eleitor, que através do voto deve escolher bem os representantes nos diferentes legislativos. No entanto, o eleitorado brasileiro tem se mostrado insatisfeito, levando a uma renovação de metade das cadeiras da Câmara dos Deputados, enquanto nos Estados Unidos esta renovação é de 10%, em média.²⁹ Fica claro que o eleitor busca alternativas, almeja mudanças e quer renovar. Todavia, há a necessidade de implementação de reformas estruturais que envolvam os partidos políticos (sua formação, utilização de recursos financeiros, representação a nível nacional, por exemplo), a representatividade no âmbito regional (com o fim de que haja uma maior ligação entre o eleitor e o representante), além de outras iniciativas salutares para o aperfeiçoamento das instituições e da democracia. Não cabe, por ora, apresentar iniciativas para ou hipóteses para debate. Esta é uma tarefa que deve ser atribu-

²⁹ SCHMITT, Rogério. *Haverá renovação no Congresso?* Disponível em <http://congressoemfoco.uol.com.br/opiniao/colunistas/havera-renovacao-no-congresso/>. Acesso em 27 jun 2014.

ída a toda a sociedade, que por meio dos diferentes segmentos deve promover um amplo debate a respeito da temática.³⁰

As reformas que buscam soluções para a crise de representatividade não podem ser fruto de instituições que não possuem legitimidade para tal iniciativa. Ao Judiciário é impensável realizar tal propositura. Ao Executivo igualmente, pois são poderes que não devem participar da iniciativa, uma vez que a legitimidade é pressuposto essencial para importante tarefa. Já o Legislativo não demonstra interesse em modificar o *status quo* em virtude da comodidade que o atual quadro institucional confere aos parlamentares, seja em razão da relação dentro dos partidos políticos como também em relação a aqueles que detêm o poder. As campanhas eleitorais são marcadas pelo verdadeiro comércio de apoio político, ou de tempo de televisão, no chamado programa gratuito.

Percebe-se que o cenário apresenta-se problemático e merece, certamente, uma mudança substancial. A política está sendo vista como algo degenerado, sem credibilidade, mas deveria ser vista como o instrumento de solução de problemas sociais. É incontroverso que a mudança é necessária, tanto estrutural e institucional como comportamental e cultural. Ademais, esta paralisia no funcionamento das instituições parlamentares e partidárias colabora sobremaneira para estimular o papel ativista protagonizado pelo Judiciário na atualidade.

³⁰ [...] o professor Michel Zaidan, do Mestrado em Ciência Política da UFPE, vê o próprio Congresso como problema mais grave a ser tratado na reforma política. “Um Legislativo despreparado, lento e fragmentado termina tendo suas funções suplantadas pela agilidade do Judiciário e pelo ativismo do Executivo”, diz, acrescentando que se isso não for revisto, a reforma ficará limitada a tópicos que não vão mudar a relação desigual entre os poderes. Zaidan, porém, culpa os próprios parlamentares pelo problema. “Essa reengenharia não acontece porque os congressistas fazem cálculos mesquinhos de quantas cadeiras vão perder, quantos votos deixarão de ganhar com as mudanças. Puro casuísmo, que impede o andamento da verdadeira agenda da reforma que está posta”, conclui. Cf. MONTENEGRO FILHO, Sérgio. *Reforma política: sociedade entra no debate*. Disponível em <http://mauricioromao.blog.br/reforma-politica-sociedade-entra-no-debate/>. Acesso em 27 jun 2014.

É imprescindível a participação do cidadão na elaboração das leis, no exercício dos direitos políticos para que possa exercer os direitos pessoais (elementares).³¹ As iniciativas de reformas não nascem no seio do Parlamento, mas vêm de segmentos da sociedade civil, como a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Esta entidade da Igreja Católica utiliza a capilaridade que dispõe na sociedade para colher assinaturas para apresentação de uma proposta de iniciativa popular de reforma política. Dentre os pontos explorados na proposição destacam-se o afastamento do poder econômico das eleições; a adoção do sistema eleitoral do voto dado ao partido e depois a um candidato de uma lista formada democraticamente; a alternância de gênero nas listas de candidatos; o fortalecimento dos partidos e fidelidade partidária programática; a regulamentação dos instrumentos da democracia direta, previstos no artigo 14 da Constituição: projeto de lei de iniciativa popular, referendo e plebiscito.³²

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há outra alternativa na atual conjuntura que não seja uma reforma nas estruturas estatais voltadas a conferir maior legitimidade e representação popular aos parlamentos em geral. Aliás, este é um problema complexo vez que a classe política é desinteressada por mudanças tão significativas. O Estado Democrático de Direito demanda uma relação de tensão entre as aspirações de uma maioria e o exercício de um poder contra-majoritário.

Todavia, importa destacar que a democracia é exercida de maneira representativa, formado por um processo eleitoral viciado e dominado pelo poder econômico. Como grande con-

³¹ BAUMAN, Zygmund. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 68.

³² Disponível em <http://www.cnbb.org.br/imprensa/noticias/13103-2013-11-07-13-31-52>. Acesso em 29 jun 2014.

sequência deste quadro, tem-se uma verdadeira falta de sintonia entre os apelos populares e as ações dos parlamentares que representam essa massa. Esta é uma realidade incontestável. O Estado, sua estrutura e os processos de formação da representação política e popular se mostram anacrônicos, elitistas e subservientes ao poder econômico.

Como resultado desse quadro, vê-se um protagonismo judicial exagerado na verdadeira condução de políticas públicas em geral, tais como saúde, educação, participação dos partidos políticos na vida parlamentar, direitos civis, dentre outros. Assim, esta postura revela verdadeiras substituições dos demais poderes pelo Judiciário como forma de garantir ao cidadão o acesso a direitos constitucionalmente garantidos. Um cidadão que tem negado um medicamento de alto custo para tratamento de uma moléstia grave não tem outra alternativa que não seja a via judicial para ver satisfeita a sua pretensão.

Esta postura ativista, comum ao Judiciário na atualidade, gera problemas importantes na atividade decisória e um volume considerável de demandas. A atividade decisória passa a se assemelhar à atividade legislativa com a discussão de temas com uma carga de politização considerável. Institutos como a súmula vinculante, a repercussão geral, introduzidos pela Emenda Constitucional nº 45, a chamada reforma do Judiciário, revelam uma jurisdição de temas e não de casos. A problemática reside no fato de que diante de temas variados, o julgador pode se utilizar de argumentos diversos para decidir, levando a uma discricionariedade.

Diante de todos os fatos até então expostos, pode-se concluir que há uma necessidade imperiosa de reformas estruturais urgentes que modifiquem a maneira de financiamento de campanhas eleitorais, a criação e estruturação de partidos políticos, a proporcionalidade das representações parlamentares, bem como o processo legislativo nos projetos de iniciativa popular. No entanto, tais reformas não tem como berço maior o

Parlamento, que está dominado por correntes políticas que desejam a manutenção da atual conjuntura em razão dos benefícios que auferem. Estas reformas devem vir das ruas, das praças, das universidades, das Igrejas, das entidades representativas de classe, como forças vivas da sociedade a exercer forte pressão no Parlamento com intuito de concretizar as modificações desejadas.



REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Pedro Constantin Toles. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.
- BAUMAN, Zygmund. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro – estudos de teoria política. (Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie)*. Trad. George Sperber, Milton Camargo Mota e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre a facticidade e a validade*. 1. ed. reimp. vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’*. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 183-202.
- MONTESQUIEU, Barão de. *O espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? a questão fundamental da democracia*. 6. ed. rev. atual. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado: introdução*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Del Rey, 2004.
- WALLERSTEIN, Immanuel. *Universalismo europeu: a retórica do poder*. Trad.: Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.