

**A POSTURA DO POVO E DO ESTADO BRASILEIRO NO CUMPRIMENTO
DAS LEIS: QUESTÃO RELEVANTE NO CENÁRIO DO ATIVISMO JUDICIAL¹**

Victor Hugo de Oliveira Souza²

RESUMO

Muito se fala hodiernamente acerca do ativismo judicial. Parte da comunidade jurídica defende a postura ativista do judiciário porém, existe opinião contrária a toda e qualquer inovação no ordenamento jurídico por parte do judiciário como legislador positivo. Aqui, busca-se apresentar um fator em específico que incrementa a atuação ativista: a postura do povo e também do Estado brasileiro no que concerne ao cumprimento das leis, isto é, a reiterada tentativa de sempre se buscar as “brechas” da lei. Nessa esteira, também é incumbência do estudo propor que tal comportamento só assoberba o legislativo – que já enfrenta severa crise de legitimidade – e aduba o terreno para aumentar a atuação do poder judiciário na função de legislador positivo. A questão é polêmica e controvertida e, por envolver o entrelaçamento e delimitação da área de atuação de poderes, incide diretamente na sociedade brasileira, no estado democrático de direito e, principalmente, nas questões de políticas públicas.

Palavras-chave: Divisão de Poderes. Ativismo Judicial. Políticas Públicas.

¹ Artigo produzido a partir de Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) realizado sob a orientação do Prof. Jalles da Silva Pires, apresentado à Universidade do Grande Rio – UNIGRANRIO.

² Graduado em Direito pela Universidade do Grande Rio – UNIGRANRIO. Contato: victor.server.ufrj@gmail.com.

**POSTURE OF THE PEOPLE AND BRAZILIAN STATE IN COMPLIANCE
WITH LAWS: RELEVANT ISSUE IN SCENERY OF JUDICIAL ACTIVISM**

Victor Hugo de Oliveira Souza

ABSTRACT

Much is said today about the judicial activism. Part of the legal community defends the activist position of the judiciary, but there is a contrary view by any innovation in the legal system by the judiciary as a legislator positive. Here, we seek to present a specific factor that increments the activist performance: the attitude of the people and also the Brazilian state with regard to compliance of the laws – the repeated attempt to always seek out the “loopholes” in the law. On this track, it is also incumbent on the study propose that such behavior only overwhelm the legislative – already facing severe crisis of legitimacy – and fertilizes the ground for increasing the role of the judiciary in the legislature positive function. The issue is controversial and contested, and it involves the interweaving and delimitation of the field of power, falls directly in Brazilian society, the democratic state of law, and especially in matters of public policy.

Keywords: Division of Powers. Judicial Activism. Public Policy.

A POSTURA DO POVO E DO ESTADO BRASILEIRO NO CUMPRIMENTO DAS LEIS: QUESTÃO RELEVANTE NO CENÁRIO DO ATIVISMO JUDICIAL

Victor Hugo de Oliveira Souza

Muito se fala hodiernamente acerca do ativismo judicial, sendo que parte da comunidade jurídica defende a postura ativista do judiciário. Porém, existe opinião contrária a toda e qualquer inovação no ordenamento jurídico por parte do judiciário como legislador positivo.

Ocorre que, além de saber se o ativismo é ou não o ideal para o estado democrático de direito, urge também investigar alguns fatores que dão azo à postura ativista de alguns magistrados e ministros da nossa Suprema Corte, o Supremo Tribunal Federal.

Assim, busca-se apresentar um fator em específico que incrementa a atuação ativista: a postura do povo e também do Estado brasileiro no que concerne ao cumprimento das leis, isto é, a reiterada tentativa de sempre se buscar as “brechas” da lei.

Nessa esteira, também é incumbência do estudo comprovar que tal comportamento só assoberba o legislativo – que já enfrenta severa crise de legitimidade – e aduba o terreno para aumentar a atuação do poder judiciário na função de legislador positivo. Essa conduta faz com que as leis sejam cada vez mais específicas, tornando nosso compêndio legislativo por vezes até repetitivo.

Com isso, sendo constantes as modificações na lei, o poder legislativo não é capaz de acompanhá-las. Assim, para a efetivação do direito e para o real cumprimento das normas, outros atores preenchem a lacuna deixada pelo poder legislativo.

O principal desses atores é, sem dúvida, o poder judiciário que – como defendem alguns doutrinadores – quando não inova, interpreta a lei de maneira diversa daquela pretendida pelo legislador original.

A questão é polêmica e controvertida e, por envolver o entrelaçamento e delimitação da área de atuação de poderes, incide diretamente na sociedade brasileira, no estado democrático de direito e, principalmente, nas questões de políticas públicas, uma vez que possuímos uma constituição dirigente que precisa de normas ulteriores para ver seus dispositivos serem cumpridos de fato.

Definitivamente, o povo brasileiro se difere de outros povos, como os estadunidenses ou aqueles residentes em alguns países europeus. O nosso contestado modelo de democratização – garantidor da liberdade expressão e do voto universal e, por conseguinte, protetor da teórica vontade da maioria – é recente, se comparado a de países como Estados Unidos.³

Nesse país, em virtude do processo de colonização baseado no povoamento, houve verdadeira identificação e certo zelo com a terra. Já no Brasil, o processo de exploração fez com que a prática de retirada de recursos fosse a mais utilizada. Dessa forma, a terra era utilizada tão somente como fonte de renda para a colônia.

Entende-se que tal processo de colonização tem relativa parcela de culpa no fato do brasileiro mostrar comportamento tão promíscuo quando se trata de obediência à lei. É como se o povo, cansado de ser oprimido pelo colono, não quisesse mais ser engessado pela lei.

Insta salientar que não se fala em anarquia, revolução, rebeldia ou coisa que o valha. Porém, é cediço que é baixo o comprometimento do povo com o cumprimento das leis.

Da mesma forma, é importante ressaltar que, embora não seja objeto desse estudo, a impunidade também contribui para a relutância em se

³ (...) a democracia não se confunde com o predomínio da vontade da maioria, exigindo a garantia de certos direitos que viabilizem a participação dos cidadãos no espaço público. Dentre os direitos garantidos, é necessário que figure a satisfação das necessidades materiais básicas das pessoas mais carentes, sem o que restaria comprometida a sua capacidade real de participar das deliberações adotadas na sociedade. BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização, p. 203. HABERMAS, Jurgen. Direito e Democracia entre Facticidade e Validade I, Friedrich Muller. p. 160. PIOVESAN, Flavia. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? *In*: Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 567-607.

cumprir a lei, uma vez que a persecução daqueles que insistem em descumprir o direito mostra-se lenta e ineficaz.

Nossa Constituição, quanto à extensão, é analítica não à toa. Inúmeros são os dispositivos que buscam enquadrar a conduta dos destinatários para que assim se alcance comportamento adequado e controlado. O Estado busca reger as condutas através de dispositivos categóricos, ou seja, comandos de “não-fazer” para que o particular entenda qual seu limite.

Em que pese nossa Constituição ser alicerçada em princípios, tais dispositivos, sozinhos, não são suficientes para assegurar o fiel cumprimento do disposto pelo legislador.

Os princípios, de acordo com Robert Alexy⁴, encerram mandados de otimização, no sentido de comandos normativos que apontam para uma finalidade ou estado de coisas a ser alcançado, mas que admitem concretização em graus de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas. Já as regras, para Dworkin⁵, são normas binárias, ou seja, dispositivos aplicados em apenas duas situações: “sim” ou “não”, “tudo” ou “nada”.

Dessa forma, ainda que possuam carga mais subjetiva, existem situações em que basta a apresentação de um princípio para que seja entendido o comando passado por aquele que editou a norma. O maior alcance do princípio, mesmo com toda a sua natureza mais idealizadora, já delimita a área de atuação daquele a quem o seu conteúdo se destina, tamanha maturidade do destinatário.

Porém, existem outras situações em que as pessoas sempre buscam se esquivar do cumprimento da lei, tentando modificar tal ordenamento a seu favor.

Princípios insculpidos pelo tempo e que, muitas vezes, são frutos de intensa luta e reivindicações, são esvaziados pelo uso de maneira escusa, isto

⁴ Robert Alexy, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, 1993, p. 86 apud BINENBOJM, Gustavo. Op. Cit.

⁵ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1998, p. 24, apud BINENBOJM, Gustavo. Op. Cit.

é, de modo a beneficiar aquele que o interpreta não da forma certa, mas sim da que mais lhe beneficia. É cediço que, como já fora tratado antes, muito difícil é a tarefa de descobrir qual o objetivo fiel que permeava a mente do legislador inicial, de modo que não podemos achar que o ordenamento lançado no mundo jurídico será sempre utilizado da maneira ou com sentido original.

O princípio da ampla defesa, por exemplo, é muito utilizado por advogados que desejam tão somente favorecer seus clientes em detrimento do disposto na lei. Casos como o do jogador Edmundo⁶, mostram bem como advogados se valem de institutos protetivos para postergar a aplicação da sentença ou, no caso, da pena. Princípios como este, que servem verdadeiramente como garantias contra possíveis erros oriundos de agentes estatais, têm seu conteúdo totalmente vilipendiado.

Daí, surge na população o sentimento de que a lei é uma dificuldade e que, por conta disso, deve-se modificar o arcabouço legislativo pertinente, retrocedendo no oferecimento de instrumentos de salvaguarda e, portanto, diminuindo as garantias ofertadas aos jurisdicionados.

Nota-se que toda essa avalanche de opiniões deriva dessas práticas nocivas à salutar utilização do instituto, em especial no que tange a instrumentos garantistas, como o princípio em comento. Tal análise é errada, na medida em que é motivada por condutas incompatíveis perpetradas por operadores do direito, gerando na população profunda aversão a um dispositivo que tem como objetivo a sua própria proteção, mas que, por conta da má utilização, gera insatisfação.

Assim, iniciam-se movimentos de modificação das leis ou alteração de dispositivos que, como se defende aqui, assoberbam sobremaneira o legislativo, que já não dá conta de suas tarefas precípuas, isto é, legislar para, por exemplo, regulamentar diversos dispositivos constitucionais.

Além dos princípios, as leis propriamente ditas também são alvo do comportamento esquivo dos operadores do direito.

⁶ <http://www.ipclfg.com.br/aulas-do-prof-lfg/caso-edmundo-prescreveu-entenda/>, acesso em 25 de outubro de 2011.

É fato que, pela natureza dinâmica do comportamento da sociedade, as leis devem adequar-se ao contexto social. A família, por exemplo, no passado, era representada pelo pátrio poder, isto é, tinha como referência a figura masculina. Hoje, com a evolução da mulher no cenário das relações sociais, inexistente tal separação. Surge, então, o poder familiar. Dessa forma, a mulher e o homem encontram-se em pé de igualdade, pelo menos nessa situação.

A própria Constituição também é exemplo da constante modificação, através das emendas, que visam a adequação da Carta ao comportamento humano. São 67 Emendas Constitucionais (EC) que, desde 1988, vão esculpindo o texto original para que o mesmo se molde a situação atual do Brasil. É uma verdadeira Erosão Constitucional. Com isso, a Constituição, em virtude de alguns dispositivos, perde sua feição original, modificando-se sobremaneira.

Ocorre que grande parte dessas mudanças, ao contrário do exemplo concernente ao poder familiar, na verdade, não inovam em nada no ordenamento. A emenda 64 de 2010, por exemplo, inclui o direito a alimentação como direito social. Daí, surge a questão: existe realmente a necessidade de incluir tal conceito no rol dos direitos sociais? Já não é óbvio ululante que o mesmo conste nesse rol, devido a sua importância?

Também é latente a desnecessidade e a falta de inovação quando tratamos do caso da Lei Maria da Penha. É realmente necessário elaborar toda uma lei específica para dizer ao homem, ou a mulher, que a violência doméstica é proibida e punível? Urge salientar que de forma alguma se busca defender a falta de propósito da referida lei. Porém, é lamentável admitir que uma sociedade, em pleno século XXI, precisa de uma lei para dizer que a violência doméstica é conduta incompatível com a lei. Vários assuntos tratados na lei

Outro exemplo é a súmula vinculante de número 13⁷, que trata da questão do nepotismo, em conjunto com enunciado 07 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O tema diz respeito basicamente à prática reiterada de políticos e administradores públicos em contratar parentes para exercerem cargos na administração pública. Os dois dispositivos tratam de assuntos que a própria Constituição já faz menção – art. 37, caput da CRFB –, e de maneira bem explícita.

Valendo-se da disciplina de Saul Tourinho Leal⁸, será mesmo que necessitamos de uma lei para dizer que se valer do Estado para distribuir gracejos a familiares fere a moralidade pública? Será que a mera expressão “moralidade administrativa” não é suficiente? E a impessoalidade, também não basta?

Com tudo isso, fica claro que as mudanças apresentadas, assim como outras mais, servem, na verdade, como tampão para o comportamento malicioso da população. São modificações desnecessárias, uma vez que tratam de temas recorrentes.

Falta, na grande maioria dos destinatários, maturidade para que uma ideia geral, inculpada por um princípio, permeie seu pensamento, servindo de norte e de moldura para sua conduta perante seus pares.

Porém, o que mais surpreende é que além do indivíduo, ou seja, do particular destinatário da norma, o Estado também se vale de artifícios para “burlar” a lei. Porém, quando é o Estado que se utiliza das normas ao seu bel-prazer, a situação mostra-se bem mais perigosa, uma vez que funções específicas de cada poder não são mais tão bem divididas e ocorre verdadeira

⁷ “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

⁸ LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altivez? O Outro Lado do Supremo Tribunal Federal*. Ed. Fórum, 2010, p. 40.

ingerência de um poder sobre o outro de forma indiscriminada, ou seja, além da harmonia salutar prevista na Constituição Federal.⁹

Neste caso, embora haja exemplos também no poder executivo e legislativo, em virtude do tema do trabalho, mais inclinado a questões jurídicas, o estudo limita-se à análise do comportamento especificamente no judiciário. Assim, passa-se a analisar alguns casos em que o poder judicante tergiversa ao utilizar normas e princípios, buscando seus interesses em vez do interesse público.

Nota-se, contudo, que, em que pese as condutas de se buscar as “brechas” da lei terem o mesmo objetivo – ou seja, interesse próprio – no caso do judiciário, a questão toma outra configuração, uma vez que tal poder, representado pelo STF, é quem atribui à norma a última interpretação.

Em outras palavras, ocorre que outros poderes podem ser freados, caso a utilização da norma destoe exacerbadamente, pois tal utilização pode ser cancelada, em última análise, pelo STF.¹⁰ Porém, no caso da má ou da incompatível interpretação perpetrada pelo próprio judiciário ou pelo próprio STF, quem será o responsável por modificar tal utilização? “Quem vigia os vigilantes?”.¹¹

Sabe-se que, embora seja o responsável pela final interpretação da Constituição, tarefa que o vincula sobremaneira a questões de cunho eminentemente de direito, o STF atua mais de forma política do que jurídica. Fator que ratifica tal afirmação é o modo como são escolhidos seus membros. Ao contrário da grande maioria que compõe os tribunais do país, os ministros do Pretório Excelso são escolhidos pelo Presidente da República e, com isso, é

⁹ Art. 2º CRFB/88: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹⁰ Insta salientar que as adjetivações defendidas neste trabalho não excluem outras diversas da aqui apresentadas. Fato é que, não há como desenvolver o que se defende sem que seja adotado um posicionamento.

¹¹ Sátira VI do filósofo Juvenal (60-127 AC), quis custodiet ipsos custodes, transpondo a crítica da sociedade romana para um universo no qual combatentes do crime despertam a ira e desconfiança da própria população civil que almejam proteger.

plenamente factível afirmar que suas decisões têm como base, além de critérios técnicos, motivações político-ideológicas.¹²

Exemplo claro dessa prática são decisões de alguns ministros da Suprema Corte que, em vez de homenagear a imparcialidade, julgam alguns casos com alto grau de direcionamento. No caso, a conduta de transgredir a lei evidencia-se na utilização de argumentos legais para justificar decisões totalmente viciadas, seja por vinculação política ou mesmo de foro íntimo.

Com a devida licença, entende-se que nesses casos, em que os ministros utilizam dispositivos legais ou até mesmo princípios com o fito de justificar suas decisões sombrias, nada mais se evidencia senão a famigerada prática de, assim como o povo, utilizar-se da lei ao seu alvedrio.

Caso bastante comentado é o da taxaço dos inativos, em que, com o advento da EC 41/03, na qual o STF deu nova interpretação ao princípio da solidariedade, as contribuições previdenciárias passaram a possuir caráter solidário. Dessa forma, segundo o STF, até aqueles já inativos passariam também a colaborar para a manutenção do sistema social.

As críticas ao novo entendimento dado ao princípio foram enormes, uma vez que a reforma previdenciária já era esperada há tempos e, da forma como se deu, defenderam alguns que a mesma perdeu todo seu propósito. Porém, indaga-se: será que houve mesmo perda de propósito ou o objetivo a que se queria chegar, ou seja, acelerar a arrecadação foi alcançado?

Dentre vários que criticaram a referida emenda, o deputado Chico Alencar¹³ resume bem os problemas que ela apresenta, defendendo ser a mesma:

a) Injusta, porque os aposentados não são os responsáveis pelo déficit no caixa da Previdência Pública. O desequilíbrio de caixa tem outros responsáveis já apontados na lista dos grandes devedores. Ou no uso da

¹² A grande maioria ingressa no poder judiciário ou no Ministério Público através de concurso de provas e títulos. Porém, existem aqueles que ingressam através do quinto constitucional, conforme disciplina do artigo 94 da CRFB/88.

¹³ Historiador e político brasileiro, deputado federal pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) do Rio de Janeiro pelo terceiro mandato consecutivo (2003-2006, 2007-2010 e 2011-2014).

poupança previdenciária para executar obras faraônicas desde meados do século passado (construção de Brasília, Transamazônica, Ponte Rio-Niteroi, entre outras). Ou, mais recentemente, no uso deste dinheiro para garantir superávits fiscais e pagar juros da dívida. Além disso muitos governos não pagam a cota-parte patronal, que, embora definida em lei, não é discriminada no Orçamento.

b) Confiscatória porque não há outra justificativa conceitual para a cobrança. O servidor ativo desconta 11% dos seus ganhos brutos para, depois, gozar a aposentadoria integral. Estes são os termos do contrato estabelecido pela lei. Voltar a ser taxado, quando no gozo da aposentadoria, é confisco. Não vale o argumento de que este tipo de cobrança já existe em alguns fundos, pois no caso o contrato é outro, onde o desconto é feito para um fim especificado: garantir pensão integral para os herdeiros.

c) Inconstitucional porque configura um caso típico de direito adquirido, cuja inobservância configura quebra de contrato que, se passar, poderá ser derrubada no Judiciário.¹⁴

Pensava o deputado, que, caso fosse aprovada a reforma, a mesma não passaria pelo crivo do STF. Porém, como se sabe, a reforma não só passou como virou emenda, mostrando que princípios são utilizados para legitimar decisões que flagrantemente servem para suprir necessidades particulares e atender a interesses que não são os da população.

Outra decisão bastante singular diz respeito ao Habeas Corpus (HC), julgado pelo STF, no qual se declara que o referido remédio é instrumento idôneo para impugnar a decisão que decreta a quebra de sigilo bancário, sob o argumento de que de tal procedimento pode advir medida restritiva à liberdade de locomoção.¹⁵

Também é usado de maneira abjeta o Princípio da Reserva do Possível, no sentido de desobrigar o Estado em situações em que prestações garantidas na Carta Maior são afastadas, sob a justificativa de falta de

¹⁴ http://www.chicoalencar.com.br/_portal/artigos_do.php?codigo=36, acesso em 26/10/11.

¹⁵ HC 81.294-SC, rel. Ministra Ellen Gracie, 20/11/01.

recursos. Eis o exemplo no qual se discute o fornecimento de medicamento à adolescente:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DIREITO À SAÚDE. LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. OBSERVÂNCIA DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL, E DAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS A RESPEITO DOS CRITÉRIOS DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO ÂMBITO DA SAÚDE. Em nosso ordenamento jurídico, o direito à saúde foi priorizado tanto pelo legislador constituinte quanto pelo legislador infraconstitucional, sendo responsabilidade do Estado (gênero) o fornecimento de medicamentos àqueles que dos mesmos necessitem observados, entretanto, os limites da reserva do possível, bem assim como os critérios de repartição de competências no âmbito da saúde, sob pena de prejudicar-se, ou até mesmo inviabilizar, o sistema público de saúde. ASTREINTES. DESCABIMENTO. ORIENTAÇÃO DA CÂMARA. Afigura-se descabida a cominação de multa por dia de atraso no fornecimento de medicamento, uma vez que tal imposição apenas contribui para o agravamento das finanças públicas, gerando novo ônus a ser suportado por toda a sociedade, sem atingir a efetividade almejada o provimento mandamental. AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO DO ESTADO AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. É descabida a condenação do Estado ao pagamento das custas processuais, uma vez que se trata de processo afeto à Justiça da Infância e da Juventude, onde as ações são isentas de custas, a teor

do disposto no artigo 141, §2º, do ECA. Agravo retido provido, e recurso de apelação provido. Apelação e Reexame Necessário Nº 70023896202, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 25/06/2008. (RIO GRANDE DO SUL, 2008).

Ademais, outro exemplo (bem resumido) de como argumentos plenamente legítimos são utilizados para ludibriar e justificar decisões parciais é o do julgamento do Recurso Extraordinário que julgou constitucional a exigência do exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para o legal exercício da profissão.¹⁶

Que fique bem claro que o objetivo aqui não é o de adentrar no mérito da questão. Porém, inevitável é a análise do argumento suscitado pelo eminente Ministro-relator, no caso em comento, o qual mostra descompasso entre o real objetivo do instituto e a aplicação do mesmo como argumento no case.

O eminente Ministro defende, em seu voto, ser o referido exame instrumento que atende à finalidade pretendida pela Ordem, qual seja, “o de proteger a sociedade dos riscos relativos à má operação do Direito”.

Daí, presume-se que os advogados já aprovados no exame são plenamente habilitados a exercer a profissão sem colocar em risco a má operação do direito. Correto? A resposta é desenganadamente negativa. Há exemplos de causídicos que, por falta de habilidade técnica, praticam verdadeiras atrocidades, prejudicando seus clientes.¹⁷ O próprio princípio da Perda de uma Chance¹⁸, oriundo do direito francês e utilizado comumente

¹⁶ RE 603583, julgado em 26/10/11, rel. Ministro Marco Aurelio.

¹⁷ <http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/perda-de-chance-tj-pr-condena-advogado-que-agiu>, acesso em 28/10/11 e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC. nº 591064837, 5ª Câmara Cível. Rel: Des. Ruy Rosado de Aguiar Junior, julgada em 29, de agosto de 1991.

¹⁸ Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável

como argumento nesses casos, é translúcido ao explicar o dano que um advogado pode causar ao seu representado.

Dessa forma, com base nesses pequenos exemplos, é notório o modo como o Estado por vezes se utiliza de princípios ou dispositivos, de forma escusa, para legitimar suas condutas baseadas em critérios pessoais. E o ativismo judicial mostra-se presente nessa questão, pois é inovando na interpretação da lei ou na aplicação de determinado instituto que se afere o grau de ativismo de determinado tribunal ou juiz.

Assim, constata-se que os casos apresentados foram decididos de forma pouco comum por seus julgadores. Ainda que, a priori, não exista uma real justificativa plausível para determinadas decisões, o que se busca de fato é atender a esses impulsos tratados acima, uma vez que os mesmos têm o objetivo de “marcar território”, deixando bem claro que a decisão do juiz/ministro é soberana, tentando afastar a ingerência de qualquer outra força decisória.

O Estado, representado aqui pelo judiciário, quando busca as lacunas da lei, interpretando vários princípios e dispositivos ao seu arbítrio, em favor de sua conveniência, avocando para si outras funções além da de julgar, demonstra para todos a força que detém, uma vez que obriga toda coletividade a cumprir as suas decisões.

O ativismo judicial é evidenciado pela inovação na aplicação de dispositivos, como já fora tratado. Tal inovação é motivada por outros fatores que não o puro e simples interesse de julgar ou de dizer o direito.

Dessa forma, é inevitável que algumas facetas do poder judiciário acabem por se mostrar cristalinas. Tais facetas são tratadas de maneira bem específica por Luis Roberto Barroso, em um tópico específico de seu artigo chamado “O juiz e suas circunstâncias: influências políticas em um julgamento”¹⁹, mostrando o que, de certa forma, leva o judiciário a atuar de

pela falha do advogado, e assim por diante. (CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 74/75.)

¹⁹ BARROSO, Luiz Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. p. 28

forma ativista. Com isso, a busca pelas lacunas nas leis dão azo à postura inovadora no ordenamento jurídico.

A primeira delas é a que diz respeito aos valores e ideologia do juiz. Muito mais do que pura aplicação da lei para a análise de determinado caso, o juiz é motivado a decidir impulsionado por vários fatores, defende Barroso.

Esses fatores, como personalidade, preferências, preconceitos, ou seja, sua “memória de vida”, levam o juiz a decidir extrapolando o que está descrito na letra da lei, valendo-se, portanto, de outras fontes, além da norma propriamente dita. Tal linha de análise ou maneira de se julgar é o que se chama de realismo jurídico.

Segundo Luis Alberto Warat, tal corrente tem seus métodos específicos que determinam como seus adeptos decidem. É deveras importante tal corrente, uma vez que a mesma defende ser mitigada a segurança jurídica, pois:

por realismo pode-se entender aquelas posturas jurídicas que relativizam os conteúdos jurídicos projetados na forma dos textos legais, buscando com isso a abertura da hermenêutica para outros valores jurídicos, é a busca da equidade (WARAT apud SPAREMBERGER, 1994, p. 57).²⁰

Nessa mesma esteira, Warat caracteriza o realismo como sendo a corrente em que as leis não solucionam todos os problemas; o sentido das normas dependerá do uso que os juízes darão as mesmas; a linguagem jurídica não é hermética nem auto-suficiente.

²⁰ WARAT, Luis Alberto apud SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Teoria da Argumentação Jurídica: uma análise da prova, da verdade e da sentença no Processo Penal, disponível em: <http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-penal/3644-teoria-da-argumentacao-juridica-uma-analise-da-prova-da-verdade-e-da-sentenca-no-processo-penal.html>, acesso em 28/10/11.

Assim, mostra-se evidente a conduta ativista na medida em que o juiz se utiliza de critérios os mais variados possíveis, relativizando a norma e aplicando-a além do entendimento “frio” e previsível do texto.

Em sentido contrário, o formalismo tende a uma postura mais comedida, ou seja, está mais atrelado aos conceitos descritos na lei. Nas palavras de Warat:

Por formalismo pode-se entender aquelas posturas jurídicas que tendem a conservação ou sedimentação dos conteúdos projetados nas formas dos textos legais. É o fechamento da hermenêutica para todos valores jurídicos, para se preservar a idéia de segurança jurídica (WARAT apud SPAREMBERGER, 1994, p. 52).

Warat caracteriza o formalismo como sendo a corrente em que os códigos não deixam nenhum arbítrio ao intérprete; as soluções para o caso devem ser encontradas dentro do próprio sistema jurídico; a linguagem jurídica é forma e, portanto, possui um unívoco sentido; a ciência jurídica deve estudar, sem formular juízos de valores, o direito positivo vigente.

Com isso, acredita-se restar claro que, com a emergência da aplicação do método realista nas decisões, mais do que qualquer outra coisa, conhece-se da decisão do juiz antes mesmo dela ser exarada, uma vez que já se sabe de suas preferências e ideologias.²¹

O segundo apontamento feito por Barroso acerca dos elementos que influenciam as decisões dos juízes é a interação com outros atores políticos e institucionais. Aqui, o doutrinador defende que os julgadores como um todo, sobretudo o STF, sofrem com a influência de agentes externos quando vão decidir.

Tal afirmação se justifica pelo fato justamente da interação inevitável que existe entre os poderes e os demais organismos existentes nos país que a

²¹ BORK, Robert H. Coercing virtue: the worldwide rule of the judges, 2003, p. 9.

todo tempo, nos casos a serem julgados, clamam pelo atendimento aos seus interesses.

No próprio caso retro citado do recurso que decidiu sobre a constitucionalidade do exame da Ordem, é flagrante o interesse de vários agentes na decisão. Em verdade, havia setores interessados tanto na manutenção como na extinção do referido exame. Porém, como acontece na conhecida brincadeira de cabo de guerra, vence o lado mais forte, ou, no caso, o que detém maior influência.

No caso da interação com outros atores políticos, o eminente doutrinador defende que existe verdadeiro movimento por parte da Corte Suprema com objetivo de se auto-afirmar, mantendo – num primeiro momento – e expandido a sua área de atuação.

A manutenção, argumenta Barroso, dá-se na medida em que o Tribunal decide determinadas questões em que sua competência é posta à prova, ratificando a sua abrangência para a análise da questão e, por vezes, modificando o entendimento para que prevaleça sua visão.²²

Já a expansão é evidenciada em situações nas quais a Corte, aproveitando-se da inércia do poder legislativo, por exemplo, inova no ordenamento através de entendimentos de cunho ativista na aplicação de alguns dispositivos, uma vez que cria o direito e atua como legislador positivo, usurpando função que não lhe compete.²³

Outro item relevante na busca pelos elementos que influenciam as decisões dos juízes é a perspectiva de cumprimento efetivo da decisão. Tal item é de extrema importância para a análise quanto à postura tanto do cidadão como do Estado no que pertine ao não cumprimento da lei. Nesta situação, o Estado – na figura do judiciário – não cumpre a lei – no caso, a Constituição quando atua legislando – mas não quer que a “sua lei”, isto é, a sua decisão seja descumprida.

²² STF, DJ 19 Dez. 2006, ADIn 2.797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

²³ STF, DJ 18 dez. 2009, ADC 12, Rel. Min. Carlos Britto, STF, ADPF n.º 54, Rel. Min. Marco Aurélio e STF, ADPF n.º 132, Rel. Min. Carlos Britto.

Ocorre que os membros do poder judiciário não querem que aconteça o mesmo evidenciado com o poder legislativo: ver suas decisões não sendo cumpridas ou sendo aplicadas de forma diversa da pretendida originalmente.

Insta salientar que o contrário – judiciário modificando a vontade do legislador e aplicando a norma ao seu alvedrio – não é encarado como prejudicial pela maioria dos juízes, mas sim como resultado da dinamicidade, mutabilidade ou qualquer outro argumento que legitime a postura ativista. Porém, ver uma decisão judicial não ser cumprida é uma afronta a todo e qualquer juiz, independente da corrente ou pensamento utilizado por este.

Como penúltimo item, Barroso cita uma situação em que a influência no julgamento se dá em virtude de circunstâncias internas dos órgãos. No caso do STF, Barroso fala da publicidade inerente às votações da Corte. Talvez – e essa não é a opinião de Barroso, mas sim do autor deste trabalho – caso as decisões fossem sigilosas e diversas do modelo agregativo cada Ministro sentir-se-ia mais à vontade para explanar o que de fato pensa sobre o assunto.

O fato é que, uma vez sendo públicas as sessões, parece, data máxima vênia, que os Ministros são verdadeiros deuses e que têm de se mostrar assim para aqueles que os assistem, sempre irretocáveis e supostamente muito seguros de suas decisões. Da mesma forma, ao vestirem as togas tomares seus lugares, incorpora o espírito daquele responsável por dar a última palavra e selar o destino de todos aqueles que, por ventura, venham a ser atingidos por tal decisão. Se, por acaso, tal aparato televisivo não fosse tamanho, teriam as decisões a mesma relevância?

Finalmente, o último apontamento acerca do que pode influenciar a decisão de um juiz é sobre a opinião pública. Como critério inerente atrelado ao judiciário diz respeito ao contramajoritarismo, é com parcimônia que o STF deve decidir suas questões, sob pena da sociedade encontrar mecanismos para que não cumpra tais decisões. Dessa forma, tal apontamento mostra-se umbilicalmente ligado ao cumprimento efetivo da decisão, pois é da união entre

adesão da sociedade e efetiva obediência ao que determina o Tribunal que se mantém o respeito ao órgão.

Nota-se que todos os tópicos têm profundas relações com o tema ativismo e também com a judicialização das questões políticas e sociais, de modo que o Estado se vale de vários dispositivos para legitimar as suas decisões.

Assim, essas influências políticas aceleram sobremaneira a postura ativista do tribunal, visto que extrapolam critérios técnicos e, por conseguinte, adentram no mundo extra-jurídico.

Além disso, fica claro que o Estado é influenciado, e por vezes até pressionado, a atuar além de seus limites, ainda que sua força seja muito maior. Assim, a ligação entre a busca pelas lacunas das leis e o ativismo dá-se na medida em que o Estado interpreta a norma da maneira que bem entende – tentando legitimar através de dispositivos válidos – e, nessa empreitada, acaba inovando no ordenamento.

Em que pese considerável carga crítica ser destinada ao judiciário, vale salientar que o referido poder só reproduz práticas pretéritas. Gustavo Binenbojm analisa de forma detida os alicerces do direito administrativo, desconstruindo várias ideias já solidificadas no pensamento dos operadores do direito.²⁴

A visão exposta por Binenbojm ratifica o entendimento defendido neste trabalho, no sentido de que vários dispositivos são usados não para disseminar seus reais objetivos, mas sim para ampliar a atuação estatal, sufocando as demais vozes do Estado democrático, uma delas a população. Diversos são os institutos administrativos utilizados com tal finalidade.

O princípio basilar da supremacia do interesse público, utilizado como pedra fundamental do direito administrativo é, na verdade, garantidor de práticas alheias aos ditames da lei. Vale-se de tal prerrogativa, ou seja, a suposta busca pelo interesse da coletividade, para colocar-se num patamar superior ao particular.

²⁴ BINENBOJM, Gustavo. Op. Cit.

A administração é entendida como quem busca o interesse geral, e este suplanta qualquer outro interesse particular. Daí tamanha superioridade. Com isso, livre é o caminho para lançar mão de condutas incompatíveis com a lei.

Segundo o autor, define-se de várias forma o que vem a ser interesse público sem, contudo, atrelar tal postulado aos ditames constitucionais, garantindo a sua não vinculação à Carta Maior.

Outro exemplo é o da discricionariedade administrativa – que se mostra cada vez mais como regra – e surge justamente para vilipendiar um dos princípios mais importantes da seara administrativa: o da legalidade.²⁵

Porém, exemplo mais contundente de como o Estado se utiliza de instrumentos criados legitimamente para atingir objetivos escusos é a da criação das agências reguladoras. Essa criação coroa o que Maria João Estorinho chamou de “fuga do direito administrativo para o direito privado” (*Flucht in das Privatrecht*).²⁶

Toda a ideia que norteava a criação das agências, como centros de verdadeira competência técnica, capaz de emprestar maior celeridade e eficiência às atribuições nas respectivas áreas, demonstra-se verdadeira desculpa para aumentar sobremaneira a o viés privado sob o qual se encontra o direito administrativo. Totalmente explicável é o rumo dado a tal ente da administração indireta.

Ocorre que, com a descentralização, cada agência teve incremento no que tange à sua autonomia. Dessa forma, quanto menor a ingerência sobre a mesma, maior é o grau de decisão de seus membros, tornando a agência verdadeira “empresa privada”, sob a qual se tem menos controle. Uma manobra muito perspicaz. Utiliza-se o argumento da atividade ser tão específica que quase ninguém pode interferir, uma vez que não possui conhecimento técnico para tal.

²⁵ Sabe-se que, em que pese serem os atos discricionários limitados, os mesmos são utilizados em larga escala atualmente, maculando a legalidade.

²⁶ Maria João Estorinho apud BINENBOJM, Gustavo. Op. Cit., p. 20.

Dessa forma, todos esses exemplos e argumentos utilizados pelos autores citados, servem para corroborar o entendimento de que o Estado é, hodiernamente, reproduzidor de práticas antigas, mas que têm sempre o mesmo objetivo.

Vários dispositivos concentram, na verdade, ideias diferentes daquelas disseminadas. Tais ideias, ou paradigmas, caem por terra e servem para mostrar o real interesse na criação de determinados institutos.

Nessa esteira, entende-se que a postura do Estado de justificar suas decisões através da modelagem de princípios e dispositivos a seu favor não é novidade. Da mesma forma que princípios foram construídos com objetivos totalmente diversos do que entendemos hoje, o Estado também utiliza um sem-número de dispositivos em sentido “inovador” (para não dizer avesso) ao entendimento assentado.

O Estado pratica então, o ativismo judicial, na medida em que inova legislando positivamente, usurpando a função legiferante, ou dando interpretação avessa ao texto legal, com o objetivo de incutir nos seus jurisdicionados legitimidade em determinada conduta ou decisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luiz Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. p. 28

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização, p. 203.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 74/75.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade I**, Friedrich Muller. p. 160.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez?** O Outro Lado do Supremo Tribunal Federal. Ed. Fórum, 2010, p. 40.

PIOVESAN, Flavia. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** *In*: Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 567-607.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. **Teoria da Argumentação Jurídica**: uma análise da prova, da verdade e da sentença no Processo Penal, disponível em: <http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-penal/3644-teoria-da-argumentacao-juridica-uma-analise-da-prova-da-verdade-e-da-sentenca-no-processo-penal.html>, acesso em 28/10/11.