O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?

A coluna de hoje vem no (contra)fluxo do texto de Luiz Werneck Vianna (*leia aqui*), que diz não haver limites na patologia que é a judicialização da política. Diz que o Supremo Tribunal Federal atravessou o Rubicão com a recente judicialização do rito do *impeachment*.

Esse é um assunto que me é caro. Venho batendo nele de há muito. De pronto, penso que Werneck Vianna mais se refere ao ativismo judicial do que propriamente à judicialização da política. E se sua crítica se limitar a essa parte específica da "política", penso que fica de fora a maior parte do problema. O problema do ativismo é muito maior do que da judicialização. Isto porque Werneck coloca ativismo e judicialização no mesmo patamar ou não faz diferença entre os dois. Penso que isso é um problema, como explicarei na sequência.

Há uma diferença entre esses dois fenômenos, ao menos no Brasil. O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais. É como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim e pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam guarnecidos por uma Constituição normativa. Por isso, é possível observá-la em diversos países do mundo. Aliás, ainda recentemente viu-se isso na Alemanha e nos Estados Unidos. Por vezes, para a preservação dos direitos fundamentais, faz-se necessário que o Judiciário (ou os Tribunais Constitucionais) seja chamado a se pronunciar, toda vez que existir uma violação por parte de um dos Poderes à Constituição. Portanto, a judicialização decorre de (in)competência — por motivo de inconstitucionalidades — de poderes ou instituições.[1]

A questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental *lato sensu* com relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado. Por isso que afirmo, como

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

já o fiz em outras oportunidades, que a judicialização é contingencial. Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições.

O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretenso "avanço" seja para manter o *status quo*).

Assim, de uma questão que sofreu judicialização pode-se ter como consequência uma resposta ativista, o que é absolutamente ruim e censurável numa perspectiva de democracia normativa. Todavia, é possível afirmar que existem casos de judicialização nos quais a resposta oferecida pelo judiciário é adequada à Constituição, concretizadora de direitos fundamentais e/ou procedimentos guarnecedores da regra democrática e que, portanto, não pode ser epitetada de ativista. Afinal, como diz Marcelo Cattoni, em seu *Devido Processo Legislativo* (Editora Forum, 3ª. Ed), há situações em que a jurisdição constitucional deve ser agressiva no sentido da garantia dos direitos fundamentais.

Esclarecido isso, apenas agrego que, lendo o texto de Werneck Vianna, tem-se a impressão — ou corre-se o risco de quem alguém possa tê-la — de que a judicialização (sempre) é ruim. Neste ponto, embora o Professor tenha uma visão crítica relevante acerca da relação entre os Poderes, a crítica à judicialização — sem a distinguir do ativismo —, pode enfraquecer sobremodo a jurisdição constitucional. A menos que venhamos a aderir a uma postura mais radical, da qual Jeremy Waldron é um dos expoentes — no sentido de que questões políticas e morais polêmicas, a respeito das quais haja um *desacordo razoável* estabelecido na comunidade política, não devam, por princípio, ser resolvidas pelo Poder Judiciário.

Há uma pergunta fundamental que deve ser feita e que pode dar um indicador se a decisão é ativista: a decisão, nos moldes em que foi proferida, pode ser repetida em situações similares? Há outras perguntas que podem ser feitas, conforme explicito em *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica* (4ª. Ed, RT). Sendo essa primeira resposta um "não", há fortes indícios de que estejamos a ingressar no perigoso terreno do ativismo. Veja, nesse sentido, acórdão da lavra do Desembargador Alexandre Freitas Câmara, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em que essa questão é discutida (*ver aqui*).

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Aqui na **ConJur**, em coluna do Observatório de Jurisdição Constitucional (*leia aqui*) , escrevi acerca do grau de ativismo existente no país, mormente na Suprema Corte. Dizia, então, que uma decisão é ativista até mesmo quando, por exemplo, concede a metade da herança para a concubina-adulterina, assim como é ativista uma decisão que diz que é juízo discricionário dizer se pode haver prova antecipada no caso do artigo 366 do CPP. Também foi ativista a decisão do STF no caso das uniões homoafetivas (não gostaria de debater o mérito desse assunto, novamente — apenas cito a decisão como amostragem de ativismo, nada mais). E sobre terras indígenas. E o caso Donadon no MS 32.326. E o que dizer do Estado deCoisas Inconstitucional (ECI)? Assim, o direito à saúde pode ser concedido por decisões queconcretizam adequadamente o direito… como também por decisões ativistas. Por exemplo, conceder umtratamento que consumirá um terço do orçamento do município é um caso de judicialização que acabaem ativismo. Um exemplo explícito de ativismo: foi ativista de concessão da pílula contra o câncer, queprovocou uma corrida ao judiciário. No mais, decisões *contra legem* são práticas ativistas, porque, nessecaso, o juiz se assenhora da lei e coloca os seus juízos pessoais no lugar dos do constituinte e/ou dolegislador ordinário. Também é ativista decisão que confunde explicitamente os conceitos de texto enorma (*leia aqui*), remetendo o direito aos cânones formalistas.

Entendam-me bem: nem toda resposta juridicamente errada é, por ser errada, ativista; aliás, a postura pode ser ativista e, a resposta jurídica, correta. A questão é que, *pelo só fato de ser ativista*, há um problema de princípio que a torna errada, na sua formulação. É uma questão de dever judicial.

Igualmente é uma confissão de ativismo quando se diz que o Supremo Tribunal é a vanguarda iluminista do país, porque ele, o Supremo, teria vocação para "empurrar a história". Decisões no plano da jurisdição constitucional objetiva costumam correr menos risco de ativismo, embora possam, sim, a pretexto de judicialização em face de contingências, ingressar nesse terreno. Por outro lado, o STF (ou outros tribunais) podem declarar a inconstitucionalidade de leis em alto índice e ainda assim, necessariamente, tal atitude não ser, necessariamente, ativista. Se as leis forem inconstitucionais, é bom para a democracia — ou, diria, condição de possibilidade dela — que sejam assim declaradas nulas. Ativismo ou judicialização não se capta a partir do código "constitucional-inconstitucional" e tampouco do código "ação deferida-ação indeferida". Os conceitos de ativismo e judicialização que explicito é que dão o limite do sentido e o sentido do limite da discussão. Se lermos as críticas à judicialização de modo radical como o faz Werneck Vianna, correremos o risco de criticar até mesmo decisões em ações diretas de inconstitucionalidade que nulificam leis que ferem a Constituição. De novo: por isso uma coisa é o ativismo; outra, a judicialização.

É nesse caldo de cultura que andei refletindo sobre esse enorme contingente de decisões cotidianas sobre as quais não há controle e das quais pouco se fica sabendo, a não ser que envolva assuntos polêmicos com autoridades em geral ou causas com apelo social, aptos a bombar em redes sociais. Os próprios textos legais, quando dão azo ao livre convencimento, livre apreciação da prova, ponderação de valores, interesses, etc, são claros incentivos a essas práticas que, de judicialização pouco tem, mas tem muito de ativismo. Neste ponto, falha a doutrina ao não criticar adequadamente estes "incentivos legislativos ao ativismo".

Numa palavra, quando um magistrado diz que julga "conforme sua consciência" ou julga "conforme o justo" ou "primeiro decide e depois vai encontrar um fundamento" ou ainda "julga conforme os clamores da sociedade", é porque está repetindo algo enraizado no imaginário jurídico. Um

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

comportamento que se naturaliza leva muitos anos para “desnaturalizar”. Transforma-se em dogmática, eliminando o tempo e as coisas (cronofobia e factumfobia). O que ocorre é que não queremos admitir que ideologizamos — para usar uma palavra suave — a aplicação da lei no país. Isso é facilmente verificável no conjunto de decisões. A “ideologia” de que falo está nas práticas puramente consequencialistas e/ou teleológicas (o que dá no mesmo no frigir dos ovos — e sobre ovos falarei mais adiante). Basta examinarmos a jurisprudência de turmas, câmaras ou tribunais como um todo: por vezes se apela à clareza da lei (até utilizando a velha metodologia de Savigny, que, cá para nós, não tinha nem um apego ao legislador e nem à lei), em outras, no mesmo dia, diz-se que a lei é só a ponta do iceberg, “essa lei é injusta”, “os fatos sociais foram adiante da lei”, “o contexto social fala mais alto” ou, ainda, simplesmente, lança-se mão de princípios fofos-líquidos-ducteis para justificar a tal primazia desse(s) princípio(s) sobre uma regra jurídica votada pelo Parlamento. Só que tudo isso é dito para cima e para baixo, isto é, os mesmos julgadores que apelam à uma pretensa literalidade, lançam mão, em outros momentos, de um arcabouço de argumentos morais para corrigir a legislação. E, assim, a moral corrige o direito (d’onde pergunto: e quem corrigirá a moral?). Por exemplo, o mesmo tribunal que considera claro um dispositivo do CPP no que tange à oitiva de testemunhas, considera que mais de um ano e meio de prisão preventiva configura apenas um pequeno atraso e isso justifica a manutenção da prisão cautelar. De outro lado, não é difícil para um tribunal sustentar que é possível usucapião em terras públicas, sob o argumento de que a União não comprovou que a área é importante para a estratégia nacional. Entretanto, o tribunal não se dá conta de que essa decisão, levada a ferro e fogo, em termos de coerência e integridade, pode colocar por terra (sem trocadilho) o próprio dispositivo constitucional que trata de terras públicas. Onde está a “clareza” ou a “obscuridade” nesses casos e outros milhares? Aliás, como já referi no caso do rito do impeachment, votos vencedores e vencidos invocaram a literalidade do texto constitucional. E, então?

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Por exemplo, fiquei pensando em como conciliar esse enorme leque de decisões que, por vezes olhadas isoladamente, até nem parecem “tão ativistas” e, quiçá, teleologicamente corretas. Entretanto, comparando com outras sobre matéria similar, acende a luz amarela, piscando para a vermelha. Há diasli na **ConJur** — sentença, aliás, festejada em todo o país — que um juiz federal absolveu um refugiado sírio por ter falsificado seu passaporte. Ele tinha recebido visto de refugiado e agora queria ir para a Inglaterra. A sentença não dá detalhes sobre algumas questões arroladas, como comprovação de que o refugiado não conseguira trabalho, sua irmã morando em Londres etc. (deve estar nos autos, mas nãoestá na decisão). A absolvição se deu, com a aquiescência do Ministério Público Federal (MPF), sob atese da inexigibilidade de outra conduta. Teleologicamente a decisão pode estar correta. Mas essa podeser uma opinião moral[2] sobre o caso. Como responder a perguntas como “Mas não havia mesmo outraconduta ao refugiado seguir”? “Não havia outra conduta a se exigir de alguém que recebe o visto derefugiado”? Ele “tem de falsificar sua saída”? “Isso é conduta diversa”? “Em casos similares, essadecisão pode ser repetida”? “E se vale para refugiados, outras pessoas poderão falsificar passaportes”?“O problema está na pessoa do refugiado ou no tipo penal”? “O direito penal é do fato ou do autor”? Naverdade, quando nos interessa, alegamos que o direito penal é do fato… Mas por vezes, queremos queseja do autor, mesmo que esse mesmo argumento (moral), em outras circunstâncias, possa ser um tiro nopé. Vejam os leitores: Como disse, posso concordar com o resultado, mas a fundamentação não meconvence. Veja-se: dias antes, o mesmo juiz condenou um estrangeiro por transportar quatro ovos deCondor, ave considerada em extinção. A pena chegou a mais de um ano por ovo, por assim dizer. Sim,sei que é crime ambiental. A questão não é saber se o resultado foi correto. A questão é saber se ambasdecisões podem ser corretas, jurídica e constitucionalmente falando.

Ao mesmo tempo, o STJ concede liminar em reclamação dizendo que o ato de entregar automóvel a terceiro é um crime de perigo abstrato. Pior: a comunidade jurídica, impregnada da síndrome de Ettiene de la Bottié (falarei no final sobre isso), não se dá conta de que, com esse tipo de decisão em sede de reclamação, estabeleceu-se um sistema cassatório, por aqui, por intermédio de um instituto que não é recurso. A comunidade jurídica esquece que a reclamação surgiu para preservar a autoridade de decisões, só que acabou por se transformar — darwinianamente — em um instituo que vincula a jurisprudência. O que é um texto jurídico, afinal? Poderia também falar das inúmeras decisões reconhecendo vários pais para o mesmo filho, avós em dobro, tornozeleira para pena de 13 anos… Logo teremos o registro de tios, tias e padrinhos. Tudo em nome da felicidade e da afetividade. Sim: o utente poderá alegar que é um direito fundamental seu ter o registro de uma madrinha determinada no seu registro de nascimento. Repito a pergunta: O que é um texto jurídico, afinal?

Daí a pergunta que deve ser respondida: O Direito, ao fim e ao cabo, é o que dele se diz por aí ou, melhor, ele é o que o judiciário diz que ele é? Mas se isso é assim, se já se “naturalizou” essa concepção, porque continuamos a estudar ou escrever sobre o Direito? Não seria melhor deixar que “quem decide é quem sabe”?

Talvez o que falte é sabermos, mesmo, de verdade, se podemos ou não falsificar passaportes, se casa de prostituição é crime (e não só nas pequenas cidades), se podemos ou não pegar ovos do falcão, se podemos ou não entregar um carro (e se se exige ou não o perigo concreto, já que o terceiro só responde concretamente, por mais paradoxal que isso possa parecer), quanto tempo alguém pode ficar preso preventivamente, o que é isto — a hipossuficiência que está claramente posta na CF… enfim, bem que

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

gostaríamos de saber antes, pelo menos, a partir de uma certa tradição, e não ficarmos apenas discutindo "o depois", isto é, ficar discutindo restos de sentido, verbetes, ementas, súmulas… e sermos simplesmente "profetas do passado". E a doutrina se transformar em simples glosas do que os tribunais-disseram-sobre-a-lei. O que será que queremos, mesmo? Etienne de la Botié nasceu em 1530 e morreu em 1563. Escreveu uma obra clássica: *O Discurso da Servidão Voluntária.* Parece ser uma obra escrita para a comunidade jurídica brasileira.

[1] Essa diferença entre ativismo e judicialização é de fundamental importância. Não me parece que se possa fazer uma critica adequada se confundirmos os dois conceitos. A menos que tudo seja considerado judicialização, o que diminuiria sobremodo o papel da jurisdição, mormente em países periféricos. Nesse sentido, os trabalhos de Vanice do Valle e José Ribas Vieira, além de Clarissa Tassinari. Esse problema do ativismo afeta à democracia, havendo excelentes estudos acerca dessa pauta de autores como Marcelo Cattoni, Gilberto Bercovi, Martonio Barreto Lima, Otavio Luiz Rodrigues Jr, Rafael Tomaz de Oliveira, Geroges Abboud, André Karam Trindade, Alexandre Morais da Rosa, entre outros.

[2] Por exemplo, é um bom exercício buscar compatibilizar essa apreciação sobre o fato (absolvição pelo crime de falsificação de passaporte) confrontando-a com decisão sobre refugiados como a recentemente proferida pelo TRF4: http://www.conjur.com.br/2016-jan-04/familia-nao-visto-refugiado-nao-estar-brasil.

Date Created
07/01/2016

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.