

O Ativismo Judicial e o (Des)Ordenamento Jurídico-Constitucional

Simone Dalila Nacif Lopes

Juíza de Direito e membro da AJD.

Apesar da expressão de valores e princípios humanísticos no bojo da Constituição formal, a desigualdade social é uma realidade em nosso país, num abismo que se aprofunda com a precariedade do sistema educacional, com a péssima distribuição da renda que agiganta a miséria e concentra o poder econômico nas mãos de pouquíssimos privilegiados¹,

Mesmo sendo a Constituição da República dotada de cogência e normatividade que impõe a vinculação da atividades administrativa, legislativa e judicial a seus valores, princípios e normas que se aplicam diretamente aos fatos concretos.

Na lição de Konrad Hesse:

“Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung).

(...)

A força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa. Como demonstrado, daí decorrem seus limites. Daí resultam também os pressupostos que permitem à Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa. Esses pressupostos re-

¹ NACIF LOPES, Simone Dalila. "Direito fundamental à moradia - critério inarredável de interpretação das normas jurídicas e de incremento da função social da posse". Prelo

ferem-se tanto ao conteúdo da Constituição quanto à praxis constitucional.”²

Note-se que os direitos e garantias fundamentais são dotados de superioridade normativa e axiológica no ordenamento jurídico, vinculando inexoravelmente o legislador infraconstitucional, o administrador público e, de resto, todos os indivíduos em suas relações interpessoais.

Não só servem de paradigma para o controle vertical de constitucionalidade de leis e atos administrativos, mas também possuem uma eficácia horizontal que impõe a observância das garantias constitucionais nas relações de direito privado, operando a publicização do direito privado, amplamente reconhecida nas decisões dos Tribunais Superiores (RE 210.819/RJ-STF).

No entanto, notadamente à míngua de suficientes programas sociais para o efetivo cumprimento do comando mandamental de erradicação da pobreza e redução da desigualdade inserto no artigo 3º, III, da Lei Maior, como objetivo fundamental da República do Brasil e no seu artigo 170, VII, enquanto princípio geral da atividade econômica, diante das flagrantes e inegáveis discrepâncias sociais, verifica-se que a normatividade constitucional se apresenta vulnerável com cotidianas e flagrantes violações dos direitos humanos.

Tudo isso implica na judicialização de questões nevrálgicas da sociedade, na provocação do Poder Judiciário para decidir sobre direitos que já deveriam ter sido assegurados pelo poder público, como a saúde, por exemplo.

Como leciona o professor Lenio Streck:

“A questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição.”³

É bem de ver que a judicialização decorre do amplo acesso ao Poder Judiciário em nosso modelo democrático. E assevera o professor Streck:

“(...) existem casos de judicialização nos quais a resposta oferecida pelo judiciário é adequada à Constituição, concretiza-

2 HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição** (*Die normative kraft der verfassung*), tradução Gilmar Ferreira Mendes – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. P. 19/20.

3 STRECK, Lenio Luiz. <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo>.

*dora de direitos fundamentais e/ou procedimentos guardadores da regra democrática (...)*⁴

A judicialização, porém, pode resvalar para o ativismo judicial, dando azo a que o julgador transborde da sua vinculação ao ordenamento jurídico positivado.

Admite-se, é verdade, o ativismo judicial tão somente para resguardar direitos e princípios fundamentais, pois, como menciona o professor Lenio Streck, citando Marcelo Cattoni, “(...) há situações em que a jurisdição constitucional deve ser agressiva no sentido da garantia dos direitos fundamentais.”⁵

A professora Gisele Cittadino explica que “são muitos os autores que, por reservar aos tribunais a função de estabelecer uma síntese interpretativa dos valores constitucionais forjados pelo povo, não manifestam qualquer temor de que o processo de judicialização da política venha a atuar contrariamente ao ‘império da lei’ e seus fundamentos democráticos.”⁶

No entanto, a criação dessa cultura de ativismo judicial é perigosa à ordem democrática na medida em que a “vontade do magistrado substitui o debate político.”⁷

Ou seja, o juiz, cuja função é a de declarar a norma jurídica aplicável ao caso concreto, acaba por inovar no ordenamento jurídico, criando normas jurídicas em verdadeiro exercício de função constitucional anômala à sua.

Mas a função jurisdicional é vinculada ao ordenamento jurídico-constitucional e não discricionária. Ao prolatar uma decisão, o juiz não pode exercer um juízo de conveniência e oportunidade para afastar direitos e garantias estabelecidos expressamente na Lei Maior ou “outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”⁸

Desse modo, não raro se admite que o magistrado amplie sua função e adentre a esfera política, efetivamente exercendo escolhas políticas, com vistas a resguardar princípios e valores constitucionais. É o que ocorreu nas decisões que determinaram o fornecimento da pílula para o tratamento do câncer com o evidente fim de resguardar a saúde e a vida do requerente; na decisão do STF sobre uniões homoafetivas e sobre

4 STRECK, Lenio Luiz. Ob. Cit.

5 STRECK, Lenio Luiz. Ob. Cit.

6 CITTADINO, Gisele. http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf.

7 STRECK, Lenio Luiz. Ob. Cit.

8 Art. 5º, § 2º, da Constituição da República.

terras indígenas; na que declarou o Estado de Coisas Inconstitucional.⁹ Aliás, a própria declaração de inconstitucionalidade de leis consiste em provimento ampliativo da função jurisdicional.

No entanto, na medida em que, por razões outras que não sejam as normas democraticamente produzidas em regular processo legislativo com observância dos valores e princípios constitucionais, o magistrado dá uma solução ao conflito movido por suas convicções pessoais, com restrição, negação ou “flexibilização” de direitos/garantias fundamentais, está ele se desviando da finalidade de sua função e substituindo a vontade popular com violação da separação harmônica entre os Poderes da República e da normatividade constitucional.

Como já salientado alhures:

“Ocorre que, numa sociedade com diferenças acentuadas, notadamente aquelas que optaram pelo modelo capitalista, há uma permanente tensão entre ideologias diversas e, muitas vezes, opostas.

Superficialmente definida como o conjunto de ideias que mantém o status quo, a ideologia dominante tem índole conservadora e serve às classes detentoras de poder econômico, político, social, em constante vigília para a manutenção da hegemonia das forças reais do poder que se sentem constantemente ameaçadas pelos ideais de contracultura, que buscam fortalecer o descapitalizado, resguardar direitos e garantias humanitárias, diminuir a desigualdade, assegurar liberdades.

E o juiz? Onde se insere o juiz? Em que meio foi educado? De que janelas olhou o mundo até chegar ao silêncio de seu gabinete diante daquele processo em que disputam, de um lado o crédito, a propriedade, o poder econômico e, na outra ponta, a posse para fins de moradia?

E está livre o juiz, no exercício de sua função, para fazer impor a ideologia hegemônica, aplicando a lei de modo a restringir direitos humanos? Pode o magistrado inserir nas decisões suas convicções de classe em prejuízo dos valores constitucionais?

⁹ Todos exemplos dados pelo professor Lenio Streck no texto antes mencionado.

Há Justiça em fortalecer o poderoso e oprimir o desvalido?

Não!

A independência funcional do magistrado não o autoriza a prolatar decisões desvinculadas dos valores que instruem o ordenamento jurídico-constitucional ao que ele está indissoluvelmente vinculado.”¹⁰

Apesar disso, o canto da sereia foi ouvido nesse processo crescente de judicialização com progressiva ampliação da atividade judicial traduzida em ativismo. Segundo o constitucionalista Streck:

“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.”¹¹

Nesse processo, vão se sucedendo decisões que determinam a desocupação de imóveis antes abandonados e agora utilizados para fim moradia, colocando-se dezenas de famílias na rua ao desabrigo, sonegando-lhes o direito fundamental de segunda dimensão erigido a garantia constitucional no artigo 6º da Carta Magna.

Exemplo disso são as decisões para a desocupação da favela da Telerj e para a realização das obras das Olimpíadas.

Também no âmbito das relações econômico-financeiras, no direito do consumidor, em que magistrados do país todo decidiam de maneira favorável ao consumidor, parte presumidamente vulnerável, o Superior Tribunal de Justiça, em incidente de uniformização de recurso repetitivo, estabelece precedentes (vinculantes segundo o novo CPC) em sentido diametralmente oposto e em consonância com os interesses do fornecedor de produtos e serviços. É o que ocorreu com as tarifas bancárias, com as tarifas de esgoto no Rio de Janeiro e com os contratos de telefonia, por exemplo.

E tais violações da ordem jurídico-constitucional não se restringem ao âmbito cível, recebendo um contorno muito mais grave na esfera criminal.

10 NACIF LOPES, Simone Dalila. "Direito fundamental à moradia - critério inarredável de interpretação das normas jurídicas e de incremento da função social da posse". Prelo

11 STRECK, Lenio Luiz. <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo>.

Em recente aula inaugural do Curso de Direito Social organizado pelo professor Miguel Baldez e promovido pelo Fórum de Direitos Humanos da EMERJ, presidido pelo professor e desembargador Sérgio Verani, o professor José Geraldo de Souza Junior salientou que o autoritarismo está no cerne das relações sociais brasileiras, no modo de vida e na maneira de cada um se definir em cada grupo de que participa, de modo que há dominação desde a família, passando pelas relações de trabalho até a interação indivíduo-Estado.

Sendo assim, ante o crescente conservadorismo que vivemos, com uma alarmante perda de reserva pelas pessoas que expressam seus preconceitos e ódios pelas diferenças, evidenciando-se demarcada uma despuerada luta de classes, a feição autoritária de nossa sociedade encontra a mais perversa manifestação no Direito Penal, com criminalização de movimentos sociais e de modos de vida que não se enquadrem numa concepção heteronormativa.

Nesse passo, com a disseminação da falsa premissa de que o Direito Penal é solução dos problemas sociais, notadamente de segurança pública, sem um aprofundado debate pelos diversos setores, a Judicialização e o conseqüente ativismo judicial nessa seara acaba por constituir em mecanismo de desconstrução do Estado Democrático de Direito.

Ora, privar uma pessoa da liberdade em decorrência de um crime somente é admitido por nosso ordenamento jurídico quando observado estritamente o devido processo legal.

Vale dizer que o réu de um processo criminal é cercado de garantias a partir do momento de definição do delito que lhe é imputado, dada a função garantidora do tipo, devendo ser assegurada a ampla defesa e o contraditório, com observância de todo o rito legalmente previsto.

Porém, muitas decisões em todo o país vêm sendo prolatadas sem o resguardo das mínimas garantias individuais do réu, verdadeiro arcabouço de proteção contra o abuso de poder estatal.

Assim, são decretadas prisões provisórias, sem demonstração concreta de sua necessidade para a instrução do processo ou para a garantia da aplicação da lei penal, mas, não raro, repetindo mecanicamente o texto legal ou em razão da “crescente criminalidade urbana”, para “evitar que o indiciado cometa outros crimes” ou “porque ele não demonstrou exercer atividade laboral lícita, permitindo presumir que faz do crime seu meio de vida”.

Isso num país em crise econômica em que o amplo emprego ainda não é uma conquista sedimentada, segundo os dados estatísticos diariamente divulgados pela mídia.

Presunções contra o réu e fundamentações genéricas e abstratas que podem ser lançadas em qualquer caso e que levam o Brasil a ter a quarta maior população carcerária do mundo:

“Nos últimos 15 anos, a população carcerária no Brasil aumentou 160%, atingindo mais de meio milhão de presos em 2014. O aumento no número de presos não foi seguido por aumento de capacidade prisional, que pode hospedar pouco mais da metade da população carcerária atual.”¹²

E ainda se afirma, irrefletidamente, que o Brasil é o país da impunidade.

Diuturnamente, em todo o Brasil, é ignorado o comando constitucional de fundamentação das decisões judiciais, da liberdade como regra e da presunção de inocência, todas garantias fundamentais. Cláusulas *pétreas* insuscetíveis de serem restringidas por qualquer dos Poderes da República.

Nem mesmo numa futura e eventual Assembleia Constituinte eleita para o fim de fundar uma nova ordem jurídica e um novo Estado, nem mesmo nessa hipótese, tais garantias podem ser diminuídas ou abolidas porquanto diretamente decorrentes da concepção do homem como centro da ordem jurídica, titular de direitos que jamais pode ser objetificado ou tratado como meio para atingir qualquer fim.

Mas o flerte da mídia seduz com a inegável manipulação da opinião pública, e, cada vez mais, o magistrado que exerce seu papel de conduzir o processo observando os comandos constitucionais é discriminado, inclusive dentro de sua instituição, mas muito fortemente pelos meios de comunicação de massa, que chegam até a fazer insinuações de sua convivência com crimes.

Nos casos extremos, sofrem perseguições administrativas com sucessivas representações disciplinares como meio de forçar uma remoção para vara de outra competência em inegável patrulha ideológica, que vem crescendo em todo o país.

12 Fonte: <http://top10mais.org/top-10-paises-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo/#ixzz4KOBISd11>.

Em contrapartida, magistrados que decidem sempre pelo encarceramento e pela condenação, independentemente da fragilidade probatória, são aplaudidos e até alçados à condição de heróis nacionais.

São decisões corriqueiras nos tribunais e varas criminais do país, mas ganham visibilidade quando proferidas em processo midiático.

É o que ocorreu, por exemplo, no julgamento no STF da ação penal 470, vulgarmente denominada pela mídia de Processo do Mensalão, em que o então presidente do Supremo, ministro Joaquim Barbosa protagonizou cenas célebres de exteriorização de raiva e intolerância até com os advogados de defesa, quando se espera do magistrado serenidade e sobriedade ao julgar o destino das pessoas. Nesse julgamento, a Ministra Rosa Weber condenou com a seguinte fundamentação: *“Não tenho prova cabal contra Dirceu – mas vou condená-lo porque a literatura jurídica me permite”*.

Aplicou-se a teoria do domínio do fato, sem que houvesse prova material que vinculasse alguns réus aos fatos que lhes eram imputados.

Porém, o jurista Claus Roxin, criador da teoria, fez severas críticas à aplicação do domínio do fato pelo Supremo Tribunal Federal, em entrevista:

“A pessoa que ocupa a posição no topo de uma organização tem também que ter comandado esse fato, emitido uma ordem. Isso seria um mau uso” (...)

“A posição hierárquica não fundamenta, sob nenhuma circunstância, o domínio do fato. O mero ter que saber não basta.” (...)

“É interessante saber que aqui também há o clamor por condenações severas, mesmo sem provas suficientes. O problema é que isso não corresponde ao direito. O juiz não tem que ficar ao lado da opinião pública”¹³

E é devastador o efeito cascata de um provimento judicial ativista e inconstitucional do Supremo Tribunal Federal, uma vez que confere uma discricionariedade (que não pode existir) aos juízes de primeiro grau e em segunda instância, viabilizando arbitrariedades e erros judiciais.

A utilização da prisão como meio de obter “colaboração” ou “delação” premiada, que se homologa tão somente com a palavra do corréu,

¹³ <http://www.conjur.com.br/2012-nov-11/clus-roxin-teoria-dominio-fato-usada-forma-errada-stf>.

sem um mínimo de lastro probatório isento e autônomo às declarações, consiste num exemplo da porosidade a que chegou nosso sistema jurídico.

Isso porque prender sem necessidade e para o fim de obter confissão ou delação configura verdadeira tortura psicológica, conhecendo minimamente a realidade carcerária do país.

Como afirmou o professor de direito penal e advogado criminalista Leonardo Isaac Yarochevsky:

“Já foi dito que a confissão passou a ter valor relativo no sistema que repudia a hierarquia das provas, com muito mais razão a esdrúxula figura da delação premiada, para aqueles que insistem em defendê-la, deve ser vista com toda parcimônia, posto que, o delator para se livrar da coação e satisfazer o inquisidor é capaz de acusar até a própria genitora.”¹⁴

Ao fragilizar o texto Constitucional quando da aplicação no caso concreto, o STF, que é o Guardião da Magna Carta, autoriza ilegitimamente que todos os juízes de todos os tribunais do país também o façam.

Ao ponto de se afirmar por aí que a Constituição Federal é o que o STF diz que ela é.

Não.

A Constituição Federal é o que o legislador constituinte originário expressou e o que constituinte derivado, sem ofensa às cláusulas *pétreas*, modificou, sem olvidar os direitos fundamentais ampliados pelo ordenamento ordinário, pelo sistema e tratados internacionais.

O Supremo Tribunal Federal não pode, legitimamente, afastar preceito constitucional expresso, como o fez recentemente com a presunção de inocência em decisão que admitiu a prisão decorrente da confirmação da sentença condenatória em segunda instância.¹⁵

Outro episódio ocorrido nos últimos dias revelou o descompromisso com a prévia arrecadação de provas da materialidade do delito (condição que confere *Justa Causa* para a ação penal e sem a qual é impossível a deflagração do processo criminal).

14 YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. <http://justificando.com/2015/02/24/meu-nome-e-tortura-mas-podem-me-chamar-de-delação/>.

15 Atualmente, está em andamento outro julgamento sobre essa mesma matéria, que se encontra suspenso.

Em entrevista coletiva inusitadamente convocada para anunciar o oferecimento de denúncia contra o ex-presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, o procurador afirmou:

“Precisamos dizer desde já que, em se tratando da lavagem de dinheiro, ou seja, em se tratando de uma tentativa de manter as aparências de licitude, não teremos aqui provas cabais de que Lula é o efetivo proprietário no papel do apartamento, pois justamente o fato de ele não figurar como proprietário do triplex, da cobertura em Guarujá, é uma forma de ocultação, dissimulação da verdadeira propriedade.”

Lendo de todas as formas possíveis tal declaração, não se chega a outra conclusão: o órgão com atribuição para oferecer a denúncia, nos estritos parâmetros da Constituição Federal, afirmou que o fato de não haver provas cabais consiste na prova cabal do fato!¹⁶

É mais um sintoma da desordem jurídica em cascata que decorre diretamente de uma judicialização exagerada, com sucessivas e banalizadas violações de garantias constitucionais, traduzidas em vedado ativismo judicial.

Repito: contra texto expresso da Constituição não cabe interpretação restritiva de direitos nem mesmo pelo Pretório Excelso.

Nesse estado de coisas, o ordenamento constitucional vai ruindo e subsistindo apenas formalmente de tão (des)normatizado justamente pelos órgãos a quem a Constituição Federal incumbe a competência de resguardá-lo.

A quebra do tecido constitucional é como uma fila de dominós caindo uns sobre os outros; os interesses dos donos dos fatores de produção vão se impondo com supressão das poucas conquistas sociais obtidas com sangue, suor e lágrimas. E aqui me limito a exemplificar com a recente decisão do STF que declarou que, nas relações de trabalho, o negociado pode prevalecer sobre o legislado, deliberadamente fechando os olhos para o fato de que onde não há igualdade não há liberdade de contratar.

E nesse (des)ordenamento jurídico constitucional que se descortina, é inegável que sobrevivem os fortes, os donos dos fatores reais do poder,

¹⁶ Após a conclusão desse texto, foi divulgada a notícia de que a denúncia fora recebida pelo Juízo competente.

com direta restrição de direitos dos vulneráveis e subordinados porque o autoritarismo sobrevive entranhado nas relações sociais. Lembra?

No momento atual, alguns grandes constitucionalistas têm afirmado que ser positivista é moderno e progressista.

Logo, o papel do juiz é o de resistir numa atitude de conservação do ordenamento jurídico que nasceu do pacto social e democrático de 1988 depois de longos anos de ditadura. ❖

REFERÊNCIAS

CITTADINO, Gisele. http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição** (*Die normative kraft der verfassung*), tradução Gilmar Ferreira Mendes. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. P. 19/20.

- <http://www.conjur.com.br/2012-nov-11/claus-roxin-teoria-do-minio-fato-usada-forma-errada-stf>.
- <http://top10mais.org/top-10-paises-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo/#ixzz4KOBISd11>.

NACIF LOPES, Simone Dalila. "Direito fundamental à moradia - critério inarredável de interpretação das normas jurídicas e de incremento da função social da posse". Prelo

STRECK, Lenio Luiz. <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo>.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. <http://justificando.com/2015/02/24/meu-nome-e-tortura-mas-podem-me-chamar-de-delacao/>.