



Encontro Internacional
de Produção Científica
24 a 26 de outubro de 2017

A DITADURA DA MAIORIA ECONOMICAMENTE ATIVA E O ANTIDEMOCRÁTICO PROCESSO DE HERMENÊUTICA JUDICIAL: AS FALHAS NO ATIVISMO JUDICIAL

Paulo Henrique Martins¹

¹Mestrando em Direito pelo UNICESUMAR – Bolsista Institucional do UNICESUMAR – paulohenriquemartins.edu@outlook.com

RESUMO

Essa pesquisa teve como objetivo demonstrar que o projeto de Estado Democrático de Direito, trazido pelo constituinte de 1988, não foi realizado pelas próprias escolhas políticas do Poder Legislativo (que não criou leis implementadoras dos direitos sociais) e pelo Poder Executivo (que não realizou políticas públicas voltadas a atender os mais necessitados), já que o Estado de Social Democracia previsto na Constituição Federal de 1988 foi gradativamente sendo modificado para um projeto neoliberal. Sob esse enfoque, não há consenso social majoritário para se continuar com as escolhas políticas que contrariam os fins constitucionais. Ao Judiciário, caberia o exercício do controle do ato administrativo e lei incompatíveis com o parâmetro constitucional. Contudo, a hermenêutica construída pelas decisões dos julgadores, que são provocados a controlar o ato administrativo ou lei editada, também são prejudicadas pela falsa ideia da não autoaplicabilidade dos direitos fundamentais frente aos particulares, tudo para, em última análise, atender a interesses da elite dominante do mercado. Assim, o Brasil vive, sob esse enfoque, em uma ditadura dos economicamente dominantes, quanto ao projeto de frustrar o estado social para inaugurar um neoliberalismo e o estado mínimo.

Palavras-chave: Antidemocrático; Ativismo Judicial; Democracia; Estado Liberal; Estado Social.

1. INTRODUÇÃO

A abordagem do tema inicia-se com a indagação: é o Brasil efetivamente um “Estado Democrático de Direito”? Far-se-á, no presente ensaio, a tentativa de resposta a essa indagação.

O artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988 elegeu como sendo a democracia um princípio informador do Estado brasileiro. A redação constitucional adotou a democracia como base formadora do Estado brasileiro, ou seja, instrumento de governo que representou ser o que mais atendia para a realização dos valores e direitos fundamentais do homem (SILVA, 2011, p. 125).

Zagrebelsky (2011, p. 125) afirma que a conceituação de democracia não pode ser tratada de forma estática e imutável, perfeita e acabada, mas, pelo contrário, trata-se de conceito dinâmico e em constante evolução. Por ter natureza histórica vai atender a cada etapa da evolução de garantia de direito, não podendo ser tratado exclusivamente como um conceito político, mas sim deve ser processo de afirmação do povo e garantia dos direitos fundamentais.

Bobbio (1986, p. 19) reconheceu a regra fundamental da democracia como a expressão da maioria, ou seja, “a regra à base da qual são consideradas decisões coletivas — e, portanto, vinculatórias para todo o grupo — as decisões aprovadas ao menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão”.

A Carta de 1988 que inaugurou a tardia modernidade no Brasil propôs modelo de Estado Democrático de direito, estabelecendo um rol de direitos fundamentais, o que transformou as aspirações dos vários segmentos sociais brasileiros em “direitos postos” na Constituição Federal. Todavia, essas garantias, deveriam ser implementadas efetivamente pelos poderes constituídos devem ser reconhecidos pelo Estado, por meio de políticas públicas ou leis que determinem os destinatários da política pública, a forma de seu gozo e exercício, limites e a questão orçamentária (dotação do orçamento para arcá-las).

Ocorre que, com o passar dos anos, após 1988, o projeto social idealizado pelo constituinte começou a ruir frente aos interesses da elite econômica brasileira, que revertendo o critério de



Encontro Internacional
de Produção Científica
24 a 26 de outubro de 2017

proteção social, está tentando implementar um antidemocrático processo de transformação do estado brasileiro em modelo neoliberal.

Assim, espera-se, paralelamente, responder às seguintes indagações:

- ✓ As minorias econômicas e sociais receberam do Estado os direitos sociais que a CF/88 garante?
- ✓ Há consenso social da maioria da população quanto às escolhas políticas tomadas pelo Estado brasileiro, mormente quanto ao trajeto neoliberal seguido?
- ✓ Cabe ao Judiciário implementar as políticas públicas, corrigindo as equivocadas escolhas dos governantes em não garantir os direitos fundamentais aos mais necessitados?

2. MATERIAIS E MÉTODOS

Utilizar-se-á de metodologia baseada em pesquisa qualitativa, tecida com base doutrinária (nacional e internacional), abordando-se o tema pelo método hipotético-dedutivo, de cunho descritivo e analítico, para o fito de que seja possível avaliar os limites e possibilidades do ativismo judicial, dentro da ótica dos direitos fundamentais que garantam o Estado social, principalmente às minorias.

Também será utilizada a análise crítica da bibliografia encontrada, sobretudo sobre o dever das instituições brasileiras em garantir os direitos sociais *versus* a falta de sua implementação.

O marco teórico é a partir de duas obras, sobretudo a de Lênio Streck (“Hermenêutica Jurídica e(m) crise”) e a de Gadamer (“Verdade e método II”) que tecem críticas sobre o papel do Judiciário na função ativista e o problema da hermenêutica, a partir do ponto de vista dos “pré-conceitos” da pessoa do intérprete.

3. RESULTADOS E DISCUSSÕES

Os direitos sociais para efetivação da dignidade da pessoa humana foram conquistas amealhadas pela humanidade após a Segunda Guerra Mundial, quando se desenvolveu uma doutrina de direitos humanos e sociais a serem perseguidos pelos Estados nas Constituições, como um programa a ser atingido pelos Estados, conforme destaca Canotilho:

[...] o caráter dirigente da Constituição Social não significa a otimização directa e já dos direitos sociais, antes postula a graduabilidade de realização destes direitos. Graduabilidade não significa, porém, reversibilidade social. O problema desta posição é que ela foi rapidamente ultrapassada pela chamada “crise do Estado Social” e pelo triunfo esmagador do globalismo neo-liberal. Em causa está, não apenas a graduabilidade, mas também a reversibilidade das posições sociais (CANOTILHO, 2008, p. 245).

Se de um lado existem vários direitos delineados no bojo da Constituição, pouca importância se deu para a questão de sua implementação real e efetiva da forma como foram garantidos, sendo inclusive taxada a Carta de 1988 em “Constituição Dirigente”, ou seja, aquela que traça um programa a longo prazo a ser desenvolvido pelo Estado, embora não exista penalidade ou sanção pela inobservância contumaz do desenvolvimento efetivo deste programa, o que posterga o gozo e implementação dos direitos e garantias fundamentais, principalmente aqueles voltados aos direitos sociais.

Isso se deu, em grande medida, à própria angustia que o povo brasileiro se encontrava, após 21 anos de ditadura (1964 a 1985), quando a repressão exacerbada, somado a totalização do



Encontro Internacional
de Produção Científica
24 a 26 de outubro de 2017

Estado nas mãos dos militares, deflorou na busca da redemocratização, com a instalação da Assembleia Nacional Constituinte, em 01 de fevereiro de 1987 e a abertura das portas do Congresso Nacional à população civil, representada por diversos segmentos sociais que foram aos debates do Congresso (ARAUJO; *Et. al.*, 2013).

A abertura de direitos, na tentativa furtiva de agradar a todos, o fortalecimento dos Poderes do Estado, com a pretensa separação, independência e harmonia entre eles, foi a chave do sucesso popular da Carta de 1988, também chamada de “Constituição Cidadã”.

Todavia, passado efeito inebriante e quase alcohólico da redemocratização, veio a sensação e ressaca do povo, mais especificamente da parcela pobre da população, que de fato foi engada pela ideia de que o Brasil de fato estaria inaugurando um “Estado Democrático de Direito” de cunho social, quando em verdade o Brasil passou diretamente de um período ditatorial para um “estado liberal”, frustrando o programa constitucional de realizar os direitos sociais escolhidos pela Carta de 1988.

Segundo Souza Júnior (2002) é necessária a existência conjugada de alguns elementos para que o país seja considerado um Estado Democrático de Direito, a saber:

A qualificação de um Estado como democrático requer a verificação de determinadas características bem objetivas: o Estado de Direito, no plano de fundamento do Poder; e a participação da Comunidade no Governo, pela competição política pluripartidária fundada em eleições livres, no plano do funcionamento do Poder. No entanto, a simples presença desses elementos objetivos não basta a essa qualificação. A ordem política, para ser democrática, deve passar no teste da legitimidade, ou seja, cabe à comunidade julgar se o regime político sob o qual vive ou vai viver é democrático e, como tal, aceitável, segundo a representação do justo e do certo nela imperante. Assim, o Estado democrático requer um elemento subjetivo, existencial e essencialmente. Existencialmente, como qualquer regime, a democracia depende, para sua estabilidade, da adesão da comunidade. [...] O regime não seria democrático, por falta, exclusivamente, do elemento subjetivo da democracia, isto é, pela falta da aceitação da ordem como democrática pela unanimidade das forças válidas da comunidade (SOUZA JÚNIOR, 2002, p. 110/111).

A conclusão extraída da mencionada doutrina é que no Brasil se (somente se) as minorias econômicas e sociais substancialmente não recebem do Estado o que ele se propôs constitucionalmente a fornecer, não se poderia falar em democracia por faltar o elemento subjetivo (aceitação da população).

Desse modo, não há como sustentar o consenso (aceitação) do povo em viver sob um regime constitucional que diz que vai fornecer os meios para o desenvolvimento da população, para atingir a dignidade da pessoa humana de um lado, mas, de outro, o Estado, materializado pelo poder político dominante, frustra tal expectativa dos fins constitucionais e escolhe se tornar um Estado liberal, não efetivador dos direitos sociais.

Montesquieu destaca que um regime não se define apenas pela sua natureza, ou seja, sua estrutura particular, mas também pelos seus “princípios”. A democracia, a aristocracia, a monarquia, no sentido de representarem “governos moderados” teriam como princípios basilares a virtude, a moderação e a honra. Já o que fundamenta ou representa o “princípio” de governos despóticos é o “medo”, por meio das “ameaças e castigos” (MONTESQUIEU, 1979, Livro III, cap. 3, 4 e 6).

Segundo o Souza Júnior (2002, p. 112), os governos então despóticos (ou autoritários) que possuem o medo como princípio basilar, afastam o chamado “consensus” comunitário. Todavia, nos governos moderados, onde existe a partilha de forças sociais e de forma equilibrada, o que evita o arbítrio e garante a liberdade, a população comunga de um sentido de “consensus”, ou seja, a composição e administração dos conflitos se dá por meio de instituições (estatais) capazes de abrir espaços ao compromisso e à negociação, para atingir as metas constitucionais.



Encontro Internacional
de Produção Científica
24 a 26 de outubro de 2017

Segundo Souza Júnior:

[...] As exigências da democracia contemporânea, entre as quais a consagração de um “consensus” programático, colocado o mais possível acima das divisões ideológicas; a supremacia impessoal desse “consensus” face às autoridades a quem o exercício do mando é delegado; a igualdade de direitos entre as pessoas, assim como a proteção judiciária a eles devida; a existência das regras estáveis e reconhecidas sobre a participação política e a livre competição pelo mando [...] (SOUZA JÚNIOR, 2002, p. 114).

O Brasil não possui o sentimento de “consensus” garantido pelas instituições sociais. As visões ideológicas dos governantes, representadas pela visão liberal-econômica, afastaram a população carente da implementação dos direitos que visem a garantir a existência digna (direitos sociais) o que, em última análise, impede a efetivação do próprio princípio da igualdade, importante instrumento para o desenvolvimento e realização concreta da Democracia participativa (e do próprio Estado Democrático de Direito).

O que se viu após 1988 foi a incorporação no Brasil de um modelo de Estado “inchado”, no sentido de aplicar a maior parte dos recursos orçamentários arrecadados para o aparelhamento da máquina pública e o pagamento dos salários dos servidores públicos. Isso se deu (também) pela criação de mecanismos de descentralização e desconcentração de governo, com a consequente desestatização dos serviços públicos, sendo estes colocados nas mãos do particular para diretamente executá-los. O Estado mínimo executado pela elite política dominante no país (ideologia liberal) ganhou a função de ser mero “fiscal”, não-interventor e não garantidor dos direitos sociais.

Sob a ideologia progressista, o Brasil iniciou em 12 de abril de 1990, por meio do Programa Nacional de Desestatização – PDN (Lei 8.031/90) ou seja, menos de 2 (dois) anos da promulgação da Constituição Federal, o processo de transformação do Brasil em um “estado liberal” ou “neoliberal” (BRASIL, 2002).

Isso é provado com o abandono da preocupação do Estado em efetivar os direitos a quem mais necessitava, a despreocupação com a saúde pública, o descompasso do equilíbrio da previdência social, ausência de desenvolvimento de políticas públicas voltadas a implementar o programa de fornecimento de prestações mínimas que atendessem à dignidade da pessoa humana.

O primeiro passo, portanto, para a transformação do Brasil em “estado liberal”, frustrando o próprio programa constitucional, ocorreu com as privatizações, de segmentos inclusive estratégicos à soberania nacional, como é o caso dos minérios (Vale do Rio Doce), as comunicações (Teles), etc.

O Estado liberal se confirmou em um segundo momento quando foi delegada às agências reguladoras – organismos da administração pública indireta – a função de fiscalização da prestação de serviços, o poder de ditar normativas que visassem regular e penalizar a consecução dos serviços públicos feitos pelos particulares, etc. O Estado brasileiro, desse modo, transformou-se em mero expectador da consecução dos serviços públicos, que pela Constituição Federal de 1988 deveria ser atribuição estatal, mas por escolha política foram delegados aos particulares.

Se, portanto, o Estado brasileiro representado pelo Executivo (nas escolhas das políticas públicas) e Legislativo (na confecção de leis) frustrou as expectativas e o próprio programa social que fundou a Constituição de 1988, porque os direitos fundamentais voltados à dignidade da pessoa humana não foram atendidos, caberia ao Judiciário a tarefa de efetivar os direitos constitucionais, por meio das demandas judiciais (controle difuso de constitucionalidade ou pela utilização dos chamados “remédios constitucionais”) ou via incidente de inconstitucionalidade (controle abstrato). Todavia essa alternativa não representou a retomada (e cumprimento) do projeto Constitucional de garantia e efetividade de direitos sociais.



Encontro Internacional
de Produção Científica
24 a 26 de outubro de 2017

Os direitos fundamentais voltados a atingir a igualdade substancial (por meio das prestações sociais aos menos favorecidos economicamente) seriam ou deveriam ser o ponto de partida para o controle judicial do ato administrativo, ou para o próprio controle de constitucionalidade da norma elaborada pelo Legislativo, que se apresentasse contrária com os fins constitucionais.

Todavia, isso não aconteceu porque o Judiciário, segundo Streck, reproduz o discurso liberal individualista, reproduz o sistema de poder a que se vincula, ou seja, é (o Judiciário) um dos atores dentro do plano político do Executivo e Legislativo e, por isso, segundo o autor:

[...] O Direito brasileiro e a dogmática jurídica que o instrumentaliza está assentado em um paradigma liberal-individualista que sustenta essa desfuncionalidade, que, paradoxalmente, vem a ser a sua própria funcionalidade! Ou seja, não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem – em face da hermenêutica de um novo modo de produção de Direito representado pelo Estado Democrático de Direito – desse (velho/defasado) Direito, produto de um modo liberal-individualista-normativista de produção de direito (STRECK, 1999, p. 31/32).

Adiante o autor conclui:

[...] Estamos, assim, em face de um sério problema: de um lado temos uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição Federal que garante estes direitos da forma mais ampla possível. Este é o contraponto. Daí a necessária indagação: qual é o papel do Direito e da dogmática jurídica neste contexto? [...] É possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, há – ou deveria haver – um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o Judiciário. O processo judicial que se instaura mediante a propositura de determinadas ações, especialmente aquelas de natureza coletiva e/ou de dimensão constitucional – ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, etc. – torna-se um instrumento permanente da cidadania. [...] Se correta a tese do deslocamento do centro de decisões antes delineada (relativizada ou não), como explicar a ineficácia do sistema judiciário no Brasil? [...] como justificar a quase nenhuma função social do Direito? [...] A crise do Judiciário deriva do descompasso existente entre sua atuação e as necessidades sociais, considerando totalmente insuficiente a afirmação formal da existência de determinados direitos, uma vez que o Direito só tem real existência a partir de uma agência coativa disposta a aplicar as normas jurídicas. [...]. Assim, para que alcancemos tal desiderato, necessitamos, primeiro, superar esse paradigma normativista, próprio de um modelo (modo de produção) do Direito liberal-individualista (STRECK, 1999, p. 37/43).

A frustração do programa constitucional, quando da conversão do modelo de um Estado Social Democrático de Direito para um “estado liberal”, desembocou na própria crise do Judiciário, ou seja, o Judiciário é fruto do próprio consciente ou inconsciente dos juristas que se encontram embebecidos da dogmática jurídica normativista, burocratizante e disfuncional que se instalou no Brasil após 1988, cujos juízes comprimem o seu campo de atuação para eixos hermeticamente delineados pela norma jurídica infraconstitucional.

O Judiciário não traz como finalidade a obtenção da administração do conflito (dentro do objeto de atingimento do fim maior que é o exercício das garantias constitucionais), por meio do compromisso de negociação de discordâncias, mas sim ele serve para implementar a tirania, por meio do “ativismo judicial” falho.

As falhas do ativismo judicial, destaca Koerner (2013, p. 72), que levam à tirania são a inexistência ou falta de domínio dos chamados fins institutivos do Estado, ou seja, a ausência de domínio da definição (e controle) de políticas públicas e sua interpretação voltada a efetivação de direitos sociais; a manutenção pelo Judiciário da ultrapassada ideia de que os direitos fundamentais não são autoaplicáveis; a ausência de dados objetivos quanto aos limites orçamentários e o impacto que uma decisão judicial ocasionará no orçamento público.



Encontro Internacional
de Produção Científica
24 a 26 de outubro de 2017

Koerner destaca, ainda, o perigo do ativismo judicial quanto à extrapolação dos limites da atividade judicial e o descompasso (e descompromisso) e buscar atingir o valor da dignidade da pessoa humana:

O ativismo judicial indica uma situação-limite, as fronteiras fluídas, mas necessárias, entre dois mundos distintos, o da política e o do direito. Ao ultrapassar essas fronteiras e ingressar num domínio que não lhe é próprio, o agente judicial — o juiz, um tribunal ou o Judiciário como um todo — produziria riscos, extrapolaria suas funções, distanciar-se-ia de seus quadros de referência e atuaria sob o efeito de influências indesejáveis, como valores subjetivos, preferências, interesses, programas políticos. Além disso, não teria capacidade de informação e tomada de decisão, desnaturaria a atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes, e seria prejudicial à construção conceitual do Estado de direito, requisito para um sistema político democrático capaz de atender às exigências da dignidade humana (KOERNER, 2013, p. 72).

Streck (1999, p. 44) destaca que no “campo jurídico brasileiro, a linguagem ainda tem um caráter secundário, como terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto, enfim, uma espécie de instrumento ou veículo condutor de essências e corretas exegeses dos textos legais”.

A má hermenêutica é o cerne do problema do ativismo judicial, pois há juízes que ainda utilizam o processo de interpretação da norma como sendo um processo de matemático de “chave e fechadura”, onde qualquer distinção mínima que fosse do caso concreto (a respeito da norma invocada) não seria possível o exercício da adequação fato-norma. E há juízes que no esforço por compreender o sentido de um texto (que pressupõe a aceitação de uma “exigência” ou um conhecimento completo do sentido das palavras, dos sujeitos envolvidos e do contexto social) simplesmente ignoram o que desconhecem e negam o direito posto em discussão¹.

4. CONCLUSÕES

A grande discussão que envolve a atual situação da democracia brasileira é: a quem serve o Estado brasileiro nos moldes que se encontra, já que democraticamente as escolhas sociais (e voltadas a implementar os direitos sociais e garantir a dignidade da pessoa humana) trazidas pela Constituinte não foram atendidas pelos seus governantes?

Pode-se afirmar que são as regras do mercado, as grandes empresas, que definiram os trajetos do Estado brasileiro, num processo inevitável de jogos de influências e forças dominantes, ficando a maioria da população prejudicada com referida conduta.

Embora o Direito brasileiro sustenta-se na lógica do liberalismo Estatal (no qual cabia ao Estado a mínima intervenção possível), não é válida sua fiel e cega aplicação, quando se tratar de indivíduos desiguais, numa sociedade desigual. O liberalismo, na forma como se desencadeou no Brasil após 1988, ou seja, na forma de um Estado liberal, funciona perfeitamente, quando aplicado às classes sociais detentoras do capital financeiro (a maioria economicamente dominante).

O Brasil, sob essa ótica, vive uma ditadura da maioria economicamente dominante, no sentido de ser esta quem dita as regras de políticas públicas a serem seguidas, dentro de uma superestrutura estatal arquitetada para dificultar o acesso dos pobres aos direitos e garantias sociais.

¹Gadamer (2002) sabia perfeitamente que a arte da compreensão não se podia limitar à ciência, ou ser comparada tal como é qualquer ciência exata. Segundo o autor, para o exercício da hermenêutica a vida interpessoal de cada sujeito envolvido também desempenha um papel de destaque.



Encontro Internacional
de Produção Científica
24 a 26 de outubro de 2017

Essa ditadura é chancelada pelo Judiciário que traz, dentro do ativismo judicial, um exercício tirânico de poder, sendo as escolhas judiciais afetadas pelas influências subjetivas do sistema político a que os juízes se inserem (e se servem para manutenção do poder).

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Maria Paula; SILVA, Izabel Pimentel da; SANTOS, Desirree dos Reis. Organizadores. **Ditadura militar e democracia no Brasil: história, imagem e testemunho**. 1. ed. Rio de Janeiro: Ponteio, 2013.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. Bndes. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (Org.). **Privatização no Brasil**. Brasília, 2002. 74 slides, color. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/pnd/Priv_Gov.PDF>. Acesso em: 29 ago. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2ª Ed. Coimbra: Ed. Coimbra Ltda., 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índices. Tradução de Ênio Paulo Giachini; revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial?** Jurisprudência constitucional e política no STF pó-88. Novos Estudos, São Paulo, n. 96, p. 69-85, jul. 2013.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

SOUZA JÚNIOR. Cezar Saldanha. **Consenso e democracia constitucional**. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.



ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Tradução: Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.