

Ativismo judicial ou contrarrevolução jurídica?

Em busca da identidade social do Poder Judiciário

DIOGO BACHA E SILVA

Resumo: O artigo aborda uma relação que deve existir entre a própria identidade social do Poder Judiciário e sua atuação. A constituição histórica do Poder Judiciário no Brasil representa mais que uma curiosidade do passado. A historicidade pode fornecer-nos muitas respostas sobre problemas do presente. Nessa medida, a captura do Judiciário pelas elites representa uma constituição de sentido de sua atuação. Analisamos, então, se o Poder Judiciário pode ser considerado um poder ativista ou se atua contrarrevolucionariamente. As conclusões podem vir por meio da filosofia hermenêutica de Heidegger.

Palavras-chave: Ativismo. Contrarrevolução jurídica. Identidade social do Poder Judiciário.

Introdução

Com certo sarcasmo, Niklas Luhmann (2004, p. 33), em seu “A restituição do décimo segundo camelo”, diz que é comum os juristas discutirem questões complexas e difíceis a partir de casos concretos. Com efeito, começaremos nossa análise com base em um caso concreto.

Uma construtora ajuíza demanda de reintegração de posse, sob a alegação de ser proprietária e possuidora de terreno com área extensa na capital de certo Estado, em face de indivíduos carentes que ocupam o imóvel por curto período de tempo. Nossa legislação processual oferece um roteiro seguro para que seja garantida a proteção possessória. Nos termos do art. 927 do CPC (Lei nº 5.869/1973), basta ao autor comprovar: a) a posse anterior; b) o esbulho praticado pelo réu; c) a data do esbulho; d) a perda da posse. Comprovados tais requisitos, o juiz

Recebido em 7/7/15
Aprovado em 17/7/15

concede a proteção possessória. No caso mencionado, não foi diferente: a construtora teve direito à proteção possessória, mesmo sabendo que é ocioso o imóvel urbano de sua propriedade.

O caso refere-se à comunidade Jaqueline na cidade de Belo Horizonte (MG) e chegou ao Superior Tribunal de Justiça mediante o Recurso Especial tombado sob o número 154.906/MG. Nessa oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) não conheceu do Recurso Especial interposto pelos esbulhadores que pretendiam reformar a decisão de segunda instância que determinou a reintegração de posse na área definida na inicial, utilizada para moradia de milhares de famílias carentes.

Um dos aspectos centrais do acórdão do STJ consta na ementa: “Ainda que porventura se cuide de imóvel urbano ocioso, é inadmissível a sua ocupação por famílias carentes de modo unilateral, com o objetivo de ali instalar as suas moradias” (BRASIL, 2004).

Veja-se, pois, que, ao determinar a reintegração de posse de imóvel urbano ocioso em detrimento da moradia de milhares de famílias carentes, tal como reconhece o acórdão, simplesmente se desconsideram duas importantes conquistas democráticas: o direito fundamental à moradia e o dever de função social da propriedade, ambos previstos na Constituição Federal (CF).

O que faz com que o Poder Judiciário julgue desconsiderando importantes conquistas civilizatórias? Por que em alguns casos a lei vale mais do que a CF? Qual o efeito de uma decisão desse porte em nossas práticas jurídicas?

Muitos são os aspectos que envolvem a atuação do Poder Judiciário no Estado democrático. Nossa investigação pretende desvelar um aspecto específico. O ativismo é fruto da nossa identidade social. Ou seja, pretendemos abordar o lado sociológico do ativismo judicial. Já tivemos a oportunidade de teorizar sobre esse fenômeno, inclusive abordando aspectos históricos¹, mas é chegado o momento de ampliarmos a visão acerca do ativismo como prática judicial oriunda da gramática das relações sociais.

1. A captura do Judiciário pelas elites

Recentemente, noticiou-se que a filha de um ministro do Supremo Tribunal Federal e de uma desembargadora do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios fora nomeada desembargadora federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (que abrange os Estados do Rio

¹ Ver Silva, 2013.

de Janeiro e Espírito Santo), com apenas 37 anos de idade e tendo atuado em cinco processos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro². A questão levantada aqui não é sobre a capacidade de a juíza recém-empossada exercer a contento suas funções. A questão é que, no fundo, a sua nomeação tenta mascarar, sob o signo da meritocracia individual, que o próprio Direito e, principalmente, o sistema judiciário detêm procedimentos de sujeição e dominação que há séculos presidem as práticas jurídicas (FOUCAULT, 2010, p. 24).

Tal notícia põe a descoberto a lógica imamente do campo jurídico: a de que há uma espécie de ligação entre a identidade social do Poder Judiciário e as nossas próprias relações sociais. Como se sabe, as instituições políticas foram formadas no seio de um Estado patrimonial. As origens teóricas desse tipo de Estado deve-se a Max Weber (2004), que exemplifica a modalidade de dominação como uma espécie doméstica – vinculada, sobretudo, pela tradição. Sua principal característica consiste, segundo o sociólogo, na administração que não reconhece distinção entre a esfera pública e a privada³. O exercício do poder público não

² Ver Brasil, 2014.

³ “Ao cargo patrimonial falta sobretudo a distinção burocrática entre a esfera ‘privada’ e a ‘oficial’. Pois também a administração política é tratada como assunto puramente pessoal do senhor, e a propriedade e o exercício de seu poder político, como parte integrante de seu patrimônio pessoal, aproveitável em forma de tributos e emolumentos. A forma em que ele exerce o poder é, portanto, objeto de seu livre-arbítrio, desde que a santidade da tradição, que interfere por toda parte, não lhe imponha limites mais ou menos firmes ou elásticos. [...]” (WEBER, 2004, p. 253). Também: “Todas as ordens de serviço que segundo nossos conceitos são ‘regulamentos’ constituem, portanto, bem como toda a ordem pública dos Estados patrimonialmente governados em geral, em última instância um sistema de direitos e privilégios puramente subjetivos de determinadas pessoas, os quais se originam na concessão e na graça do senhor. Falta a ordem objetiva e a objetividade encaminhada a fins impessoais da vida estatal burocrática. O cargo e o exercício do poder público estão a serviço da pessoa do senhor, por um lado, e do funcionário agraciado com o cargo, por outro, e não de tarefas ‘objetivas’” (WEBER, 2004, p. 255).

é senão “um direito senhorial pessoal do funcionário” (WEBER, 2004, p. 263), donde não haver pré-disposição para o dever objetivo.

No Brasil, as relações familiares embrenham-se de tal forma na condução da política, que Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 145-146) diz ter imperado, desde sempre, o tipo primitivo da família patriarcal e terem os desequilíbrios sociais por ele provocados marcado nossa identidade social. Assim, os detentores de cargos públicos, por serem forçados em tal tradição, não conseguem distinguir as esferas pública e privada. A escolha das pessoas que exercerão as funções públicas é feita de acordo com a confiança pessoal e não segundo as capacidades próprias. A análise sociológica de Raymundo Faoro de que vivemos num Estado patrimonial aplica-se, principalmente, às nossas instituições políticas, em específico ao Poder Judiciário. Em vez de a dominação ser exercida por um “senhor”, temos um estamento em que “poucos dirigem, controlam e infundem seus padrões de conduta a muitos” (FAORO, 2008, p. 107). A dominação da minoria não é feita em nome da nação, mas em nome próprio de quem controla, dirige e, mesmo, sufoca o povo.

Sempre de caráter patrício, como diz Raymundo Faoro (2008, p. 112), nossa sociedade estamental é oriunda de

uma longa herança – herança social e política – [que] concentrou o poder minoritário numa camada institucionalizada. Forma-se, desta sorte, uma aristocracia, um estamento de caráter aristocrático, do qual se projeta, sem autonomia, uma elite, um escol dirigente, uma classe política.

Essa elite política brasileira procurou – e procura – o emprego público como fonte de rendimentos estáveis (CARVALHO, 2011, p. 56).

A educação jurídica, obtida sobretudo na Faculdade de Coimbra, bem como o exercício da magistratura deram à elite política uma homogeneidade ideológica e um ponto comum para os interesses que a cercavam (CARVALHO, 2011). O bacharelismo, portanto, é a nota característica que une nossa elite política, desde os idos coloniais. A formação ideológica de um bacharelismo liberal permite a proteção dos interesses das elites agrário-econômicas. No dizer de Antonio Carlos Wolkmer (2010, p. 128), acerca do papel e do próprio perfil dos bacharéis,

ninguém melhor do que eles para usar e abusar do uso incontinente do palavreado pomposo, sofisticado e ritualístico. Não se pode deixar de chamar a atenção para o divórcio entre os reclamos mais imediatos das camadas populares do campo e das cidades e o proselitismo acríptico dos profissionais da lei que, valendo-se de um intelectualismo alienígena, inspirado em princípios advindos da cultura inglesa, francesa ou alemã, ocultavam, sob o manto da neutralidade e da moderação política, a institucionalidade de um espaço marcado por privilégios econômicos e profundas desigualdades sociais.

Inicialmente, em virtude da própria formação jurídica obtida em universidades estrangeiras, principalmente a de Coimbra, a elite política e social com seu cabedal de apoio teórico-liberal permite o afloramento de suas idiossincrasias. Sua formação baseada em realidades alienígenas, bem como a tradição em uma atividade retórica, despida de qualquer conteúdo, tornaram possível a vinculação entre um patrimonialismo sócio-político-autoritário com uma cultura jurídica liberal-burguesa (WOLKMER, 2010, p. 131). Tal postura possibilitou um comportamento conservador que atendia aos interesses da própria elite política, que visava apenas à defesa dos interesses

da legalidade dissociada da dinamicidade da sociedade concreta, das lutas cotidianas e dos movimentos sociais que surgiam a cada dia. Houve, assim, um alheamento propositado da elite política em relação aos interesses e necessidades reais da população brasileira.

A própria formação da administração da justiça no Brasil parece corroborar esse fato. No período das capitanias hereditárias, os senhores donatários, possuidores da soberania da terra, exerciam as funções de chefe militar, juiz e administrador. O exercício da jurisdição civil e criminal era obra de exercício direto pelo donatário que poderia, por isso mesmo, nomear escrivães, meirinhos e ouvidores (WOLKMER, 2010). A centralização da administração da justiça só veio com a implantação do governo-geral de Tomé de Sousa de 1549, quando foram nomeados ouvidores-gerais.

A Metrópole, de um modelo simples de ouvidoria-geral, passou a organizar o Judiciário com base em vários cargos. Uma primeira instância foi constituída de juizes ordinários, ouvidores e juizes especiais; os primeiros eram juizes leigos eleitos pelo povo ou pela Câmara Municipal; os últimos eram juizes de fora. A segunda instância compunha-se de Tribunais de Relação, sendo seus membros denominados desembargadores. A terceira e última instância era composta de um Tribunal de Justiça Superior, com sede na Metrópole, representado pela Casa de Suplicação (WOLKMER, 2010, p. 76-77).

A Coroa tinha a intenção de que os juizes mantivessem absoluta fidelidade aos interesses portugueses. Tradições e costumes locais não poderiam concorrer com as leis do Reino. Por isso, por exemplo, normas como a proibição de casar sem licença pessoal, de pedir terras na sua jurisdição e de exercer o comércio permitiam que os magistrados se mantivessem equidistantes e leais aos interesses da Coroa.

Os magistrados não eram indivíduos oriundos da casta nobre da sociedade portuguesa. Eram, sobretudo, indivíduos da classe média que ascendiam socialmente por meio do ingresso na carreira jurídica mediante processos seletivos baseados na origem social. Havia, por isso, uma restrição aos filhos de comerciantes ou negociantes, bem como aos impuros de sangue, tais como mestiços, mulatos, judeus e outros (WOLKMER, 2010, p. 82-83).

Os indivíduos que aqui vinham para exercer a magistratura estavam muito mais em busca do enriquecimento. Eram do tipo aventureiro de que nos fala Sérgio Buarque de Holanda⁴. Portanto, ao aqui aportar, os magistrados, oriundos da classe média, logo estabeleciam relações de afinidade e relações matrimoniais com a elite agrária local (CRUZ, 2004).

A lógica, portanto, estabelecida era a de que os magistrados deviam obediência às regras jurídicas impostas pela Coroa, mas, ao mesmo tempo, firmavam-se em terras brasileiras obtendo o apoio da elite agrária local. Por isso, as decisões judiciais refletiam o estado da arte das relações sociais. Eram decisões contrárias às pretensões de negros, índios e pobres, e satisfaziam aos interesses da Coroa ou aos interesses da elite agrária. Dessa forma, a perversidade da lógica pode ser constatada no fato de que entravam em território nacional com a exclusividade de defender os interesses diretos da Coroa; ao aportarem na colônia, no entanto, além de defender os interesses da Metrópole, defendiam também os interesses da elite agrária local.

A proclamação da Independência não alterou muito a lógica do Poder Judiciário. Mesmo com o advento dos ideais republicanos, a atuação do Poder Judiciário ficou designadamente aferrada aos interesses agrários e aos da elite política local. Substituiu-se a Coroa pelo Poder Executivo e a elite agrária estava toda representada no Poder Legislativo⁵. Pode-se, por exemplo, visualizar na atuação da maior corte do País, o Supremo Tribunal Federal (STF), a leniência do Poder Judiciário com os interesses políticos do Poder Executivo. Emília Viotti da Costa (2011) lembra que o presidente Floriano Peixoto chegou a ameaçar os membros do STF, caso concedessem ordem de *habeas corpus* para diversos jornalistas, senadores, deputados, que foram deportados após a renúncia do velho Marechal, pois desejavam eleições diretas. Também vale

⁴Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 44) discorre sobre dois princípios que orientam a vida dos seres humanos. Para ele, o tipo aventureiro e o tipo trabalhador são dois princípios que sempre tiveram influência desde priscas eras da humanidade. Para o aventureiro, “o objeto final, a mira de todo o esforço, o ponto de chegada, assume relevância tão capital, que chega a dispensar, por secundários, quase supérfluos, todos os processos intermediários”.

⁵Sobre a relação da elite agrária e a representação política, ver Leal (2012).

mencionar que, conforme Leda Boechat Rodrigues (1996b, p. 50), os *habeas corpus* de números 520, 523, 524, 525 e 529, de 1894, não foram cumpridos pelo presidente da República.

O ideário republicano de uma separação e independência dos poderes parece ter sido apenas uma exortação política contida na Constituição e nas leis em geral. Os conflitos de interesses que, de alguma forma, eram submetidos ao crivo do Poder Judiciário, tinham uma bem definida posição decisória: atender aos interesses da elite política e agrária. Assim, o Poder Judiciário não era a caixa de ressonância dos interesses políticos minoritários⁶.

2. A crise do pensamento e do ensino jurídico nacional como fator determinante de desigualdade

Por óbvio, apenas a constatação histórica da origem elitista do Poder Judiciário seria um argumento frágil para conseguirmos responder à indagação original do presente trabalho. A definição de um Poder Judiciário elitista demanda a profundidade de uma análise que perquirira o desvelamento das faces ocultas de um julgado.

A captura do Judiciário pela elite social não é um processo que ocorreu durante o Império e o início da República; e daí se extraem suas consequências. Mais do que isso, a captura do Poder Judiciário somente é possível com a utilização de um poder simbólico, no sentido de Pierre Bourdieu (2011, p. 8). Assim, só foi e é possível essa captura graças ao exercício de um poder invisível, que só pode ser exercido com a complacência daqueles que o exercem e daqueles que a ele se submetem.

Nessa medida, importa o pensamento jurídico nacional e também o próprio ensino jurídico, os quais são ao mesmo tempo produções de dominação, já que estruturam o campo jurídico – que, ao fim, estrutura o próprio mundo – e acabam por constituir um sistema simbólico de poder de construção de uma realidade (BOURDIEU, 2011).

A realidade produzida pela dominação acaba por ser projetada como algo natural, e nela as coisas são assim porque é natural que assim sejam. Para que isso ocorra, é necessária a utilização de um capital simbólico. A própria existência das classes sociais é demarcada pelas objetividades e não subjetividades dos indivíduos. Antes mesmo da própria objetividade científica, as classes sociais distinguem-se, primeiro,

⁶ Basta lembrar, por exemplo, a doutrina das questões políticas que marcaram de forma negativa a atuação do STF, que simplesmente deixava de apreciar determinada questão por entendê-la submetida apenas ao crivo dos poderes políticos. Um bom inventário pode ser lido em Sampaio (2002, p. 319).

pelas distribuições das propriedades materiais e, segundo, pela própria representação que fazem os agentes dessas distribuições. Ora, a representação que os agentes fazem de sua própria condição social é produto do *habitus*, retraduzida simbolicamente no estilo de vida por meio das distribuições de materiais e do capital simbólico (BOURDIEU, 2013, p. 111).

São os agentes que fazem e formam, desse modo, as distinções que, por mais que não se admita, se inscrevem nas propriedades materiais e nos lucros diferenciais que elas trazem e, por isso mesmo, acabam por se tornar diferenças reconhecidas. O reconhecimento dessas diferenças, segundo Bourdieu (2013, p. 111), funciona como um capital simbólico que obtém lucro com essa distinção – são as propriedades distintivas, tais como corpo correto, língua, postura etc. Essas distinções de propriedades mantêm uma estreita relação com indivíduos ou grupos que se dispõem a reconhecê-los e obter, assim, formas de lucro e de poder.

Tais diferenças conjugam-se com os princípios de sua perpetuação e fazem com que a sociedade não seja um espaço de conflito, mas uma ordem social a ser mantida, já que natural. Ao lado do reconhecimento dos grupos, vem o desconhecimento do capital simbólico, explicado por Pierre Bourdieu como uma espécie de autoridade que, mesmo sem ser construída por meio de ordens imperativas dirigidas aos indivíduos, funciona como uma naturalização das relações de poder, com a sedimentação e naturalização da linguagem, das atitudes, dos estilos de vida que não são apreendidos pelo objetivismo – o qual, sob a má-fé coletiva e a percepção encantada, transforma as relações em dominação legítima.⁷

⁷Nas palavras de Bourdieu (2013, p. 113): “Todo reconhecimento é desconhecimento: toda espécie de au-

toridade, e não apenas aquela que se impõe por meio de ordens, mas aquela exercida sem nos darmos conta, aquela que dizemos natural e que está sedimentada numa linguagem, numa atitude, nas maneiras, num estilo de vida, ou mesmo nas coisas (cetros e coroas, arminho e toga noutro tempo, quadros e móveis antigos, carros ou escritórios de luxo hoje), repousa sobre uma forma de crença originária, mais profunda e mais desenraizável do que o nome sugere. Um mundo social é um universo de pressuposições: os jogos e os objetivos que ele propõe, as hierarquias e as preferências que impõe, o conjunto das condições tácitas de pertencimento, isso que parece óbvio para quem está dentro e que é investido de valor aos olhos dos que querem entrar, tudo isso está definitivamente assentado sobre o acordo imediato entre as estruturas do mundo social e as categorias de percepção que constituem a *doxa*, ou, como dizia Husserl, a protodoxa, percepção automática do mundo social como mundo natural. O objetivismo, que reduz as relações sociais à sua verdade objetiva de relações de força, esquece que essa verdade pode ser recalçada por um efeito da má-fé coletiva e da percepção encantada que as transfigura em relações de dominação legítima, autoridade ou prestígio”.

Para que a desigualdade não surja a olho nu como fato injusto e violento, é preciso a construção de um pano de fundo consensual que diferenciará os seres humanos. Nessa medida, a ideologia do desempenho ganha significativa importância para ocultar e legitimar a dominação violenta e a perpetuação da desigualdade.

A ideologia do desempenho está exposta na tríade meritocrática da qualificação, posição e salário, com especial destaque para a posição, uma vez que o conhecimento joga importante papel no capitalismo e, desse modo, condiciona os outros dois. Na esteira de Jessé de Souza (2012, p.170)

toridade, e não apenas aquela que se impõe por meio de ordens, mas aquela exercida sem nos darmos conta, aquela que dizemos natural e que está sedimentada numa linguagem, numa atitude, nas maneiras, num estilo de vida, ou mesmo nas coisas (cetros e coroas, arminho e toga noutro tempo, quadros e móveis antigos, carros ou escritórios de luxo hoje), repousa sobre uma forma de crença originária, mais profunda e mais desenraizável do que o nome sugere. Um mundo social é um universo de pressuposições: os jogos e os objetivos que ele propõe, as hierarquias e as preferências que impõe, o conjunto das condições tácitas de pertencimento, isso que parece óbvio para quem está dentro e que é investido de valor aos olhos dos que querem entrar, tudo isso está definitivamente assentado sobre o acordo imediato entre as estruturas do mundo social e as categorias de percepção que constituem a *doxa*, ou, como dizia Husserl, a protodoxa, percepção automática do mundo social como mundo natural. O objetivismo, que reduz as relações sociais à sua verdade objetiva de relações de força, esquece que essa verdade pode ser recalçada por um efeito da má-fé coletiva e da percepção encantada que as transfigura em relações de dominação legítima, autoridade ou prestígio”.

“a ideologia do desempenho é uma ideologia na medida em que ela não apenas estimula e premia a capacidade de desempenho objetiva, mas legitima o acesso diferencial permanente a chances de vida e apropriação de bens escassos”.

Se no passado, como visto, as relações de poder eram explícitas e a violência se exercia de forma escancarada, com a modernidade o poder precisa ser mascarado. O ocultamento das relações de poder, no entanto, não permite concluir que não existam privilégios ainda hoje.

Como já se mencionou, o mero pertencimento a uma família ou a certa classe social permitia a continuidade dos privilégios, tal como demonstrado pela ligação de casamento que os membros do Poder Judiciário mantinham com a elite agrária local. Agora, seria considerada injusta a existência de privilégios apenas como pertencimento a uma família ou classe social, numa terra de liberdade e igualdade entre os indivíduos.

Para legitimar a existência de privilégios, é necessário que eles não apareçam como algo oriundo da sorte, mas como produto do talento, do mérito do indivíduo. Seriam, pois, desigualdades justas, porque fruto do esforço. Assim, a meritocracia consiste na ilusão de que os privilégios modernos são justos e aceitáveis (SOUZA, 2011). Há para todos os indivíduos as mesmas condições de alcançarem o que almejam. Basta, assim, o esforço pessoal. Aquele que alcança o “sucesso” é considerado um sujeito vencedor e tem, pois, toda a legitimidade de usufruir desse sucesso com a consciência tranquila.

A ideologia do mérito constitui um grande amortecimento que faz com que toda a sociedade não se insurja contra o capitalismo, que legitime a prática da desigualdade econômica, sem a qual o capitalismo não consegue manter-se como sistema de produção econômica dominante. É o que, efetivamente, alivia a consciência dos indivíduos de suas responsabilidades. No entanto, a ideologia do mérito esconde a dominação moderna que se produz não pelo mérito, mas pelas precondições sociais que permitem o mérito⁸.

⁸ Nas palavras de Jessé de Souza, a grande injustiça provocada não é a do mérito em si, mas sim das precondições sociais que ocultam uma desigualdade na distribuição do próprio conhecimento e do acesso ao trabalho útil e produtivo: “O que é escondido pela ideologia do mérito é, portanto, o grande segredo da dominação social moderna em todas as suas manifestações e dimensões, que é o caráter de classe não do mérito, mas das precondições sociais que permitem o mérito. Desde que se demonstre que o acesso ao conhecimento útil e, portanto, à dignidade do trabalho útil e produtivo – que é também a base da noção de sujeito racional e livre – exige pressupostos desigualmente distribuídos por pertencimento de classe, ou seja, por privilégios de nascimento e de sangue – como em qualquer sociedade moderna –, e não decorrentes de mérito ou talento individual, então podemos criticar toda a desigualdade social produzida nessas condições como injusta e ilegítima” (SOUZA, 2011, p. 121).

A cultura e o conhecimento representam o capital simbólico apto a gerar o *habitus* principal no sentido do pertencimento de um indivíduo a uma determinada classe social e depois produz o *habitus* secundário, ao permitir a desigualdade na distribuição dos fatores determinantes para alcançar o “mérito”.

Nesse ponto, o Poder Judiciário é dominado pela elite social. A esmagadora maioria dos membros do Poder Judiciário – sejam os ocupantes dos primeiros níveis da carreira judiciária, como juízes, sejam os ocupantes dos níveis intermediários, como os desembargadores, sejam, ainda, os ministros dos tribunais superiores – são indivíduos oriundos das mais tradicionais e mais antigas faculdades de Direito. Não sem razão, a maioria estudou em colégios e instituições de ensino tradicionais em seu ensino médio⁹. Por óbvio, poderíamos estender tais críticas às demais carreiras jurídicas de Estado.

As formas de ingresso, mediante concurso público ou nomeação de pessoas com “notório saber jurídico”, escancara o *habitus* e a distribuição de capital simbólico que faz com o Poder Judiciário seja cooptado pelas elites sociais.

O atual cenário do ensino e do pensamento jurídico nacionais agrava a desigualdade. Entendemos, pois, que a crise do ensino jurídico não se dá sem a crise do pensamento jurídico e a crise do pensamento jurídico não se dá sem a do ensino. Há uma simbiose necessária que produz e reproduz o cenário jurídico atual (STRECK, 2014, p. 32).

Nas faculdades de Direito, o ensino é produzido apenas sob o aspecto instrumental. Vale dizer, não há qualquer reflexão crítica sobre os pressupostos e fundamentos do que é

ensinado. Interessa apenas o conhecer a letra fria da lei e o entendimento jurisprudencial. A teorização do Direito fica em segundo plano, obra para poucos alunos que se interessam por discussões mais profundas sobre ele. Esse modelo de ensino é o que moldará o profissional da área.

O modelo de concurso público e o de exame da OAB favorecem o ensino instrumental do Direito. Os concursos públicos – e não obviamente a carreira jurídica – constituem a opção da esmagadora maioria dos bacharelados em Direito. Para tanto, eles optam por fazer um “cursinho” em vez do estágio jurídico como forma de aprendizado (FONTAINHA et al., 2014).

Os concursos públicos, por sua vez, como disserta Lenio Streck (2014, p. 33),

repetem o que se diz nos cursinhos, um conjunto de professores produz obras que são indicadas/utilizadas nos cursos preparatórios, que por sua vez servem de guia para elaborar as questões que são feitas por aqueles que são responsáveis pela feitura das provas (terceirizados – indústria que movimentam bilhões e os próprios órgãos da administração pública).

Para os que pretendem ingressar numa carreira no Estado, principalmente as carreiras jurídicas, só resta uma opção: ser “concurseiro”.

De acordo com a pesquisa feita por Fernando de Castro Fontainha no Projeto Pensando o Direito, do Ministério da Justiça junto com a Fundação Getúlio Vargas e a Universidade Federal Fluminense, “concurseiros” são aqueles indivíduos que “só se interessam por decorar ‘a letra da lei’, ter por jurisprudência dominante a do tribunal que está recrutando, concordar com a corrente doutrinária a que pertencem os membros da banca” (FONTAINHA et al., 2014, p. 33). Adicionamos ainda uma caracte-

⁹Tendo em conta os limites do presente trabalho, deixamos de oferecer dados ao leitor. No entanto, recomendamos a leitura da obra de Almeida (2010).

terística evidente dos chamados “concurseiros”: trata-se de indivíduos que têm condições financeiras suficientes para cobrir as despesas com materiais didáticos e frequência em cursinhos, bem como podem dar-se o luxo de se dedicarem *full time* aos estudos instrumentais, sem que isso lhes acarrete qualquer prejuízo.

Por óbvio, os concursos públicos pretendem a escolha do indivíduo mais bem preparado para assumir suas funções. Como dizer, entretanto, que os concursos para os cargos do Poder Judiciário escolherão juízes com capacidade de julgar conflitos aplicando o Direito adequadamente, se conhecem apenas a lei e a jurisprudência dominante? Como dizer que o mais preparado para exercer as funções jurisdicionais não consegue refletir sobre o Direito, nem conhece suas funções sociais?

Em verdade, os concursos públicos funcionam como uma ideologia de propagação da meritocracia, que esconde a desigualdade social imperante, a qual só permite o ingresso da elite nas carreiras jurídicas de Estado. Portanto, aqueles que descansam suas consciências sobre o ópio da meritocracia não conseguem enxergar os nefastos efeitos sociais que tal circunstância carrega.

3. Ativismo e contrarrevolução jurídica: o “como hermenêutico” e o Poder Judiciário

Na perspectiva social formadora da identidade do Poder Judiciário anteriormente analisada, a indagação principal é acerca da sua atuação sobre a realidade sociocultural. Para tanto, retomamos aqui o debate acerca da atitude ativista do Poder Judiciário em terras brasileiras¹⁰. Contrapondo tal perspectiva, temos a atitude contrarrevolucionária que, muitas vezes, o Poder Judiciário adota.

De um lado, podemos visualizar um Poder Judiciário comprometido com o projeto constituinte democrático inaugurado pela CF em 1988, consciente de que a proteção da ordem jurídica leva em conta a efetivação de todos os direitos individuais, coletivos e sociais prometidos e deve incluir o maior número de indivíduos nos projetos jurídicos, sociais e econômicos. Deve-se manter a coerência com a perspectiva democrática iniciada naquele ano. A manutenção da democracia jamais pode significar a tirania da maioria; de qualquer forma, o constitucionalismo oferece proteção contra essa tirania. Uma série de normas constitucionais limitadoras oferece a proteção necessária contra os excessos

¹⁰ Nosso intuito no presente trabalho não é apresentar uma definição de ativismo ou uma teoria sobre ele. Para isso, ver Silva (2013).

da maioria (DWORKIN, 1995). Há uma relação necessária e cooriginária entre democracia e constitucionalismo.

Assim, os direitos fundamentais servem como trunfos contra a maioria, nos termos propostos por Ronald Dworkin (2002). Ou seja, servem como proteção, como anteparo às pretensões excessivas da maioria. Servem como possibilidade de acionamento contra a vontade da maioria, se esta viola o *status* da igualdade. Nas palavras do *justice* Robert Jackson: “The very purpose of the Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials, and to establish them as legal principles to be applied by the courts” (UNITED STATES, 1943).

Assumimos, então, o conceito de ativismo no sentido originalmente formulado pelos conservadores que caracterizaram a Corte de Warren¹¹. No sentido que dá William Marshall (2002, p. 104), nossa expressão de ativismo judicial deve significar a atuação contramajoritária do Poder Judiciário, muito bem caracterizada no período de Earl Warren (RODRIGUES, 1991a).

O contraponto do conceito que assumimos de ativismo é o conceito de contrarrevolução jurídica, tal como formulado por Boaventura de Sousa Santos. É um movimento inverso ao ativismo judicial. Segundo entende o autor, trata-se de “uma forma de ativismo judiciário conservador que consiste em neutralizar, por via judicial, muito dos avanços democráticos que foram conquistados ao longo das duas últimas décadas pela via política, quase sempre a partir de novas constituições” (SANTOS,

2011, p. 110-111). Por menos que se possa dizer que a contrarrevolução dominou o sistema judicial, também não chega a ser mera conspiração especulativa do teórico.

Na explicação do autor, é um entendimento tácito das elites sobre decisões concretas que levam a uma posição de conservadorismo nas conquistas democráticas (SANTOS, 2011), com temas como conflitos coletivos sobre a distribuição de recursos, concepções de democracia e do próprio país. Portanto, decisões desfavoráveis a movimentos do MST, ao direito originário das comunidades indígenas e quilombolas, nada mais representam do que a emergência de uma contrarrevolução jurídica.

O próprio STF, no julgamento da ADPF 153 – em que se discutia a constitucionalidade da Lei de Anistia para que esta não fosse estendida aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra os militantes políticos durante o regime militar –, deu exemplo do cenário que domina nosso Poder Judiciário, mostra concreta de sua atuação contrarrevolucionária.¹²

Nesse sentido, veja-se que a formação da identidade social do Poder Judiciário pode dizer algo sobre os sentidos de sua atuação. As decisões, as soluções dos conflitos de interesses, estão sempre recobertas com uma ideologia marcante – ideologia cínica no sentido de Slavoj Žižek, em que “eles sabem muito bem o que estão fazendo, mas o fazem assim mesmo” (ŽIZEK, 1996, p. 14).

O mundo da vida (*Lebenswelt*) husserliano compreende uma imersão na dimensão histórico-cultural, um espaço pré-científico de relações intersubjetivas e valores que configuram a cotidianidade e suas vivências com costumes, usos, saberes e valores. O mundo da vida configura um saber objetivo que configura e an-

¹¹De qualquer modo, não se desconhece que o termo ativismo judicial pouco ou quase nada significa. Ver Kmiec (2004, p. 1.446).

¹²Para uma ampla discussão, ver Meyer (2012).

tecede o conhecimento científico (HUSSERL, 2002).

Também Habermas (2010, p. 84) afirma que o mundo da vida constitui o horizonte de sentido antepredicativo e pré-constituente das operações interpretativas de que fazemos uso inconsciente sob o fundamento da certeza. Na esteira das tradições, das relações sociais intersubjetivas abraçadas, somos dependentes dessa constituição de sentido.

Nesse pano de fundo sociocultural em que o Poder Judiciário é formado, como dizer que ele se mostra preocupado e comprometido com a garantia de direitos das minorias? Como dizer que atuará na defesa dos socialmente excluídos?

A resposta parece residir na própria análise da filosofia hermenêutica, na própria constituição do ser. A nossa existência deve ser compreendida como uma possibilidade, uma abertura imanente ao próprio existir. Nas palavras de Gianni Vattimo (1998, p. 25),

“dizer que o homem existe não pode, pois, significar que o homem seja algo dado, porque aquilo que o homem tem de específico e que o distingue das coisas é justamente o facto de estar referido à possibilidade e, portanto, de não existir como realidade simplesmente-presente”.

A compreensão de algo no mundo – e aqui colocamos a compreensão e a interpretação das diversas questões jurídicas submetidas ao Poder Judiciário – depende sempre da própria abertura do ente para o mundo (HEIDEGGER, 2012, p. 87). Isso implica que somos projetados, isto é, somos lançados no projeto de nossa própria existência. O sentido das coisas já não está instrumentalizado e à nossa própria mão. Não vemos as coisas como objetos.

A compreensão não é simples presença. Somos constituídos pela própria pré-com-

preensão que já sempre temos do mundo. A compreensão é apenas a articulação de coisas que já estão desveladas. Não há uma subjetividade assujeitadora do objeto a conhecer. É uma relação constitutiva e originária que o “ser-aí” mantém com o mundo e o faz existir (VATTIMO, 1998, p. 36).

Por isso, a interpretação depende do círculo hermenêutico, tal como definido por Heidegger (2012): uma estrutura prévia existencial que exprime o conhecimento mais originário dado pela posição prévia, visão prévia e concepção prévia de algo no mundo. Nessa medida, a questão não é livrar-se do círculo, já que as pré-compreensões determinam o horizonte de sentido, mas sim entender que nossa interpretação depende sempre da nossa possibilidade de existência, já que somos projetados para a existência.

Assim, como dizer que poderá o Poder Judiciário realizar um ativismo na acepção mais lúcida da palavra, com a defesa de interesses e dos direitos das minorias alijadas do processo político-constitucional, se, por evidente, seus membros são recrutados e pertencentes à própria elite política e econômica? Será possível que tais membros saibam separar suas próprias pré-compreensões no momento da aplicação do Direito, sem se projetar para a interpretação jurídica?

É factível, assim, que tenhamos várias decisões judiciais contrarrevolucionárias, impedindo o acesso das minorias ao projeto democrático, pela simples razão de que o Poder Judiciário é formado pela própria elite e projeta sua existência em sua atividade jurisdicional.

Considerações finais

Abordamos uma intrincada relação entre os julgamentos do Poder Judiciário, sua própria

identidade social e a questão hermenêutica que vincula seus julgamentos. Por ora, este ensaio pretendeu sinteticamente desvelar questões que são muitas vezes ocultadas de forma até mesmo cínica nas próprias decisões jurisdicionais.

A própria forma como se deu a constituição do Poder Judiciário no Brasil é indicativa de sua posição hegemônica na sociedade. A situação da sua constituição histórica é presença marcante na sua atuação. Sua estreita ligação com a elite não foi abandonada.

Aliás, mesmo com a abertura democrática promovida pela CF em 1988, demonstramos que nosso Poder Judiciário ainda é um reduto para os membros da elite. A própria forma de seleção ainda é problemática se considerarmos que seus membros se produzem e reproduzem por meio da transmissão do conhecimento jurídico e da forma de ingresso que privilegia os indivíduos que compartilham do mesmo *habitus*.

Isso se reflete na forma como o Poder Judiciário atua. De um poder menos perigoso, transforma-se, ao menos no Brasil, em um poder estatal que determina exclusões do processo democrático. Mesmo que queiramos interpretar de modo mais brando, é impossível que a compreensão de algo no mundo saia de seu mundo da vida, da possibilidade de sua própria existência.

A problematização dessas questões não tem o poder de deslegitimar por completo as decisões judiciais: apenas reflete sobre condições estruturais e busca desvelar a ideologia por trás delas.

Sobre o autor

Diogo Bacha e Silva é mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), Pouso Alegre, MG, Brasil; professor e coordenador do Curso de Direito da Faculdade de São Lourenço, São Lourenço, MG, Brasil; advogado.
E-mail: diogobacha@ig.com.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹³

JUDICIAL ACTIVISM OR LEGAL COUNTERREVOLUTION? IN SEARCH OF SOCIAL IDENTITY OF THE JUDICIARY

¹³Sem revisão do editor.

ABSTRACT: The article discusses a necessary relationship that must exist between the social identity of the Judiciary and its operations. The historical constitution of the judiciary in Brazil is more than a curiosity of the past. The historicity can give us many answers about this problem itself. As such, the capture of the judiciary by elites is a constitution of its own actuation direction. Analyzed, then the judiciary can be had as an activist power or acts counterrevolutionary. The answers can be completed through the hermeneutic philosophy of Heidegger.

KEYWORDS: ACTIVISM. LEGAL COUNTERREVOLUTION. SOCIAL IDENTITY OF THE JUDICIARY.

Referências

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro. *A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil*. 2010. 329 p. Dissertação (Doutorado em Ciência Política)–Universidade de São Paulo, Programa de Pós-graduação em Ciência Política, São Paulo, 2010.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Prefácio. In: SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a ilegítima apropriação do discurso de justificação pelo STF*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2013.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

_____. Capital simbólico e classes sociais. *Novos Estudos-CEBRAP*, n. 96, jul. 2013.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.154906/MG. Relator: Min. Barros Monteiro. DJ, 4 maio 2004. *Diário da Justiça*, 2 ago. 2004.

_____. Tribunal Regional Federal. Decreto de 18 de março de 2014. [Resolve nomear Leticia de Santis Mendes de Farias Mello, para exercer o cargo de Juíza do Tribunal Regional Federal da 2ª Região]. *Diário Oficial da União*, 19 mar. 2014.

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2011.

COSTA, Emília Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: IEJE, 2001.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy. *European Journal of Philosophy*, v. 3, n. 1, p. 2-11, abr. 1995.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boerio. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.

FONTAINHA, Fernando Castro et al. *Processos seletivos para a contratação de servidores públicos: Brasil, o país dos concursos?: relatório de pesquisa*. Rio de Janeiro: Direito Rio, 2014. (Novas ideias em direito). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11929/Processos%20seletivos%20para%20a%20contrata%C3%A7%C3%A3o%20de%20servidores%20p%C3%BAblicos%20-%20Brasil,%20%20pa%C3%ADs%20dos%20concursos.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14 ago. 2015.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France, 1975-1976*. Tradução Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidade y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 6. ed. Madri: Editorial Trotta, 2010.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Campinas, SP/Petrópolis, RJ: Ed. UNICAMP/Vozes, 2012.

HOLANDA, Sergio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 220 p.

HUSSERL, Edmund. *A crise da humanidade europeia e a filosofia*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *California Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1442-1476, out. 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>. Acesso em: 14 ago. 2015.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: NIKLAS Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, v. 73, set. 2002.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *Ditadura e responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2012.

RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte de Warren: (1953-1969): revolução constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991a. 2. v. t.1

_____. *História do Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991b.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a ilegítima apropriação do discurso de justificação pelo STF*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2013.

SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: quem é e como vive*. 1. reimp. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

_____. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

STRECK, Lenio. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

UNITED STATES. West Virginia State Board of Education v. Barnette. *United States Supreme Court*, n. 591, 14 jun. 1943. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/319/624.html>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo/Brasília: Imprensa Oficial/Editora UnB, 2004. v. 2.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 5. ed. rev. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ZIZEK, S. O espectro da ideologia. In: UM MAPA da ideologia. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.