

## ATIVISMO JUDICIAL: EFETIVIDADE DE DIREITOS OU JOGOS ESTRATÉGICOS?

Viviane Freitas Perdigão<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente estudo tem como finalidade uma reflexão sobre o sujeito discursivo, o sentido, enunciação, ideologia e condições de produção no discurso da nova realidade brasileira apresentada pela interferência dos Tribunais, na construção do ativismo judicial, fator de efetividade de direitos fundamentais. Apresentará como referencial teórico a análise do discurso francesa, diversas doutrinas, discurso político sobre o tema, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e opinião pública. Conclui-se que o discurso ativista, na efetivação de direitos, perpassa por jogos estratégicos, de ação e reação, de dominação e esquivas, como também de lutas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Análise do discurso. Ativismo Judicial. Direitos Fundamentais.

### ABSTRACT

The present study aims to reflect on the subject of discourse, meaning, enunciation, ideology and production conditions in the discourse of the new Brazilian reality presented by the interference of the courts in the construction of judicial activism, effectiveness factor of fundamental rights. Present as a theoretical analysis of the French discourse, various doctrines, political discourse on the subject, Superior Court of Justice and public opinion. We conclude that the speech activist, in enforcing rights, permeates strategy games, action and reaction, and avoidance of domination, but also fights.

**KEY-WORDS:** Discourse analysis. Judicial Activism. Fundamental Rights.

<sup>1</sup> Advogada e Licenciada em Letras. Especialista em Direito Previdenciário. Aluna do Programa do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão



## 1 INTRODUÇÃO

A grande maioria dos Estados democráticos contém uma parcela de poder político para ser exercido pelo Judiciário. Em verdade, são agentes políticos que não foram eleitos. Entretanto, quando os órgãos judiciais resolvem conflitos entre particulares, determinando, por exemplo, o pagamento de uma indenização por quem causou um acidente, punindo um homicida, resolvendo um divórcio, um dissídio coletivo trabalhista, conflitos de vizinhança ou o despejo de um imóvel, não há que se falar em polêmica sobre a legitimidade do poder que exerce.

Percebe-se que em tais modelos democráticos, a Constituição confere a ele competência para solucionar os litígios em geral. Contudo, a questão ganha em muita complexidade quando o Judiciário atua em disputas que envolvem a validade de atos estatais ou nas quais o Estado, como outros órgãos de Poder, seja parte. É o que ocorre quando declara inconstitucional a cobrança de um tributo, por exemplo, a taxa de lixo, suspende a execução de uma obra pública por questões ambientais e aplica o chamado “Termo de Ajustamento de Contuta-TAC”, determina a um hospital público que realize tratamento experimental em paciente que solicitou tal providência em juízo. Mas algo que tem chamado atenção dos juízes federais, no contexto atual, é deferir pedido de desaposentação, mesmo não havendo em tal caso qualquer lei expressa do Congresso Nacional ou Decreto Presidencial que autorize a medida.

Nestes casos, juízes e tribunais sobrepõem sua vontade à de agentes públicos de outros Poderes, eleitos ou nomeados para o fim específico de fazerem leis, construírem estradas ou definirem as políticas de saúde.

Para blindar a atuação judicial da influência imprópria da política, a cultura jurídica tradicional sempre se utilizou de dois grandes instrumentos: a independência do Judiciário em relação aos órgãos propriamente políticos de governo; e a vinculação ao direito, pela qual juízes e tribunais têm sua atuação determinada pela Constituição e pelas leis.

Órgãos judiciais, ensina o conhecimento convencional da prática jurídica do século XXI, não apresentam vontade própria, mas concretizam a vontade política majoritária manifestada pelo constituinte originário ou pelo legislador reformador. O mecanismo de interpretar e aplicar normas jurídicas são concretizadas por um conjunto de princípios, regras, convenções, conceitos e práticas que dão consistência à ciência do direito ou dogmática jurídica. Este, portanto, o discurso



padrão: juízes são independentes da política e limitam-se a aplicar o direito vigente, de acordo com critérios aceitos pela comunidade jurídica.

Contudo, observa-se que diante de todo o discurso na proteção e efetividade de direitos fundamentais que explicitamente não estão protegidos em leis ou decretos existem atravessamentos. Percebe-se que há lugares onde as verdades são produzidas.

Nota-se que os discursos produzidos numa sociedade não são livres. Existe uma cadeia de situações que os controlam e os selecionam. Assim, no discurso proativo do Poder Judiciário também há um controle, pois sua materialidade pode ser vista por outros Poderes como temível ferramenta.

O presente estudo busca atentar para reflexões sobre o discurso ativista e as diferentes formas de poder (pelos próprios doutrinadores, Pelos Poder Legislativo, órgãos do Executivo, pelo Poder Judiciário) que ora defendem e ora tentam rechaçar a construção do trabalho intenso e efetivo do Poder Judiciário em espaços vazios (concretização de direitos fundamentais). Além de revelar que o discurso ativista do Poder Judiciário faz parte de um conjunto de estratégias estando em jogo a luta pelo poder, sob o argumento de atender os interesses sociais em conflitos.

Adota-se a linha metodológica da análise do discurso onde se é capaz de observar, por meio dos vestígios que deixam no discurso, as formações imaginárias em suas relações de sentido e de forças. Assim, pode-se visualizar o dizível e o não dizível do discurso ativista, o modo como são afetados por diferentes memórias discursivas, os processos de identificação e os jogos simbólicos que estabelecem entre si (os sujeitos) e com a ideologia.

Como elemento de importância a ser ressaltado, buscou-se a análise, no âmbito do Poder Legislativo, os discursos de parlamentares sobre o projeto da desaposentação obtidos diretamente dos sítios eletrônicos de ambas casas legislativas federais. No que tange ao Poder Executivo, buscou-se publicações e discursos oficiais, também diretamente no endereço virtual de entidades que pesquisam aquele poder. Quanto ao Poder Judiciário trouxe jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça cuja ementa do julgado foi obtida pelos mesmos mecanismos acima

O presente artigo está dividido em duas partes, a primeira trás reflexões sobre a construção do enunciado ativismo judicial. Na segunda parte, a discussão concentra-se em analisar a construção do discurso do Poder Executivo para se evitar um possível ativismo, Poder Legislativo



para construir direito a desaposentação e do Poder Judiciário no deferimento de tal direito. Por fim, conclui-se, indiscutivelmente, que como todo discurso, o discurso ativista não é livre. Nele há uma cadeia de situações que os controlam e os selecionam. Embora seja um discurso de efetividade de direitos, por trás, extrai-se tudo que há nele de violento, descontinuo e desordenador.

## 2 O ENUNCIADO ATIVISMO JUDICIAL

Observa-se que não há consenso sobre o que seja ativismo judicial<sup>2</sup>. Sabe-se que ativismo judicial é uma expressão importada dos Estados Unidos e que foi usada, para demonstrar a atuação da Suprema Corte daquela nação durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Durante tal composição houve uma grande mudança nas diversas práticas políticas. Assim, começava-se a construir uma jurisprudência progressista americana em matéria de direitos fundamentais (BARROSO, 2012). A par disso, o Poder Judiciário atuava sem que existisse qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial que autorizasse um determinado tema.

Aqui no Brasil, Valle (2009, p. 19) contribui com o termo ativismo afirmando que ele possui dois aspectos: finalístico e comportamental. Aquele, indica o compromisso com a expansão dos direitos individuais, este, indica a visão pessoal de cada magistrado na interpretação da norma constitucional.

De outro lado, para Nelson Nery Junior e Georges Abboud (2013, p. 528), “o ativismo é pernicioso para o Estado Democrático de Direito não podendo portanto, diferenciar-se entre bom ou mal ativismo”. Para os autores, a decisão ativista se pauta em convicções pessoais, senso de justiça do interprete em desfavor da legalidade vigente. Ainda, para eles, o ativismo não possui ideologia ou orientação política pré-definida:

Ou seja, o ativismo não possui ideologia ou orientação política pré-definida. Pode ser extremamente liberal (análise puramente econômica do direito) ou de extre-

---

<sup>2</sup> Muitos autores discorrem sobre o tema. Ronald Dworkin, filósofo do direito norte-americano, é um dos que vê o ativismo judicial com certa ressalva: “[...] Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.” (DWORKIN, 1999, p. 451).



ma esquerda (viés marxista). O que efetivamente caracteriza o ativismo é a substituição da legalidade vigente e do texto constitucional pelo senso de justiça e pelas convicções pessoais do magistrado da ocasião (NERY JUNIOR; ABOUD, 2013, p. 530).

Entretanto em relação ao discurso acima, na visão de Michel Pêcheux (1997, p. 191), “não há discurso científico puro”. Ensina o autor, que a história da produção dos conhecimentos não está acima ou separada da história da luta de classes, como o bom lado da história se oporia ao mau lado. Isso implica que a produção histórica de um conhecimento científico dado não poderia ser imaginada como criação da imaginação humana, um desarranjo dos hábitos do pensamento ou uma inovação nas mentalidades,

(...) as “ideias científicas”, as concepções gerais e particulares (epistemologicamente regionais) historicamente apontáveis para cada época dada - em suma, as ideologias teóricas e as diferentes formas de “filosofia espontânea” que as acompanham - não estão separadas da história (da luta de classes): elas constituem “compartimentos” especializados das ideologias práticas sobre o terreno da produção dos conhecimentos. (...) o que significa dizer que o sistema das ideologias teóricas próprio a uma época da história dada, com formações discursivas que lhes são correspondentes, é, em última instância, determinado pelo todo complexo com dominante das formações ideológicas em presença (isto é, o conjunto dos aparelhos ideológicos de Estado) (PÊCHEUX, 1997, p. 192).

A par disso, as contradições no discurso ativista o que constituem o que Pêcheux (1997, p. 191) chamaria de “condições ideológicas da reprodução/ transformação das relações de produção” se repercutem, com deslizamentos, deslocamentos etc, no todo complexo das ideologias teóricas sob a forma de “relações de desigualdade-subordinação que determinam os interesses teóricos em luta numa conjuntura dada”.

Voltando-se ao enunciado ativismo judicial, doutrinador americano, Keenan Kmiec, afirmou que reclamações às decisões ativistas inflacionavam a Corte Suprema americana e que as críticas sobre o assunto são pouco esclarecedoras. Como solução, visualiza o jurista,



banir o termo ou o usá-lo com cautela (KMIEC, 2012, apud, STRECK; SALDANHA, 2013, p. 397).

Assim, se percebe que embora o enunciado ativismo judicial seja de origem americana, os juristas daquele país ainda não concordam sobre seu sentido. Entretanto, deve ressaltar, que todo falante é correspondente de algo em maior ou menor grau. Isto porque ele não é o primeiro falante sobre ativismo judicial ou o primeiro a ter violado o eterno silêncio do universo sobre o tema. A existência do sistema da língua que usa, mas também, de alguns enunciados antecedentes-dos seus e alheios- com os quais o seu enunciado entra nessas ou naquelas relações, ou seja, baseia-se neles, polemiza com eles, cria-se o status do ativismo judicial. “Cada enunciado é um elo na corrente complexamente organizada de outros enunciados”, relembra Bakhtin (2010, p. 272).

O enunciado “ativismo judicial”, assim como os diversos enunciados é uma função de existência que pertence, exclusivamente, aos signos, e a partir da qual se pode decidir, quer seja pela análise ou pela intuição, se eles “fazem sentido” ou não, de acordo com a regra que se sucedem ou se justapõem, de que são signos, e qual espécie de ato se encontra realizado por sua formulação (oral ou escrita). “É uma função que cruza um domínio de estruturas e de unidades possíveis e que faz com que apareçam, com conteúdos concretos, no tempo e no espaço” (Foucault, 2008, p. 98). Sobre como se definir um enunciado, esclarece Foucault:

É preciso, frequentemente, mais de um enunciado para efetuar um speech act: juramento, prece, contrato, promessa, demonstração exigem, na maior parte do tempo, um certo número de fórmulas distintas ou de frases separadas: seria difícil contestar, em cada uma delas, o status de enunciado, sob o pretexto de que são todas atravessadas por um único e mesmo ato ilocutório. Talvez se diga que, nesse caso, o próprio ato não permanece único ao longo da série dos enunciados; que há, em uma prece, tantos atos de prece limitados, sucessivos e justapostos quantas forem as exigências formuladas por enunciados distintos; e que há, em uma promessa, tantos comprometimentos quantas forem as sequências individualizáveis em enunciados separados (FOUCAULT, 2008, p. 94)



Assim sendo, o enunciado não atravessa os séculos e é usado conforme a época, ele é inventado em cada época (FOUCAULT, 2008, p. 25). Em seguida, ele está sempre em correlação, ou seja, nunca está isolado num discurso no qual se busca o sentido numa continuidade, e sim é sempre vizinho de outro enunciado (FOUCAULT, 2008, p. 31). Por fim, percebe-se o enunciado na sua descontinuidade, isto é, não é na sua forma contextual ou estrutural, ou melhor, num ambiente de texto. Ele é marcado pela sua relação com outros enunciados e não na participação da construção de sentido de um texto. É nesta perspectiva que o enunciado ativismo judicial deve ser verificado.

Ressalta-se que, assim como na construção do discurso ativista, a questão não é pulverizar formações discursivas tradicionais (literatura, ciência, filosofia, etc.) em infinitos enunciados que se relacionam de acordo com a vontade do investigador ou, ainda, de uma pretensa unidade e continuidade, mas compor quadros dos quais as próprias formações tradicionais são parte, ou melhor, encontram o seu lugar de constituição no discurso (FOUCAULT, 2008, p.32-33).

Dessa forma, o enunciado não é

um elemento último, indecomponível, suscetível de ser isolado em si mesmo e capaz de entrar em jogo de relações com outros elementos semelhantes a ele; como um ponto sem superfície mas que pode ser demarcado em planos de repartição e em formas específicas de agrupamentos; como um grão que aparece na superfície de um tecido de que é o elemento constituinte; como um átomo do discurso (FOUCAULT, 2008, p.90).

Sobre estas formas especiais de agrupamentos do enunciado, Dworkin, na sua percepção de ativismo judicial, tenta colocar a solução de problemas difíceis nos princípios, nas leis, no Direito, mas nunca na discricionariedade, ou seja, livre arbítrio do julgador:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeitada ambição que a



integridade assume a ambição de ser uma comunidade de princípios (DWORKIN, 1999, p. 451).

Já para Hart, negando a ideia de princípios de Dworkin, afirma que em casos difíceis (por exemplo, o caso de interrupção da gravidez de fetos anencéfalos) o juiz deve usar a discricionariedade, pois não há como prever uma resposta para todos os conflitos que apareçam:

O conflito direto mais agudo entre a teoria jurídica deste livro e a teoria de Dworkin é suscitado pela minha afirmação de que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido pré-existente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe os seus poderes de criação do direito (HART, 2001, p. 335).

Na visão de Richard Posner (2009, p. 423-424) o ativismo judicial não é visto como revolucionário, “mas um elemento para a concretização de direitos fundamentais enraizados na ideia de que ao decidir, o juiz tem o seu processo e, assim, pode fazer decisões discricionárias”. Trata-se de um ativismo comprometido conscientemente ou não com as consequências da decisão.

Em contrapartida, mais uma vez Ronald Dworkin (2007), critica veemente esse pragmatismo consequencialista utilitarista. Para o autor, um juiz ativista ignora toda uma cadeia de situações que não se ajustam a prática constitucional:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignora o texto da constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpreta-la e as du-



radoras tradições de nossa cultura política. O ativismo ignora tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devam ajustar-se à prática constitucional, e não ignora-la (DWORKIN, 2007, p. 272).

Ao contrário do pragmatismo, que adota critério prático de dotar este ou aquele princípio para ajudar a melhorar as coisas, Dworkin entende não estar dando ensejo ao ativismo judicial, “porque o seu protótipo de juiz não decide livremente, guiado pela própria consciência, e sim vinculado a prática constitucional de um País que adote a visão da direito como integridade (Estados Unidos, segundo Dworkin)” (RAMOS, 2010, p. 36).

Assim sendo, percebe-se que entre os autores, na construção do enunciado ativismo judicial, criou-se um documento construído a partir da experiência de receber a enunciação de outrem em sua consciência e sobre as tendências sociais estáveis que advém da apreensão ativa do discurso de outrem que se manifestam nas formas da língua. Logo,

como, na realidade, apreendemos o discurso de outrem? Como o receptor experimenta a enunciação de outrem na sua consciência, que se exprime por meio do discurso interior? Como é o discurso ativamente absorvido pela consciência e qual a influência que ele tem sobre a orientação das palavras que o receptor pronunciará em seguida? Encontramos justamente nas formas do discurso citado um documento objetivo que esclarece esse problema. Esse documento, quando sabemos lê-lo, dá-nos indicações, não sobre os processos subjetivo-psicológicos passageiros e fortuitos que se passam na “alma” do receptor, mas sobre as tendências sociais estáveis características da apreensão ativa do discurso de outrem que se manifestam nas formas da língua. O mecanismo desse processo não se situa na alma individual, mas na sociedade, que escolhe e gramaticaliza – isto é, associa às estruturas gramaticais da língua – apenas os elementos da apreensão ativa, apreciativa, da enunciação de outrem que são socialmente pertinentes e constantes e que, por consequência, têm seu fundamento na exis-



tência econômica de uma comunidade lingüística dada (BAKHTIN, 2006, p. 149).

Fica claro, portanto, que até entre os pesquisadores do assunto há uma disciplina e uma forma como tais discursos são produzidos. Percebe-se que eles delimitam um campo de verdade (ativismo judicial) onde o discurso deve se inserir, ou seja, as regras impostas para a construção de um discurso dentro de um campo do conhecimento. Com se da a construção do enunciado e, ainda, controla o domínio dos objetos, métodos, corpos de proposições verdadeiras ou falsas, um jogo de regras de definições, técnicas e instrumentos.

A par disso, colabora Foucault (1996, p.33-34):

No interior dos seus limites, cada disciplina reconhece proposições verdadeiras e falsas; mas repele para o outro lado das suas margens toda uma teratologia do saber. O exterior de uma ciência está mais e menos povoado do que julgamos: certamente que há a experiência imediata, os temas imaginários que trazem e reconduzem incessantemente crenças sem memória; mas talvez não haja erros em sentido estrito, porque o erro não pode surgir e ser avaliado senão no interior de uma prática definida; em contrapartida, há monstros que circulam e cuja forma muda com a história do saber. Numa palavra, uma proposição tem de passar por complexas e pesadas exigências para poder pertencer ao conjunto de uma disciplina; antes de se poder dizê-la verdadeira ou falsa, ela deve estar, como diria Canguilhem, “no verdadeiro”.

Assim, no próprio processo interno de construção do discurso ativista de uma maior e intensa participação do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com ampla interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes (Legislativo e Executivo) existe um regramento e há um intrínseco processo de classificação, ordenação e distribuição do que pode ser dito sobre o tema.

Em verdade, tais discursos não são construídos de forma aleatória. Eles não são neutros nem transparentes. Percebe-se que embora cada um traga suas restrições quanto aos limites de julgar, mas tanto em Hart como em Dworkin e demais expoentes no assunto, existe a ligação do desejo e poder na construção do discurso ativista.



Enfim, o discurso, e no presente estudo o ativista, aparentemente, pode até nem ser nada, mas, os interditos que o atingem, revelam bem cedo e de imediato, o seu vínculo tanto ao poder quanto ao desejo. E isto, não causa admiração. Isto porque, conforme Foucault (1996, p. 10) o discurso, demonstrado pela psicanálise não é simplesmente aquilo que manifesta (ou esconde) o desejo. É, sobretudo, aquilo que é alvo de desejo. A própria história, segundo o autor, sempre o ensinou que “o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas é aquilo pelo qual e com o qual se luta, é o próprio poder de que procuramos assenhorearnos”.

Por derradeiro, Roland Barthes chama atenção para a relação discurso e poder. Para o autor, o poder está presente nos mais finos mecanismos de intercâmbio social. Ele não só elenca o Estado, mas também, as classes, os grupos, as modas, as opiniões correntes, os espetáculos, os jogos, os esportes, as informações, as relações familiares e privadas, e até mesmo os impulsos liberadores que tentam de certa maneira contestá-lo. Para o professor,

Chamo discurso de poder todo discurso que engendra o erro e, por conseguinte, a culpabilidade daquele que o recebe. Alguns esperam de nós, intelectuais, que nos agitemos a todo momento contra o Poder; mas nossa verdadeira guerra está alhures: ela é contra os poderes, e não é um combate fácil: pois, plural no espaço social, o poder é, simetricamente, perpétuo no tempo histórico: expulso, extenuado aqui, ele reaparece ali; nunca perece; façam uma revolução para destruí-lo, ele vai imediatamente reviver, re-germinar no novo estado de coisas (BARTHES, 1977, p. 11).

Assim sendo, o enunciado ativismo judicial é influenciado pelo poder como um objeto ideológico, que se insinua nos lugares onde não se ouve de início, nas instituições, nos ensinamentos, mas, no entanto, que ele, o poder, é sempre uno.

### **3 OS DIFERENTES SENTIDOS, ENUNCIÇÕES, IDEOLOGIAS, CONDIÇÕES DE PRODUÇÃO E SUJEITOS DISCURSIVOS DO DISCURSOS ATIVISTA**

#### **3.1 Nas diferentes doutrinas**



Segundo Bork (2003, p. 9), “é mais fácil saber um voto ou uma decisão pelo nome do juiz do que pela tese jurídica aplicável ao caso concreto”. A referida visão, tida por alguns como cética (FRIEDMAN, 2005), pode acarretar duas consequências negativas: acaba por deslegitimar a função judicial e libera os juízes para fazerem o que quiserem (DORF, 2006).

Para Luis Roberto Barroso (2012), existem duas razões que se opõem a tal perspectiva. A primeira, de cunho subjetivista, os juízes são verdadeiramente vocacionados e apresentam como motivação primária e primordial a interpretação adequada do direito vigente, com a valoração imparcial dos elementos fáticos e jurídicos relevantes. Já a perspectiva objetivista, mostra que leis, Constituição, jurisprudência serão limitadores nas práticas jurídicas.

Para o realismo jurídico, teoria criada no século XX e que abre espaço ao ativismo judicial, o formalismo jurídico já não atendia mais aos anseios sociais. Findou-se a ideia de que a atividade judicial seria mecânica, acrítica e unívoca (GARCIA NETO, [200-]).

Enfatizando que o direito tem ambiguidades e contradições, o realismo jurídico sustentava que a lei não é o único – e, em muitos casos, sequer o mais importante – fator a influenciar uma decisão judicial. Em grandes possibilidades, é o juiz que faz a escolha do resultado, à luz de suas intuições, personalidade, preferências e preconceitos.

Nos Estados Unidos, por exemplo, sustentava-se o discurso de que as decisões judiciais não passam de escolhas políticas, encobertas por um discurso que procura exibir neutralidade (KENNEDY, 1991).

Assim como na América Latina<sup>3</sup>, no Brasil, o Poder Judiciário tem sido conduzido a decidir sobre questões no campo da genética, da cibernética, ambientais, evolução científica e técnica e efetivação de direitos sociais. Para Lenio Luis Streck e Jânia Saldanha (2013, p. 403) essa atuação do judiciário deve ser entendida de acordo com o modelo de Estado brasileiro, ou seja, “de regime presidencialista, conformado pelos poderes executivo, legislativo e judiciário em que o tribunal máximo faz parte deste último e não se encontra como entidade separada e autônoma, como ocorre em alguns sistemas europeus”.

<sup>3</sup> Na Argentina, por exemplo, a Corte Suprema da Justiça daquele país decidiu ser crime federal espionar o Facebook de outra pessoa. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalJurisprudencia&idConteudo=271349>. Acesso em: 23 de jul 2014.



Entretanto, comparando-se com os Estados Unidos, aqui no Brasil, o peso político é menos relevante ou, no mínimo, menos visível, pois a maior parte dos cargos no Judiciário são preenchidos mediante concurso público e promoções internas<sup>4</sup>. Mas não é este o caso das nomeações para o Superior Tribunal de Justiça, em que os parâmetros constitucionais são vagos (reputação ilibada e notável saber jurídico).

Em contrapartida, na concretização de direitos fundamentais nos Estados Unidos tem sido enfatizada a extrema importância do gênero e da raça na determinação de certos padrões decisórios do juiz. Já no Brasil, em tribunais superiores e no Superior Tribunal de Justiça a origem profissional do Ministro submete características perceptíveis no seu modo de atuação judicial: Ministros que vêm da Magistratura, do Ministério Público, da advocacia privada, da advocacia pública ou da academia tendem a colocar, no exercício da jurisdição diária, a influência de experiências enquanto atuante na antiga carreira (SILVA, 2008).

Percebe-se que as decisões judiciais são influenciadas por diversos fatores. Na doutrina de Fábio Comparato (2004, p. 153), “os Tribunais não são guardiães de um direito que não sofre o influxo da realidade, das maiorias políticas e dos múltiplos atores de uma sociedade plural”.

Explica-nos Cambi (2009, p.245) que no contexto atual, os diversos órgãos, entidades e, sobretudo, as pessoas se agitam, atuando e reagindo na perspectiva de alcançar direitos. É possível notar os Poderes Legislativo e Executivo, o Ministério Público, os Estados da Federação, assim como, entidades da sociedade civil almejam eles, nos autos ou fora deles, fazer valer seus direitos, interesses e, também, preferências. Concretizam suas atuações por meios formais e informais. E o Superior Tribunal de Justiça, como ocorre com as cortes constitucionais, não vive fora do contexto político-institucional sobre o qual sua atuação repercute.

Assim, constrói-se uma atuação judicial peculiar, na qual a jurisprudência quem diz o que pode ser entender por direito. É a expressão

---

<sup>4</sup> Segundo o artigo 93 da CF/88 deve haver concurso público para ingresso na carreira de magistratura:

Art. 93 - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;



deste pensamento, o Ministro Humberto Gomes de Barros do Superior Tribunal de Justiça:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do STJ, assumo autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto (...). Esse é o pensamento do STJ, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja (BARROS, 2002, apud, MORAES, 2012).

Realçando a interferência de fatores no momento de julgar, tais como o próprio poder, corrobora a doutrina de Luís Roberto Barroso:

Diante disso, o papel e as motivações da Corte sofrem a influência de fatores como, por exemplo: a preservação e, por vezes, a expansão de seu próprio poder; a interação com outros Poderes, instituições ou entes estatais; e as consequências práticas de seus julgados, inclusive e notadamente, a perspectiva de seu efetivo cumprimento (BARROSO, 2011, p.110).

Note-se, todavia, em desfecho do tópico, que eventuais preferências políticas do juiz são contidas não apenas por sua subordinação aos sentidos mínimos das normas constitucionais e legais, como também por fatores extrajudiciais, dentre os quais se podem destacar: a interação com outros atores políticos e institucionais, a perspectiva de cumprimento efetivo da decisão, as circunstâncias internas dos órgãos colegiados, além da opinião pública. Assim, percebe-se que os discursos dos juízes não são ininterruptos, mas são descontínuos em vista dos procedimentos de controle.

Nesse sentido, corrobora Foucault (1996, p. 52-53) que os discursos são práticas descontínuas, que se cruzam em algumas vezes, mas também se ignoram ou excluem:



Um princípio de descontinuidade: que haja sistemas de rarefacção não quer dizer que aquém deles, ou para-além deles, reine um grande discurso ilimitado, contínuo e silencioso, discurso que, por via desses sistemas, se encontraria reprimido ou recalçado, e que teríamos de reerguer, restituindo-lhe a palavra. Não é necessário imaginar um não dito ou um impensado que percorre e entrelaça o mundo com todas as suas formas e todos os seus acontecimentos, o qual teríamos de articular, ou, finalmente, pensar. Os discursos devem ser tratados como práticas descontínuas que se cruzam, que às vezes se justapõem, mas que também se ignoram ou se excluem.

Além desta prática descontínuas que se cruzam, justapõem-se ou ora se ignoram, ora se excluem, os discursos sobre o que seja ativismo judicial para os doutrinadores, liga, os indivíduos a certos tipos de enunciação e lhes proíbe, conseqüentemente, todos ou outros” (FOUCAULT, 1996, p.42-43). Para que uma doutrina sobre determinado enunciado exista é necessário o reconhecimento das mesmas verdades e a aceitação de certa regra, mais ou menos flexível, em conformidade com os discursos validados. Logo, os doutrinadores do ativismo judicial servem-se de certos tipos de enunciação para ligar indivíduos entre si, e desse modo os diferenciar de todos os outros.

### 3.2 Os posicionamentos nos diversos poderes

Avaliando-se o tema desaposentação, atual como exemplo de ativismo judicial, percebe-se que há diversos posicionamentos sobre o assunto, com aplicação ampla e intensa pelo judiciário.

Primeiramente deve-se saber o que é a desaposentação. Após, mostram-se os discursos de negação de órgão administrador do sistema previdenciário, e as instabilidades do poder legislativo sobre a referida vertente. Por derradeiro, vê-se o discurso do Poder Judiciário, sobretudo, o Superior Tribunal de Justiça, para concretizar aquele direito.

Ibrahim (2011, p. 701) ensina que a desaposentação é definida como a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral da Previdência Social ou mesmo em Regimes Próprios de Previdência de Servidores Públicos, “com o único objetivo de possibilitar a aquisição de um benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário”.



Assim, com o fim de obter novo benefício com melhores condições, em razão do novo tempo contributivo, surge a vontade da desaposentação.

No contexto atual, a desaposentação não possui previsão legal expressa, razão pela qual é negada pelos órgãos administrativos, os quais ainda argumentam pela violação do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. Nesse sentido, o Instituto do Seguro Social-INSS não vem permitindo tal instituto, pois o Regulamento da Previdência Social (Decreto n.º 3.048/99) não deu vazão para tal direito.

Para a Associação Nacional dos Auditores Fiscais do Brasil a interferência entre os poderes, assim como, a composição de bancadas, pressão do governo, clientelismo e muitas outras situações formam o mecanismo que determina o temperamento do Congresso Nacional diante dos fatos e dos projetos que estão em pauta na chamada “Ordem do Dia”,

Não adianta espernear: quem manda no Parlamento é quem tem poder. Evidentemente, a ingerência política do Executivo é um dado inevitável, que, no entanto, oscila conforme o índice de sucesso ou de popularidade do governo.

Se o governo está forte, praticamente determina o resultado das votações de seu interesse. Se está fraco, tem que negociar e fazer muita pressão, valendo-se de recursos muitas vezes questionáveis e questionados. (ANFIP, 2014, p. 07)

Sobre esta visão do governo, ensina Althusser (1970) que, a classe dominante ao perpetuar sua dominação acaba criando meios de reprodução das condições materiais, ideológicas e políticas de exploração. Assim, entra o papel do Estado que, por meio de seus Aparelhos Repressores, tais como, Governo, Administração, Exército, Polícia, Tribunais, Prisões e Aparelhos Ideológicos (instituições como escola, igreja, família, Direito, política, sindicato, cultura, informação) intervém ou pela repressão ou pela ideologia, a fim de submeter a classe dominada às relações e condições de exploração.

Mesmo assim, o instituto da desaposentação ou desaposentadoria realiza-se em mais de 7 mil ações que tramitam em várias instâncias do Poder Judiciário. Nada mais é que uma luta entre o INSS e segurados que buscam na justiça efetivação de direitos.



Em contrapartida, no dicionário do Ministério da Previdência Social a desaposentação é tica como um conceito que não existe. Para a Assessoria de Comunicação Social do INSS renunciar à aposentadoria não gera a desaposentação. “O ministro Garibaldi Alves não comenta matérias que estão tramitando na justiça, alega a assessoria a um pedido de entrevista com o ministro” (ANFIP, 2013, p. 13).

Sobre o que significa desaposentação para o Ministério do Poder Executivo, ressalta Foucault:

[...]suponho que em toda a sociedade a produção do discurso é simultaneamente controlada, seleccionada, organizada e redistribuída por um certo número de procedimentos que têm por papel exorcizar-lhe os poderes e os perigos, refrear-lhe o acontecimento aleatório, disfarçar a sua pesada, temível materialidade (FOUCAULT, 1996, p.6-7).

Por trás desse discurso, está a preocupação do governo com o aumento das despesas da Previdência Social. Embora não existam estimativas do impacto financeiro da possível desoneração. Nota-se que é temerária a existência de sentenças favoráveis ao segurados e, com isso, cause um efeito cascata, estimulando novas demandas judiciais.

Segundo o discurso do INSS, são mais de 500 mil os aposentados que retornaram ao mercado de trabalho com carteira assinada.

Posteriormente e com o surgimento de varios projetos de lei sobre o tema, o Poder Executivo, vendo a propagação divulgou pela primeira<sup>5</sup> vez a despesa que será gerada para os cofres públicos caso o Supremo Tribunal Federal reconheça o direito à desaposentação, requerido hoje por milhares de ações em tramitação nos tribunais brasileiros. Segundo o governo, as ações podem provocar uma despesa de R\$ 70 bilhões. O universo de aposentados beneficiados é estimado em 500 mil pessoas.

O referido número consta no anexo de riscos fiscais do projeto da LDO, Lei de Diretrizes Orçamentárias, que tramita na Comissão Mista de Orçamento. O texto enfatiza que o cálculo não é um reconhecimento do direito, mas uma projeção do risco potencial às contas públicas. Também não significa um provisionamento antecipado de recursos.

5 Sobre o tema é possível ler mais em: [http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ultimas-noticias/404579--comissao-de-seguridade-aprova-projeto-que-permite-desaposentacao-\(0153\).html](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ultimas-noticias/404579--comissao-de-seguridade-aprova-projeto-que-permite-desaposentacao-(0153).html). Acesso em: 12 de jul de 2014.



A par disso, a negativa desse possível ativismo judicial ganha mais força por meio do discurso do Governo sobre o déficit previdenciário.

Segundo dados de agosto de 2012, a arrecadação alcançou a cifra recorde de R\$22,5 bilhões. Para o Poder Executivo, não se trata de grande feito, mas deu-se à formalização de empreendimentos e de trabalhadores. Em ano anterior, com a inclusão de aproximadamente quatro milhões de novos segurados ao sistema, o Anuário Estatístico da Previdência Social (AEPS), divulgou que a Previdência contava com 64,3 milhões de contribuintes. Entretanto, nem assim, afastou-se o discurso do déficit previdenciário (ANFIP, 2013, p. 19).

E mais, um rombo de R\$ 36 bilhões nos cofres previdenciários foi o que foi dito em 2012 pelo Ministério de Previdência e Assistência Social (MAPS). Em linhas gerais, fala-se na diferença entre o que é arrecadado e o que é pago em aposentadorias e em pensões, e em benefícios como auxílios acidente, doença e reclusão e os salários família e maternidade. Já em setembro de 2013, o Ministério informou que a arrecadação foi de R\$ 21,1 bilhões, e as despesas, de R\$ 26,1. Um saldo negativo de R\$ 5 bilhões (ANFIP, 2013, p 19).

Percebe-se que há um ciclo de continuidade pelo que foi dito sobre o déficit desde 2012. Para rompê-lo, é preciso renunciar a todos os temas que garantem o ciclo (FOUCAULT, 2008, p.28) e buscar a descontinuidade a partir dos enunciados, observando dois problemas principais: a relação entre acontecimento e discurso e relação entre enunciados (FOUCAULT, 2008, p.35).

É neste ponto de descontinuidade de discursos que se concentra a polêmica em torno das contas da Previdência. Muitos são os setores que tentam rechaçar tal discurso: acadêmicos, entidades de classe que municiam a sociedade e os legisladores com estudos sobre o tema sustentam que o déficit não existe. As mensagens lançadas pelos meios de comunicação, e mais, cada balanço anunciado pelo governo, deixam intranquilos os milhões de contribuintes, beneficiários do sistema (ANFIP, 2013, p. 19) e os que almejam a desaposentação não estão de fora.

Demonstra Foucault (2008, p.39-40) para que se dê fim a esta cadeia discursiva como almejam os setores acima, se deveria findar os grupos de enunciados, determinando-lhe o sistema de conceitos permanentes e coerentes que se encontram em jogo. Para isto, não se deve buscar coerência nos conceitos e sim o jogo dos seus aparecimentos e de sua dispersão. Enfim, Não se pode buscar coerência nos enunciados,



porque eles têm múltiplos entendimentos. Em cada contexto aparecem de um jeito. Não existe permanência, pois se deslocam, se dispersam.

Existe todo um emaranhado de jogo de dados econômicos para se apaziguar os ânimos daqueles que almejam mais uma dívida aos cofres públicos. Tudo indica, que a desaposentação esta dentro deste discurso.

Já no Poder Legislativo não desestimulado pela contenção do Poder Executivo e diante das pressões populares, existem diversos projetos de lei sobre a temática. O Senado Federal, por exemplo, aprovou o PLS 91/20106 do senador Paulo Paim, do Rio Grande do Sul, que tenta regulamentar a desaposentação. No âmbito da Câmara dos Deputados, existem sete projetos autorizando a desaposentação<sup>7</sup>, a Comissão de Seguridade Social da Câmara aprovou projeto de lei (PL 3.884/08)<sup>8</sup> do deputado Cleber Verde, do PRB do Maranhão, com o seguinte discurso:

Todo trabalhador, no ato da concessão do benefício, é aplicado a ele o fator previdenciário e acaba reduzindo aí de 30 a 50% aquilo que ele teria direito. Como se não bastasse isso, cada ano o governo aplica índices diferenciados de reajuste ao aposentado que ganha acima do mínimo. Então o aposentado ele perde o seu poder de compra, vai diminuindo gradativamente. Além de perder no ato da concessão, ele vai perdendo gradualmente.

<sup>6</sup> O PLS 91/2010 encontra-se desde janeiro de 2014 na Subseção Coordenação Legislativa do Senado. Conjuntamente com ele, tramitam nove outros Projetos de Lei do Senado e um da Câmara dos Deputados acrescentando assuntos ao tema desaposentação. A íntegra de todo o PLS 91/2010 encontra-se no site do Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=75589&tp=1>. Acesso em: 03 de jul de 2014.

<sup>7</sup> De acordo com o site da Câmara dos Deputados, cada projeto tem suas peculiaridades, mas todos autorizam a desaposentação e já incluem, ate mesmo a despensão. Um deles é PL1168/2011 do Deputado Ubiali do PSDB-SP. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=081.3.54.O&nuQuarto=94&nuOrdador=2&nuInsercao=77&dtHorarioQuarto=16:06&sgFaseSessao=OD&Data=23/04/2013&txApelido=ANDR%C3%89%20ZACHAROW,%20PMDB-PR>. Acesso em: 03.07.2014.

<sup>8</sup> Atualmente, o PL 3.884/08 encontra-se apensado ao PL 2682/2007, também do mesmo autor, aguardando apreciação conclusiva pelas Comissões. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ultimas-noticias/404579--comissao-de-seguridade-aprova-projeto-que-permite-desaposentacao-\(0153\).html](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ultimas-noticias/404579--comissao-de-seguridade-aprova-projeto-que-permite-desaposentacao-(0153).html). Acesso em: 10 de jul de 2014.



Contudo, naquela própria casa existem dissidentes sobre o assunto. Votou contra o projeto o deputado Amauri Teixeira, do PT da Bahia<sup>9</sup>:

O sistema de desaposentação perturba o sistema, tira a base atuarial. O sistema de desaposentação também pode levar contribuintes para outros regimes sem haver compensação entre eles, desfalcando o equilíbrio atuarial.

Nota-se que a desaposentação é instrumento ainda pouco conhecido pela população. Contudo, já está sendo disseminado pelas mídias que por meio desse mecanismo, o aposentado que retornou ao mercado de trabalho renuncia ao benefício pago pelo INSS e pede o recálculo da aposentadoria, incorporando as contribuições e o tempo de serviço acumulados com o novo trabalho. O objetivo é conseguir uma aposentadoria maior.

No Poder Judiciário, após avalanche de decisões deferindo o direito a desaposentação por juízes federais, o Superior Tribunal de Justiça, criou jurisprudência pacífica<sup>10</sup>:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA DA APOSENTADORIA A FIM DE SE APROVEITAR O TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO NO CÁLCULO DE NOVA APOSENTADORIA. DESNECESSIDADE DE RESTITUIÇÃO AOS COFRES PÚBLICOS DO NUMERÁRIO DESPENDIDO PELA ADMINISTRAÇÃO COM O PAGAMENTO DO BENEFÍCIO OBJETO DA RENÚNCIA. RECURSO ESPECIAL 1334488/SC, REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. INAPLICABILIDADE, NO CASO, DA CLÁUSULA DE RESERVA

<sup>9</sup> Esse e outros discursos contra o projeto de desaposentação que tramita na Câmara dos Deputados esta disponível em: [http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ultimas-noticias/404579--comissao-de-seguridade-aprova-projeto-que-permite-desaposentacao-\(0153\).html](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ultimas-noticias/404579--comissao-de-seguridade-aprova-projeto-que-permite-desaposentacao-(0153).html). Acesso em: 12 de jul de 2014.

<sup>10</sup> Trata-se do AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.336.276 - RS (2012/0161882-0). Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 13 de jun de 2013. Vários são os julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre a desaposentação. É bom lembrar que existe Recurso Extraordinário a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal que, como corte maior, pacificará o tema. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 12 de jul de 2014.



## DE PLENÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL DO INSS DESPROVIDO.

1. A admissão de Recurso Extraordinário com base na existência de repercussão geral não impede o normal andamento das demandas em trâmite nesta Corte que versem sobre o mesmo tema. Precedentes.
2. A análise de matéria de cunho constitucional é, por força do art. 102, III da Carta Maior, exclusiva da Suprema Corte, sendo, portanto, vedado a este Superior Tribunal de Justiça conhecer da suposta infringência, ainda que para fins de prequestionamento.
3. Esta Corte firmou o entendimento, no julgamento do Recurso Especial 1334488/SC, Representativo da Controvérsia, de que é direito do segurado renunciar à sua aposentadoria, a fim de reaproveitar o tempo de contribuição no cálculo de nova jubilação, independentemente do regime previdenciário em que se encontra, estando dispensado de devolver os proventos já recebidos.
4. Não há que se falar em declaração de inconstitucionalidade do art. 18 da Lei 8.213/91, uma vez que, no caso, apenas foi dado ao texto desse dispositivo interpretação diversa da pretendida pelo INSS.
5. Agravo Regimental do INSS desprovido.

Em tal julgado, o Superior Tribunal de Justiça criou jurisprudência pacífica sobre o assunto ao afirmar que não houve declaração de inconstitucionalidade do art. 18 da Lei 8.213/91, ao contrário, deu-se ao dispositivo interpretação diversa da pretendida pelo INSS. O referido Tribunal, no jogo do diálogo, por meio de um ritual sobre o que pode ser dito sobre a desaposentação deferiu o direito: a aposentadoria é tratada como direito disponível, por isso, sujeito a renúncia. Com a decisão, o segurado poderá reaproveitar o tempo de contribuição para fins de concessão de novo benefício no mesmo regime ou em outro previdenciário. Concluiu que não precisava haver a devolução dos proventos já recebidos, devido a natureza alimentar da aposentadoria<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Tratam-se do Resp . 692.628-DF, Rel. Min. Nelson Naves, julgado em 17.05.2005; Resp. 1.113.682-SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel para acórdão Min. Jorge Mussi, julgado em 23.02.2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 10 de jul de 2014.



Na visão jurisprudencial, fica evidente que a desaposentação esta dentro de um sistema complexo de restrição indicando que lugar deve ocupar e qual o alcance do seu significado. Percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça define um ritual já definindo a extensão do direito, enfim, todo o conjunto de sinais que devem acompanhar o discurso. Esclarecendo mais, ensina Foucault:

A forma mais superficial e mais visível destes sistemas de restrição é constituída por aquilo que se pode agrupar sob o nome de ritual ; o ritual define a qualificação que devem possuir os indivíduos que falam (e que, no jogo do diálogo, na interrogação, na recitação, devem ocupar determinada posição e formular determinado tipo de enunciados) ; define os gestos, os comportamentos, as circunstâncias e todo o conjunto de sinais que devem acompanhar o discurso ; o ritual fixa, por fim, a eficácia, suposta ou imposta, das palavras, o seu efeito sobre aqueles a quem elas se dirigem, os limites do seu valor constrangedor. Os discursos religiosos, jurídicos, terapêuticos, e em parte também os políticos, não são dissociáveis desse exercício de um ritual que determina para os sujeitos falantes, ao mesmo tempo, propriedades singulares e papéis convenientes. (FOUCAULT,1996, p. 38-39).

É bem verdade que a criação jurisprudencial é a forma de produção do direito em que podem ter interesse muitas pessoas, e não apenas as partes do caso concreto. Para Mauro Cappelletti, o direito criado pelos juízes tem por base uma ‘audiência’ (‘hearing’) incompleta dos interesses envolvidos. Para o autor, a criação jurisprudencial do direito é lenta, gradual e experimental. “Outros sujeitos interessados, senão ouvidos hoje podem sê-lo amanhã; e um juiz sensível será capaz de corrigir, melhorar e modelar um ‘direito’ que nunca se mostra inteira e definitivamente ‘feito’” (CAPPELLETTI, p. 104-105, 1999).

Em verdade, o Superior Tribunal de Justiça, em sua construção jurisprudencial, produziu uma vontade de verdade apoiada sobre um suporte e distribuição institucional que tende a exercer um poder de coerção, uma espécie de pressão sobre os outros discursos contrários ao seu. Nesse sentido, auxilia Foucault:

E creio que esta vontade de verdade, por fim, apoiando-se numa base e numa distribuição institucionais, tende



a exercer sobre os outros discursos — continuo a falar da nossa sociedade— uma espécie de pressão e um certo poder de constrangimento. Estou a pensar na maneira como a literatura ocidental teve de apoiar-se, há séculos a esta parte, no natural, no verosímil, na sinceridade, e também na ciência —numa palavra, no discurso verdadeiro (FOUCAULT, 1996, p. 17-18).

Por todo o exposto, observa-se que não somente o Poder Judiciário faz seu papel de limitar e recortar o discurso sobre a desaposentação. Existe espaço limitador para o tema também pelo Poder Executivo e Legislativo que irão escolher o que escrever ou não sobre o assunto e quais campos de verdade ele deverá ser inserido. Assim, pode-se perceber que em tal discurso, há quem o exclua, o limite e quem se aproprie dele.

Enfim, por trás do discurso da desaposentação, como exemplo de ativismo judicial, existem formas para sua construção como um jogo de regras e definições, de técnicas e instrumentos necessários para sua aceitação dentro do verdadeiro.

### 3.3 A opinião pública

De acordo com os ensinamentos de Barroso (2002, p. 69), “o poder dos tribunais e juízes, assim como todo poder político em um Estado democrático, é representativo”. Ou seja, é executado em nome do povo e deve prestar contas à sociedade. Em verdade, concepção óbvia, do ponto de vista da teoria democrática, a realidade é que a percepção concreta desse fenômeno é um tanto recente. O cidadão comum, à opinião pública e aos meios de comunicação não afetava diretamente o Judiciário e era tido como virtude.

Hoje, o quadro é outro. A legitimidade democrática do Judiciário, ao interpretar a Constituição, liga-se à sua capacidade de corresponder ao sentimento social. E isto, pode ser visto na desaposentação, casamento homoafetivo, interrupção de gestação e demarcação de terras indígenas.

A autoridade para fazer valer a Constituição, como qualquer autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos. Se os tribunais interpretarem a Constituição em termos que divirjam significativamente do sentimento social, a sociedade encontrará meca-



nismos de transmitir suas objeções e, no limite, resistirá ao cumprimento da decisão (POSTO; SIEGEL, 2007, p. 373).

A relação entre órgãos judiciais e a opinião pública envolve muitas complexidades e sutilezas demasiadas. De um lado, a atuação dos tribunais, em geral, no controle de constitucionalidade das leis, em particular, é vista, como um mecanismo relevante de contenção das paixões passageiras da vontade popular. Na outra parte, a ingerência do Judiciário, em linha oposta à das maiorias políticas, enfrenta, desde muito tempo, questionamentos quanto à sua legitimidade democrática. Nesse ambiente criado, é possível estabelecer uma correlação entre Judiciário e opinião pública e afirmar que, quando haja desencontro de posições, a tendência é no sentido de o Judiciário se alinhar ao sentimento social (SADEK, 2009, p.714).

A desaposentação como outros temas<sup>12</sup>, pode representar, no Brasil, demandas que correspondem ao anseio da sociedade. No constitucionalismo democrático, o exercício do poder envolve a interação entre as cortes judiciais e o sentimento social, manifestado por via da opinião pública ou das instâncias representativas. A participação e o engajamento popular influenciam e legitimam as decisões judiciais. Entretanto, para Luís Roberto Barroso a opinião pública deve ser tratada com ressalvas:

O mérito de uma decisão judicial não deve ser aferido em pesquisa de opinião pública. Mas isso não diminui a importância de o Judiciário, no conjunto de sua atuação, ser compreendido, respeitado e acatado pela população. A opinião pública é *um* fator extrajurídico relevante no processo de tomada de decisões por juízes e tribunais. Mas não é o único e, mais que isso, nem sempre é singela a tarefa de captá-la com fidelidade (BARROSO, 2011, p. 119).

A par disso, observa-se que há uma preocupação pelo discurso do jurista quanto à interferência da opinião pública nas práticas jurídicas. Em contrapartida, percebe-se a apropriação social dos discursos, numa escala muito maior. E a educação, elenca Foucault (1996) é responsável

<sup>12</sup> Três exemplos de decisões do Supremo Tribunal Federal que indicaram mudança de entendimento que hoje representa demandas sociais: a limitação das hipóteses de foro por prerrogativa de função (cancelamento da Súmula nº 394); a proibição do nepotismo, conduta que por longo tempo foi tido como social e juridicamente aceita; e a fidelidade partidária, penalizando o “troca-troca” de partidos após as eleições.



por esta apreensão social sobre determinados discursos. Nota-se que cada vez mais o acesso a educação faz com que as pessoas conheçam determinados assuntos e se apropriem dele. Assim, geralmente pessoas que buscam a desaposentação, ou mesmo o servidor público que busca direito de greve já são dotadas de um grau de escolaridade e com tal conhecimento, é possível manter ou modificar apropriação de discursos:

A educação pode muito bem ser, de direito, o instrumento graças ao qual todo o indivíduo, numa sociedade como a nossa, pode ter acesso a qualquer tipo de discurso ; sabemos no entanto que, na sua distribuição, naquilo que permite e naquilo que impede, ela segue as linhas que são marcadas pelas distâncias, pelas oposições e pelas lutas sociais. Todo o sistema de educação é uma maneira política de manter ou de modificar a apropriação dos discursos, com os saberes e os poderes que estes trazem consigo. (FOUCAULT, 1996, p. 43).

Entretanto, não é qualquer discurso da opinião pública sobre o ativismo judicial que deve ser encarado como verdadeiro. Para Foucault (2008, p.56), pode-se deduzir que o discurso de preocupação pelo que é construído pela opinião pública só ganhará corpo a partir de quem o produz, quem fala, quem é o seu titular. E mais, o lugar de produção é fundamental para saber se aquele discurso apresenta presunção de verdadeiro:

Primeira questão: quem fala? Quem, no conjunto de todos os sujeitos falantes, tem boas razões para ter esta espécie de linguagem? Quem é seu titular? Quem recebe dela sua singularidade, seus encantos, e de quem, em troca, recebe se não sua garantia, pelo menos a presunção de que é verdadeira? Qual é o *status* dos indivíduos que têm - e apenas eles - o direito regulamentar ou tradicional, juridicamente definido ou espontaneamente aceito, de proferir semelhante discurso?

O discurso nada mais é do que o reflexo de uma verdade que está sempre a nascer diante dos olhos; assim, a opinião pública sobre as práticas jurídicas acaba sendo um poder soberano e direto; um olho que observa; um dedo que toca; órgão que decifra sinais. Isto porque todo um feixe de relações de poder e sentido se encontra em jogo. Mais uma



vez Foucault (1996, p. 49-50) auxilia na avaliação dos jogos estratégicos em questão:

Aparentemente, que civilização respeitou mais o discurso do que a nossa? Onde é que mais e melhor se honrou o discurso? Onde é que, ao que parece, mais radicalmente se libertou o discurso dos seus constrangimentos e se universalizou? Ora, parece-me que sob esta aparente veneração do discurso, sob esta aparente logofilia, esconde-se uma espécie de temor. Tudo se passa como se os interditos, as barragens, as entradas e os limites do discurso tivessem sido dispostos de maneira a que, ao menos em parte, a grande proliferação do discurso seja dominada, de maneira a que a sua riqueza seja alijada da sua parte mais perigosa e que a sua desordem seja organizada segundo figuras que esquivam aquilo que é mais incontrollável ; tudo se passa como se se tivesse mesmo querido apagar as marcas da sua irrupção nos jogos do pensamento e da língua. Há sem dúvida na nossa sociedade, e imagino que em todas as outras, com base em perfis e decomposições diferentes, uma profunda logofobia, uma espécie de temor surdo por esses acontecimentos, por essa massa de coisas ditas, pelo surgimento de todos esses enunciados, por tudo o que neles pode haver de violento, de descontínuo, de batalhador, de desordem também e de perigoso, por esse burburinho incessante e desordenado do discurso.

Todo lugar “próprio” é alterado por aquilo que, dos outros, já se acha nele, afirma Michel de Certeau (1998, p. 110). Para o autor, o criador de um discurso ao esquecer o trabalho coletivo no qual se inscreve ao isolar de sua gênese histórica o objeto de seu discurso, acaba praticando a denegação de sua situação real. Essa separação do “autor de discurso” do “coletivo” cria a ficção de um lugar próprio. E isto, apaga os traços no qual pertence uma pesquisa e camufla as condições de produção do discurso e de seu objeto. Assim sendo, não há como negar que as “influências” da opinião pública sobre o ativismo judicial aparecem num texto, ou mesmo numa definição de pesquisa, pelos efeitos de alteração e elaboração que ali produziram. Intercâmbios, leituras e confrontos que formam as suas condições de possibilidade, “cada estudo particular é um espelho de cem faces (neste espaço os outros estão



sempre aparecendo), mas um espelho partido e anamórfico (os outros aí se fragmentam e se alteram).

## CONCLUSÃO

Em toda sociedade, a produção de discursos é controlada, com o fim de retirar os possíveis poderes e os imensos perigos que tal discurso pode desenvolver. Além de conter acontecimentos aleatórios que podem surgir nessa produção e também causar desordem.

Na maioria das vezes estão ligados uns aos outros e são como grandes edifícios que asseguram a distribuição dos sujeitos falantes nos diferentes tipos de discurso e asseguram a apropriação dos discursos a certas categorias de sujeitos. Numa palavra, são os grandes procedimentos de sujeição do discurso.

E não se pode enganar: até mesmo na ordem do discurso verdadeiro, ainda os citados pelos órgãos oficiais, mesmo na ordem do discurso publicado e liberto de todo o ritual (como os discursos orais), exercem-se ainda formas de apropriação do segredo e de não intermutabilidade do discurso. São dados divulgados que por jogos estratégicos do pensamento e da língua acabam sendo repressores.

Tem-se consciência de que não há o direito de dizer o que se ape-tece, que não há o direito de falar de tudo em qualquer circunstância, que quem quer que seja, enfim, não pode falar do que quer que seja.

O discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas é, sobretudo, aquilo pelo qual e com o qual se luta, é o próprio poder de que se procura assenhorar.

Assim sendo, embora existam as contenções do Poder Executivo ou mesmo a ineficiência do Poder Legislativo, o discurso ativista produzido pelos Tribunais brasileiros, sobretudo, o Superior Tribunal de Justiça tende também a ser um mecanismo de controle. Com um argumento de que o ativismo judicial surgiu como forma de resolução de problemas da sociedade, diante de uma violação arbitrária, por parte do legislador, dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, e contribuir para a real efetivação de um Estado Democrático de Direito, mesmo assim, existem também diversos atravessamentos.

Como todo discurso, o discurso ativista não é livre. Existe uma cadeia de situações que os controlam e os selecionam. A doutrina, o posicionamento do Poder Executivo e Legislativo e a opinião pública acabam por controlar mesmo que indiretamente as decisões ativistas



do Poder Judiciário. Embora seja um discurso de aparente veneração quanto a efetividade de direitos, por trás, extirpa-se tudo que há nele de violento, de descontinuo e desordenador.

## REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos do estado: Notas sobre os aparelhos ideológicos do estado.** 3 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

\_\_\_\_\_. **Ideologia e Aparelhos ideológicos do estado.** Lisboa: Presença, 1970.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DO BRASIL-ANFIP. **Seguridade Social e Tributação.** Brasília, ano XXII, n° 114, janeiro/maio, 2013.

\_\_\_\_\_. **Seguridade e Tributação.** Brasília, ano XXIII, n. 114, abril/junho, 2013.

\_\_\_\_\_. **Seguridade e Tributação.** Brasília, ano XXIII, n. 118, abril/junho, 2014.

BAKHTIN, Mikhail. **Estética da Criação Verbal.** SP: Martins Fontes, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. In: **Temas de direito constitucional**, tomo I, 2002.

\_\_\_\_\_. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. RDE. **Revista de Direito do Estado**, v. 21, p. 82-122, 2011.

\_\_\_\_\_. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (**Syn Thesis** (Rio de Janeiro), v. 5, p. 23-32, 2012

BARTHES, Roland. **A Aula.** 14 ed. Trad. Leyla Perrone-Moises. São Paulo: Editora Cultrix, 1977.

BRASIL. Decreto n° 3.048 de 06 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm). Acesso em: 10 de jul de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial n° 1.336.276 - RS (2012/0161882-0). Rel. Min. Napoleão Nunes Maia



Filho. Julgado em 13 de jun de 2013. Diário de Justiça de 26 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 12 de jul de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 692.628-DF, Rel. Min. Nelson Naves. Julgado em 17.05.2005. Diário de Justiça de maio de 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 12 de jul de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial nº .113.682-SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel para acórdão Min. Jorge Mussi. Julgado em 23.02.2010. Diário de Justiça de abril de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 12 de jul de 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Câmara Notícias. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ultimas-noticias/404579--comissao-de-seguridade-aprova-projeto-que-permite-desaposentacao-\(0153\).html](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ultimas-noticias/404579--comissao-de-seguridade-aprova-projeto-que-permite-desaposentacao-(0153).html). Acesso em: 12 de jul de 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Câmara Notícias. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ultimas-noticias/416372-ldo-preve-despesas-de-r\\$-49-bilhoes-com-desaposentacao.html](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ultimas-noticias/416372-ldo-preve-despesas-de-r$-49-bilhoes-com-desaposentacao.html). Acesso em: 12 de jul de 2013.

BRASIL. Senado Federal. Portal Atividade Legislativa. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/>. Acesso em: 10 de jul de 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CERTEAU, Michel de. **A Invenção do Cotidiano**. 3 ed. Trad. Ephraim Ferreira Alves. Petropolis: Vozes, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder Judiciário no regime democrático**. Estudos avançados 18 (51). Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2004.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora RT, 2009.

DORF, Michael. **No litmus test: Law versus politics in the twentieth century**, 2006, xix.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.



FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Texas Law Review 84:257, 2005.

FOUCAULT, Michael. **A arqueologia do saber**. Trad. Luis Felipe Baeta Neves. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

\_\_\_\_\_. **A Ordem do Discurso**. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. 3 ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

GARCIA NETO, Paulo Macedo. **A influência do realismo jurídico americano no direito constitucional brasileiro**, mimeografado, dissertação de mestrado apresentada na Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor José Reinaldo Lima Lopes.

HART, Hebert L. A. **O Conceito de Direito**. 3. Ed. São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 12 ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2011.

KENNEDY, Duncan. Legal education and the reproduction of hierarchy. **Journal of Legal Education** 32:591, 1982.

MORAES, Maria Celia Bodin de. Do juiz boca da lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. **Revista de Direito Privado**. Ano 14, vol. 56, out-dez./2013, p. 11-30.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Ativismo Judicial como Conceito Natimorto para Consolidação do Estado Democrático de Direito: As razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém**. In: DIDIER, Fredie Jr. et al. (Coord.), **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 525-546.

PASSOS, J. J. Calmon de. O Magistrado, Protagonista do Processo Jurisdicional? In: DIDIER, Fredie Jr. et al. (Coord.), **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

PÊCHEUX, Michael. **Semântica e Discurso: Uma crítica à afirmação do óbvio**. Trad. Eni Pulcinelli Orlandi [et al.]. 3 ed. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 1997.

POSNER, Richard. **Para além do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

POST, Robert; SIEGEL, Reva Roe rage: democratic constitutionalism and backlash, **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review** 42:373, 2007.



RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial- Parametros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário e democracia: uma visita a “O Poder Judiciário no regime democrático”. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. **Direitos humanos, democracia e República: homenagem a Fábio Konder Comparato**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. **Revista de Direito do Estado**. 12:107, 2008.

STRECK, Lenio Luis; SALDANHA, Jânia Maria. Ativismo e Garantismo na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: DIDIER, Fredie Jr. et al. (Coord.), **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 395-428.

TAMANAH, Brian Z. **Beyond the formalist-realist divide: The role of politics in judging**, 2010.

TUSHNET, Mark. Critical legal studies: a political history. **Yale Law Journal** 100:1515, 1991.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Juruá, 2009.

