Magistratura e capitalismo: elementos para uma crítica

Magistracy and capitalism: elements for a critique

Magistratura y capitalismo: elementos para una crítica

Magistrature et capitalisme: éléments pour une critique

治安和资本主义:批评的要素

Juliana Paula Magalhães¹

Universidade de Sao Paulo - Brasil

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 17 Primavera 2020 (21 septiembre a 20 diciembre), 55-103

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e453>

Recibido: 01/09/2020

Aprobado: 15/09/2020

Resumo: O escopo de nosso artigo é abordar a imbricação existente entre Poder Judiciário e capitalismo, mediante uma análise das formas sociais e da ideologia que caracterizam esse modo de produção. Diferentemente das visões tradicionalmente assentadas, buscamos demonstrar, com base em autores que se lastreiam em uma perspectiva crítica, a peculiaridade da magistratura no contexto da sociedade capitalista, cuja especificidade não permite que se possa estabelecer pontos de contato com as funções judicantes presentes em tempos históricos pretéritos, de caráter pré-capitalista. Abordaremos, inclusive, a originalidade da forma jurídico-processual de nossa época, enquanto resultante da derivação

¹ Doutoranda e Mestra em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP (Largo São Francisco). Bacharela em Direito pela mesma instituição. Autora da obra "Marxismo, humanismo e direito: Althusser e Garaudy", Editora Ideias & Letras, 2018. (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0751-4138>).

secundária entre forma jurídica e forma política estatal, ambas, por sua vez, diretamente exurgidas da forma-mercaderia. Trataremos também, ainda que brevemente, dos embates em torno da temática do ativismo judicial no Brasil. A base teórica de nosso estudo reside, eminentemente, na leitura marxista da sociedade e do fenômeno jurídico.

Palabras-clave: Magistratura. Capitalismo. Derecho Processual. Ideología. Estado. Poder Judiciário. Marxismo.

Abstract: The scope of our article is to address the superposition between the judiciary and capitalism, through an analysis of the social forms and ideology that characterize this mode of production. Unlike traditional points of view, we seek to demonstrate, based on authors that are based on a critical perspective, the peculiarity of the judiciary in the context of capitalist society, whose specificity does not allow us to establish points of contact with judicial functions Present in historical times past, pre-capitalist in character. We will even address the originality of the legal procedural form of our time, as a result of the secondary derivation between the legal form and the state political form, which, in turn, arose directly from the commercial form. We will also address, albeit briefly, the confrontations around the issue of judicial activism in Brazil. The theoretical basis of our study lies, eminently, in the Marxist reading of society and the legal phenomenon.

Key-words: Judiciary. Capitalism. Procedural law. Ideology. State. Power of attorney. Marxism

Resumen: El alcance de nuestro artículo es abordar la superposición entre el poder judicial y el capitalismo, a través de un análisis de las formas sociales y la ideología que caracterizan este modo de producción. A diferencia de los puntos de vista tradicionales, buscamos demostrar, con base en autores que se basan en una perspectiva crítica, la peculiaridad del poder judicial en el contexto de la sociedad capitalista, cuya especificidad no nos permite establecer puntos de contacto con las funciones judiciales presentes en los tiempos históricos pasados, pre-capitalista de carácter. Incluso abordaremos la originalidad de la forma procesal legal de nuestro tiempo, como resultado de la derivación secundaria entre la forma legal y la forma política estatal, que, a su vez, surgieron directamente de la forma mercantil. También abordaremos, aunque sea brevemente, los enfrentamientos en torno al tema del activismo judicial

en Brasil. La base teórica de nuestro estudio radica, eminentemente, en la lectura marxista de la sociedad y el fenómeno legal.

Palabras claves: Magistratura. Capitalismo. Derecho procesal. Ideología. Estado. Poder judicial. Marxismo.

Résumé: Le portée de notre article est d'aborder le chevauchement entre le judiciaire et le capitalisme, à travers une analyse des formes sociales et de l'idéologie qui caractérisent ce mode de production. Contrairement aux points de vue traditionnels, nous cherchons à démontrer, à partir d'auteurs qui se fondent sur une perspective critique, la particularité du pouvoir judiciaire dans le contexte de la société capitaliste, dont la spécificité ne permet pas d'établir des points de contact avec les fonctions judiciaires Présent dans le passé, de caractère pré-capitaliste. Nous aborderons même l'originalité de la forme procédurale juridique de notre temps, en raison de la dérivation secondaire entre la forme juridique et la forme politique étatique, qui, à son tour, découlait directement de la forme commerciale. Nous aborderons également, quoique brièvement, les affrontements autour de la question de l'activisme judiciaire au Brésil. La base théorique de notre étude réside, éminemment, dans la lecture marxiste de la société et du phénomène juridique.

Mot-clés: Judiciaire. Capitalisme. Droit procédural. Idéologie. Etat. Pouvoir judiciaire. Marxisme.

摘要: 一篇无关紧要的文章是关于通过分析代表生产方式的社会形式和意识形态来实现司法与资本主义之间的互惠互利. 传统观点的冲突, 从基于批判性观点的权威人士开始, 即在资本主义社会的背景下司法制度的特殊性, 并没有其特殊性和持久性. 与前资本主义性质的司法职能联系在一起. 法律形式和法律形式之间的第二推导的基础上, 从法律上说, 这种形式的合法性从法律的形式上与商业形式直接脱钩. 努斯接触了法国司法部, 法国司法部和法国司法机构动议. 巴黎圣母院的理论基础是“消灭”, 即在法学社会学的马克思主义演讲中.

关键字: 司法, 资本主义, 进行式, 思想, 州, 司法权, 马克思主义

Introdução

Costuma-se ler o fenômeno jurídico a partir de uma ideia de continuidade, como se o direito existente nas sociedades antigas

e o direito do tempo presente estivessem necessariamente interligados e guardassem a mesma essência. Nessa perspectiva, haveria uma espécie de evolução do arcabouço jurídico ao longo da história. Assim sendo, as funções inerentes à magistratura, por exemplo, seriam as mesmas no decorrer dos tempos, ao menos em seu aspecto fundamental, de modo que as modificações seriam apenas conjunturais e fruto das adaptações às diversas épocas.

Na realidade, tal visão do direito e das instituições jurídicas apresenta-se em dissonância com a concretude das relações sociais. O velho brocardo *Ubi societas ibi jus* se constitui em uma falácia, pois aquilo que se chamava por direito nas sociedades antigas e feudais nada tem a ver com o direito, tal como ele se caracteriza na contemporaneidade. Em Roma, por exemplo, inexistia a figura do sujeito de direito. Isso decorre do fato de que aquela sociedade se estruturava com base no modo de produção escravagista. A própria atuação da magistratura romana se apresentava de maneira distinta, com nítida influência do pensamento de Aristóteles, na medida em que o jurista era compreendido como o “artista do justo”, cabendo aos julgadores a função de executar “justas partilhas”.

No período medieval, caracterizado pelo modo de produção feudal, a sociedade se estruturava de forma estamental, sendo que sobre os servos recaía a obrigação do trabalho nos feudos. Nobreza e clero eram os detentores do poder econômico e político, enquanto a religião desempenhava um papel basilar para a manutenção daquele modo de produção. O próprio sistema de justiça caracterizava-se por um intenso cunho religioso, de forma que o direito possuía um caráter divino. A atividade de julgar, em última instância, competia a Deus, e isso influenciava a própria maneira pela qual as provas eram produzidas nos procedimentos judiciais.

O advento do capitalismo, fruto de um longo processo histórico iniciado na Idade Moderna e que se realiza em sua plenitude na Idade Contemporânea, marca uma radical modificação

da estrutura social. Com a ascensão da burguesia, os trabalhadores, apartados dos meios de produção, passam a vender sua força de trabalho no mercado para poderem sobreviver. A partir da mercantilização do trabalho, tem-se a constituição da forma-mercadoria, e, por conseguinte, da forma da subjetividade jurídica. No pré-capitalismo, essas formas sociais eram ausentes, pois os modos de produção anteriores não davam ensejo para que elas se apresentassem. Somente no capitalismo o trabalho se torna mercadoria e tem-se a necessidade que tanto burgueses quanto proletários tornem-se sujeitos de direito para que possam celebrar contrato de trabalho, o qual tem como pressuposto a igualdade jurídica.

Antes do capitalismo, a forma política estatal também inexistia, sendo que havia apenas núcleos de poder. O Estado enquanto ente terceiro, apartado das classes, é um corolário do modo de produção capitalista, porque tal se faz mister para que o circuito das trocas mercantis possa se perpetuar. Nesse contexto, exsurge a figura do Poder Judiciário, completamente distinto das anteriores manifestações da magistratura. Os juízes no capitalismo atuam inseridos em uma estrutura estatal, de maneira tecnicista, observando os postulados do direito burguês, de cunho normativo. A função de julgar deixa de ter objetivo de promover justas partilhas e perde seu caráter divino, passando a ter como escopo a garantia de que os direitos subjetivos de cada qual sejam observados. O magistrado passa a ser concebido como um agente estatal garantidor da manutenção do ordenamento jurídico.

Nosso artigo tem como objetivo abordar a especificidade da magistratura no capitalismo, com lastro em uma abordagem crítica, especialmente calcada no pensamento do jurista russo Evguiéni Pachukanis e do filósofo francês Louis Althusser, dentre outros estudiosos marxistas, embora também recorramos a pensadores de matrizes teóricas distintas. Além disso, apresentaremos algumas considerações acerca da atuação da magistratura no momento presente, com foco especial na questão do ativismo judicial, no caso brasileiro.

1. Direito, Estado e capitalismo

O pensamento jurídico contemporâneo, na leitura proposta por Alysso Leandro Mascaro, pode ser agrupado em três grandes caminhos distintos entre si: juspositivismo, não juspositivismo e crítica.² O juspositivismo, em síntese, concebe o direito a partir do arcabouço normativo. O não juspositivismo enxerga o direito como resultado de relações de poder. Por sua vez, a crítica, que se apresenta como sendo o caminho do marxismo, busca desvendar o fenômeno jurídico com base na materialidade das relações sociais do modo de produção capitalista.

Com fulcro em uma leitura marxista do fenômeno jurídico, cujo maior expoente é o jurista russo Evguiéni Pachukanis (1891-1937), especialmente em sua obra *Teoria geral do direito e marxismo*, tem-se que o direito, tal como ele se apresenta na atualidade, é uma especificidade do capitalismo. Para Pachukanis, a verdade do direito não está na norma, mas na forma jurídica, cujo núcleo reside na subjetividade jurídica, diretamente derivada da forma-mercadoria.

O fundamento teórico da visão pachukaniana do fenômeno jurídico está na obra de maturidade de Karl Marx, especialmente em *O Capital*, no qual o filósofo alemão desenvolve uma crítica da economia política, explicando as categorias estruturais do capitalismo. Para Marx, a peculiaridade do modo de produção capitalista tem sua base na mercantilização da força de trabalho, engendrando um processo de valorização do valor. O pensador alemão, inclusive, chega a apontar a importância da relação jurídica nesse contexto. Nas palavras de Marx:

[...] a força de trabalho só pode aparecer como mercadoria no mercado na medida em que é colocada à venda ou é vendida pelo seu próprio possuidor, pela pessoa da qual ela é a força de trabalho. Para vendê-la como mercadoria, seu possuidor tem de poder dispor dela, portanto, ser o livre proprietário de sua capacidade de trabalho, de

² MASCARO, Alysso Leandro. *Filosofia do direito*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 310-319.

sua pessoa. Ele e o possuidor de dinheiro se encontram no mercado e estabelecem uma relação mútua como iguais possuidores de mercadorias, com a única diferença de que um é comprador e o outro, vendedor, sendo ambos, portanto, pessoas juridicamente iguais. [...] O que caracteriza a sociedade capitalista é, portanto, que a força de trabalho assume para o próprio trabalhador a forma de uma mercadoria que lhe pertence, razão pela qual seu trabalho assume a forma do trabalho assalariado. Por outro lado, apenas a partir desse momento universaliza-se a forma-mercadoria dos produtos do trabalho.³

Assim, o modo de produção capitalista é caracterizado pela constituição e universalização da forma-mercadoria, cuja base reside nas relações de produção. Nos modos de produção anteriores, a mercadoria possuía caráter incidental e não se consubstanciava em uma forma social propriamente dita.⁴ No capitalismo, o trabalho se torna abstrato e, por conseguinte, a forma-mercadoria passa a ser o fundamento sobre o qual se erigem todas as relações sociais desse modo de produção. A subjetividade jurídica é corolário direto da forma mercantil, tal como a forma política estatal.

Nas sociedades pré-capitalistas, o sujeito de direito não se constituía em forma social e sequer tal noção se apresentava plenamente desenvolvida no plano conceitual. A gênese filosófica da subjetividade jurídica é relativamente recente, de acordo com os estudos empreendidos por Michel Villey.⁵ O jurista francês,

³ MARX, Karl. *O Capital*. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 242 e 245.

⁴ “Formas sociais são modos relacionais constituintes de interações sociais, objetificando-as. Trata-se de um processo de mútua imbricação: as formas sociais advêm das relações sociais, mas acabam por ser suas balizas necessárias. [...] Se se assemelhar forma à fôrma que pode ser preenchida por conteúdos variados, a transposição de tal perspectiva ao plano social dirá respeito aos moldes que constituem e configuram os sujeitos, atos e suas relações.” (MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 21).

⁵ O pensamento de Michel Villey acerca da questão da subjetividade jurídica é o objeto de minhas pesquisas atuais para a redação de minha tese de doutorado, intitulada “Michel Villey e a subjetividade jurídica”, que se encontra em fase final de elaboração.

ainda que em chave teórica distinta da marxista, demonstra que tal noção, embora já esteja presente na obra de Guilherme de Ockham, somente encontrou desenvolvimento posterior, a partir das obras de Thomas Hobbes e Immanuel Kant, dentre outros.⁶ Do ponto de vista material, o desenvolvimento capitalista, desde seus primórdios, dá ensejo ao início da constituição da subjetividade jurídica, mediante práticas materiais específicas, de maneira que “a análise da forma do sujeito deriva diretamente da análise da forma da mercadoria”.⁷

A mera circulação mercantil não é suficiente para a constituição da forma jurídica, mas é preciso que tal processo possua universalidade, fundado em relações de produção específicas, ou seja, na exploração do trabalho assalariado como base do modo de produção. Escravagismo e feudalismo, conquanto apresentassem circulação de mercadorias em caráter residual, no que tange às relações de trabalho, mediadas diretamente pela força, não permitiam a constituição da forma-mercadoria e, por conseguinte, da forma jurídica. Assim, a leitura de Pachukanis, cuja matriz teórica reside no marxismo, não traz uma abordagem meramente circulatorista. Nesse sentido, sustenta Márcio Bilharinho Naves:

É verdade que há, para Pachukanis, uma relação de determinação imediata entre forma jurídica e forma da mercadoria, como vimos, mas a determinação em Pachukanis é, a rigor, uma *sobredeterminação*. A esfera da circulação, que determina diretamente as formas do direito, é por sua vez determinada pela esfera da produção, no sentido preciso de que só o específico processo de organização capitalista do trabalho permite a produção de mercadorias como tais, isto é, como resultado de um trabalho que se limita a ser puro dispêndio de energia laborativa

6 VILLEY, Michel. *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Le moyens du droit*. Paris: Dalloz, 2001, p. 106-109.

7 PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 119.

indiferenciada. Ora, se a forma do direito depende da forma da mercadoria, e esta só se realiza no modo de produção capitalista, então a forma jurídica também depende do modo específico de organização do processo do trabalho decorrente da instauração das relações de produção capitalistas. Podemos, então, dizer que, se o direito “acompanha” o movimento da circulação, uma vez que esse movimento é “comandado” pelas “exigências” da produção, o direito sofre também a determinação dessa esfera, ainda que não de modo imediato.⁸

A originalidade da leitura pachukaniana do fenômeno jurídico reside na fidelidade ao método proposto por Marx em sua maturidade. Diferentemente de outros juristas marxistas, tais como Stutchka, por exemplo, que apontava a luta de classes como base para a compreensão do direito, Pachukanis avança de modo a destrinchar o núcleo fundante da forma jurídica, conforme observa Naves: “a concepção de Pachukanis corresponde inteiramente às reflexões que Marx desenvolve, sobretudo nos *Grundrisse* e em *O capital*, a propósito do *lugar central que ocupa a análise da forma* para compreender as relações sociais capitalistas”.⁹

Piotr Stutchka, ao identificar direito e luta de classes, apresentava uma verdade parcial, no entanto, não permitia uma compreensão científica do direito e sua ligação direta com o capitalismo. Sobre esse ponto, cabe destacar a observação de Pachukanis:

O camarada P. I. Stutchka, a nosso ver, colocou de modo muito acertado o problema do direito como sendo um problema das relações sociais. Mas, em vez de começar a buscar objetividades sociais específicas, voltou-se para a definição formal habitual, ainda que limitada por questões de classe. Segundo a fórmula geral elaborada pelo

⁸ NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e Direito – Um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 72-73.

⁹ *Ibid.*, p. 48.

camarada Stutchka, o direito já não mais figura como uma relação social específica, mas como o conjunto das relações em geral, como um sistema de relações que corresponde aos interesses da classe dominante e os assegura pelo uso da força organizada. Como consequência, no interior desses sistemas de classes, o direito como relação é indistinguível das relações sociais em geral, e o camarada Stutchka já não está em condições de responder à capciosa questão do professor Reisner sobre como as relações sociais se transformam em instituições jurídicas ou como o direito se transformou no que é. [...] A definição dada pelo camarada Stutchka, talvez por ser produto do Comissariado do Povo para a Justiça, está ajustada às necessidades da prática jurídica. Ela demonstra as limitações empíricas que a história sempre coloca à lógica jurídica, mas não expõe as raízes profundas dessa mesma lógica. Essa definição revela o conteúdo de classe contido nas formas jurídicas, mas não nos explica por que esse conteúdo assume tal forma.”¹⁰

Para Pachukanis, na esteira do pensamento de Marx, o direito é burguês não por seu conteúdo, mas por sua forma, cujo núcleo reside na subjetividade jurídica. Assim, o desenvolvimento capitalista gera uma alteração qualitativa na esfera jurídica.¹¹ É apenas

¹⁰ PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 96.

¹¹ “No escravagismo e no feudalismo, que são anteriores ao capitalismo, não há especificamente uma instância jurídica. Não há uma qualidade de relações que seja só jurídica em meio ao todo da vida social. A religião ordena, regula e manda, e da mesma maneira o rei, o senhor feudal ou o senhor de escravo mandam sem serem subordinados a uma estrutura jurídica externa a si. Se pensássemos a totalidade das relações sociais como um edifício de vários andares, nas sociedades pré-capitalistas não há um andar específico para o direito. No capitalismo, passa a havê-lo. E, no edifício das relações sociais capitalistas, o direito é o andar mais próximo e contíguo ao pavimento do Estado no que tange à sua institucionalização. Mas, ainda mais importante, o direito, como passa a ser o modo pelo qual todas as relações sociais se constituem sob o capitalismo, não só ocupa um andar desse edifício, como é o elemento estrutural de sua totalidade. [...] Em termos históricos, é possível afirmar, então, que esse fenômeno jurídico é tão peculiar ao capitalismo que aquilo que se chama como direito pré-capitalista tornar-se-á praticamente irreconhecível face ao atual direito. [...] Essa transformação histórica qualitativa, que é oriunda dos movimentos mais básicos da

no capitalismo que os indivíduos assumem a forma de sujeitos de direito, dotados dos atributos de liberdade e igualdade, de maneira a realizarem trocas mercantis, por meio do contrato.¹²

Nesse contexto, para que tal processo se perpetue, também surge a necessidade de uma forma política distinta dos núcleos de poder das sociedades pré-capitalistas. O Estado como ente terceiro, apartado tanto da classe burguesa quanto da classe trabalhadora, é o corolário indispensável para a reprodução do modo de produção capitalista. A gênese do Estado está justamente no início da circulação mercantil, inicialmente, na esfera do absolutismo mercantilista, e, posteriormente, assumindo os contornos definitivos da forma política estatal capitalista.

Assim, a leitura pachukaniana distancia-se das visões idealistas que enxergavam no Estado um instrumento neutro à

atividade capitalista, foi a responsável pela especificidade do direito em face dos demais fenômenos sociais. É o capitalismo que dá ao direito a condição de fenômeno distinto do mando do senhor feudal, do mando da igreja, da crença em ordens sagradas. *O capitalismo dá especificidade ao direito.*" (MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao Estudo do Direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 3-4).

¹² "Ainda que o indivíduo A sinta necessidade da mercadoria do indivíduo B, não se apodera dela pela força, nem vice-versa, mas reconhecem-se mutuamente como proprietários, como pessoas cuja vontade impregna suas mercadorias. Em decorrência, aqui entra de imediato o momento jurídico da pessoa e da liberdade, na medida em que está contida na primeira. Nenhum deles se apodera da propriedade do outro pela força. Cada um a cede voluntariamente... [...] Pelo próprio ato da troca, o indivíduo, cada um dos indivíduos, está refletido em si mesmo como sujeito exclusivo e dominante (determinante) do ato da troca. Com isso, portanto, está posta a completa liberdade do indivíduo: transação voluntária; nenhuma violência de parte a parte [...]. Se, portanto, a forma econômica, a troca, põe a igualdade dos sujeitos em todos os sentidos, o conteúdo, a matéria, tanto individual como objetiva, que impele à troca, põe a liberdade. Igualdade e liberdade, por conseguinte, não apenas são respeitadas na troca baseada em valores de troca, mas a troca de valores de troca é a base produtiva, real, de toda igualdade e liberdade. Como ideias puras, são simples expressões idealizadas dessa base; quando desenvolvidas em relações jurídicas, políticas e sociais, são apenas essa base em uma outra potência. E isso também se verifica historicamente. A igualdade e a liberdade nessa extensão são exatamente o oposto da liberdade e igualdade antigas, que não têm justamente o valor de troca desenvolvido como fundamento, mas se extinguem com seu desenvolvimento. Elas pressupõem relações de produção que ainda não haviam se realizado no mundo antigo nem tampouco na Idade Média." (MARX, Karl. *Grundrisse*. Tradução de Mario Duayer e Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 187-188).

disposição das classes, fruto de uma evolução histórica, e passa compreendê-lo como forma política específica do capitalismo. Nessa perspectiva, o Estado é burguês por sua forma, independentemente do grupo político que nele esteja atuando.

Alysson Leandro Mascaro, em sua obra *Estado e forma política*, embasado em Pachukanis e em teóricos derivacionistas¹³, traz importante consideração a esse respeito:

É na assunção do sistema geral de trabalho assalariado que se estabelecem então as bases da forma política estatal. Em parelho a essa alteração nas relações de produção, os contornos plenos do Estado somente se darão com as revoluções burguesas. Nesse ponto da história, cortam-se os últimos laços de concentração de pessoal dos poderes na figura do rei e instauram-se os aparatos que tornam o Estado um terceiro necessário em relação aos indivíduos e às classes. [...] O Estado surge historicamente antes; a forma política estatal surge depois. O estabelecimento de unidades estatais se dá sobre as específicas relações do feudalismo em fragmentação. A forma política em definitivo, que dá identidade ao Estado como instância apartada dos indivíduos surgirá com as revoluções burguesas. [...] No balanço de sua especificidade histórica, depreende-se que o nexo entre capitalismo e Estado é estrutural. A generalização das relações sociais constituídas mediante forma-mercadoria demanda uma forma política apartada dos próprios portadores e trocadores de mercadorias – a principal delas, a força de trabalho mediante salário. O Estado se consolida como ente terceiro, garante e necessário da dinâmica do capitalismo. [...] Em termos

¹³ “O debate sobre a derivação do Estado inicia-se na Alemanha, na década de 1970, quando da crise dos Estados de bem-estar social europeus. A reflexão de autores como Rudolf W. Müller, Christel Neusüß, Elmar Altvater e, em especial, Joachim Hirsch buscou avançar para além da tradição marxista do Estado oriunda do stalinismo ou, de outro lado, apontando os limites de visões econômicas e políticas intervencionistas como keynesianas. Tal debate, com uma variedade de contestações e polêmicas teóricas, amplia-se de início também para o Reino Unido, a partir dos pensamentos de Bon Jessop, John Holloway e Sol Picciotto, entre outros.” (MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 591).

históricos, a especificidade do Estado não representa, necessariamente, originalidade de aparatos, instituições ou funções, mas sim de forma [...].¹⁴

Destarte, a análise materialista desmistifica a visão tradicionalmente assentada de que o Estado se constitui em uma instância neutra.¹⁵ Com base nos avanços teóricos possibilitados pelo marxismo, o Estado passa a ser compreendido como forma política do capitalismo, ou seja, o Estado é capitalista por sua forma. A burguesia, no modo de produção capitalista, não exerce um domínio direto em relação ao proletariado, mas pratica sua exploração por meio de formas sociais, dentre as quais o Estado. O Estado é atravessado pela luta de classes, mas não é ela que lhe determina a estrutura.

Forma jurídica e forma política estatal, portanto, são derivadas diretas da forma-mercadoria. Ambas se vinculam de maneira estrutural, por um processo de conformação, de acordo com o esclarecimento de Mascaró:

O vínculo entre forma política e forma jurídica é de *conformação*, realizando entre si uma espécie de derivação de segundo grau, a partir de um fundo primeiro e necessário que é derivado diretamente da forma-mercadoria. É o aparato estatal já necessariamente existente e as formas jurídicas já anunciadas socialmente que se encontram para então estabelecer um complexo fenomênico político-jurídico. [...] Pode-se entender, então, que as formas política e jurídica, ambas singulares, são derivadas de formas sociais comuns e apenas posteriormente conformadas, reciprocamente. Em tal processo de conformação, os limites nucleares das duas formas são necessariamente mantidos em sua especificidade, como estruturas fundamentais da reprodução do capital. A conformação opera

¹⁴ MASCARÓ, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 56-57.

¹⁵ “O Estado jurídico é uma miragem totalmente conveniente para a burguesia, pois substitui a ideologia religiosa em decomposição e esconde das massas o domínio da burguesia.” (PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 148)

na quantidade da política e do direito, nunca na qualidade de estatal ou jurídico. Como exemplo, o Estado, assumindo encargos e poderes políticos autônomos e autodeclarados soberanos, abre, constitui e cria novos campos do fenômeno jurídico nas sociedades capitalistas. Assim, a relação de trabalho, de início estruturada em vínculos contratuais totalmente autônomos e atomizados, passa a ser intermediada por institutos normativos estatais como o do salário-mínimo. O Estado avança sobre o jurídico, tocando no núcleo da própria forma-sujeito, limitando-a ou talhando-a em novos modos. Mas tal poder do político no jurídico nunca vai a ponto de negar a própria forma jurídica de sujeitos de direito livres e iguais para o vínculo de trabalho. O Estado, se limita a quantidade da autonomia da vontade no contrato de trabalho, não extingue a própria relação de trabalho.¹⁶

A norma jurídica, portanto, longe de ser o elemento fundamental do direito, é simplesmente o resultado desse processo de derivação secundária. Desse modo, resta patente a limitação das leituras juspositivistas do fenômeno jurídico.

Cumpre destacar que a estruturação social capitalista não se restringe às formas mercantil, política e jurídica, e não prescinde de outras, tais como a forma-valor.¹⁷ Mascaro destaca que “a conformação

¹⁶ MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 41-42.

¹⁷ “Quando as trocas se generalizam e até mesmo o trabalho passa a ser objeto de troca – trabalho assalariado –, os indivíduos, perante o mercado, apagam suas características de classe, de cultura e de condição econômica, reduzindo-se a peças formalmente iguais trocadas livremente – com o dispositivo da autonomia da vontade, tornam-se sujeitos de direito. A forma-valor, que permeia as relações de circulação e produção, está até então derivada em forma jurídica. Mas a forma-valor só pode existir quando também se derivar em forma política estatal. No capitalismo, os aparatos que garantem o vínculo contratual e que jungem contratante e contratado são distintos formalmente de ambas as partes. O contrato exprime a forma-valor e o valor é referenciado em coisas, bens, dinheiro, propriedade privada. O aparato político, terceiro a todos os possuidores e trabalhadores, garante, além dos vínculos de troca e alguns de seus termos, a própria apropriação formal do valor pelo sujeito, ou seja, a propriedade privada. [...] Assim, é o mesmo circuito das relações sociais de produção aquele que enseja a forma-valor, a forma-jurídica e a forma política estatal.” (MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 26)

é um processo de adaptação que dá contornos mais específicos às formas sociais”, de maneira que “em outra dinâmica, dá-se o mesmo com a forma dinheiro, que também é conformada pela forma política estatal e mesmo pela forma jurídica”.¹⁸

Assim, as mais avançadas leituras marxistas demonstram que direito e Estado são elementos que permitem a exploração do trabalho no capitalismo, garantindo a reprodução desse modo de produção.

2. Direito processual, magistratura e capitalismo

O pensamento marxista descortina o horizonte de constituição das formas sociais capitalistas e isso tem uma repercussão direta na compreensão do fenômeno jurídico em toda a sua complexidade e em suas especificidades. Conforme assevera Pachukanis, enquanto “para a filosofia do direito burguesa”, a relação jurídica é considerada “como a forma natural e eterna de qualquer relação humana”, a teoria marxista “se esforça para penetrar nos mistérios das formas sociais”.¹⁹ Tal perspectiva se mostra fundamental para que se possa entender, inclusive, as raízes materiais dos ditos ramos do direito contemporâneo. Nesse sentido, cabe destacar a observação de Mascaro:

Se o direito privado é eminentemente haurido da forma de subjetividade jurídica, muito do direito público se erige na conformação entre a própria forma jurídica e a forma política estatal. O direito processual é eminentemente um desses objetos resultantes de uma derivação secundária entre formas sociais já derivadas da forma mercadoria.²⁰

¹⁸ MASCARO, Alysson Leandro. Formas Sociais, derivação e conformação. *REVISTA DEBATES*, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 05-16, jan.-abr. 2019. Disponível em: < <https://seer.ufrgs.br/debates/article/view/89435>>. Acesso em: 24 maio 2019, p. 15.

¹⁹ PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 96.

²⁰ MASCARO, Alysson Leandro. Formas Sociais, derivação e conformação. *REVISTA DEBATES*, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 05-16, jan.-abr. 2019. Disponível em: < <https://seer.ufrgs.br/debates/article/view/89435>>. Acesso em: 24 maio 2019, p. 15.

Marcelo Gomes Franco Grillo, em sua obra *Direito processual e capitalismo*, traz uma abordagem marxista acerca do tema, demonstrando que o direito processual, enquanto forma jurídico-processual, é produto do modo de produção capitalista.²¹ Assim, nas sociedades pré-capitalistas, embora o vocabulário típico desse ramo já se fizesse presente, o direito processual se apresentava de maneira completamente distinta daquela pela qual passou a se caracterizar com o advento do capitalismo. Na linha dessa leitura, “o juiz, as partes, o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa são pensados a partir da forma mercadoria”.²²

Na Antiguidade, a inexistência da forma-mercadoria interditava a possibilidade que as demais formas sociais que dela derivavam pudessem se estabelecer. Por conseguinte, tanto a forma jurídica quanto a forma política estatal não se faziam presentes. Logo, conforme observa Grillo, “no período do império romano não se pode falar propriamente em direito ou em forma jurídico-processual, por não estar presente o requisito básico da mercadoria como valor de troca universalizado”.²³

Na Idade Média, marcada pelo modo de produção feudal, também não havia o desenvolvimento do direito processual enquanto

²¹ “É sabido que o direito processual vai completar-se como forma jurídico-processual somente após a ocorrência da forma política estatal, sendo que o direito processual, na sua época de protoforma, já implicava/envolvia/resultava, por exemplo, algum tipo de processo e de jurisdição, sem, com isso, necessariamente, ser plenamente forma jurídico-processual. [...] A incompletude do Estado representava igualmente a incompletude da forma jurídico-processual, como duas formas ainda não integralmente derivadas da forma mercadoria. O Estado e o direito processual se completam no cume do modo de produção capitalista, quando há subsunção real do trabalho ao capital. A forma jurídico-processual, a forma política estatal e a forma jurídica se desenvolvem em plenitude com a valorização do valor no modo de produção capitalista, sendo o Estado e a subjetividade jurídica responsáveis por imprimirem a conformação do direito processual e de outros domínios do direito.” (GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito processual e capitalismo*. São Paulo: Dobra Universitária; Outras Expressões, 2017, p. 47).

²² MASCARO, Alysson Leandro. Prefácio. In: GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito processual e capitalismo*. São Paulo: Dobra Universitária; Outras Expressões, 2017, p. 14.

²³ GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito processual e capitalismo*. São Paulo: Dobra Universitária; Outras Expressões, 2017, p. 54-55.

forma social, considerando que as relações de produção não ensejavam sua constituição. Assim, “os procedimentos que ocorriam nesse período histórico estão muito mais ligados ao poder e ao caráter religioso dessa sociedade do que, precisamente, a uma forma jurídico-processual”.²⁴ Michel Foucault, embora em uma perspectiva não marxista, corrobora tais assertivas:

No direito feudal o litígio entre dois indivíduos era regulamentado pelo sistema da prova (*épreuve*). Quando um indivíduo se apresentava como portador de uma reivindicação, de uma contestação, acusando um outro de ter matado ou roubado, o litígio entre os dois era resolvido por uma séria de provas aceitas por ambos e a que os dois eram submetidos. Esse sistema era uma maneira de provar não a verdade; mas a forma, o peso, a importância de quem dizia. [...] Havia, em primeiro lugar, provas sociais, provas da importância social de um indivíduo. [...] Havia em segundo lugar provas de tipo verbal. Quando um indivíduo era acusado de alguma coisa – roubo ou assassinato – devia responder a esta acusação com um certo número de fórmulas [...]. Ao pronunciar estas fórmulas podia-se fracassar ou ter sucesso. [...] Havia, em terceiro lugar, as velhas provas mágico-religiosas do juramento. [...] Havia, finalmente, as famosas provas corporais, físicas, chamadas ordálios, que consistiam em submeter uma pessoa a uma espécie de jogo, de luta com seu próprio corpo, para constatar se venceria ou fracassaria. [...] No sistema de prova judiciária feudal trata-se não da pesquisa da verdade, mas de uma espécie de jogo de estrutura binária.²⁵

Na Idade Moderna, marcada pelo absolutismo e pelo mercantilismo, deu-se o nascimento do capitalismo e, por conseguinte, das formas sociais a ele inerentes. Contudo, nesse momento histórico, a materialidade das relações sociais ainda não permitia a

²⁴ *Ibid.*, p. 67.

²⁵ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013, p. 62-64.

plena constituição da forma mercantil. Por conseguinte, tanto a forma jurídica quanto a forma política estatal ainda não se apresentavam em seus contornos definitivos. Nesse contexto, o processo “era tema que cabia ao rei, o qual ao julgar ou mesmo legislar, tinha em conta apenas os ornamentos procedimentais, sem o dado da racionalidade jurídico-processual”.²⁶

Destarte, na leitura materialista, a forma jurídico-processual apresenta-se dotada de especificidade inerente ao modo de produção capitalista, cujo pleno estabelecimento se dá na Idade Contemporânea, erigindo-se “como terceira forma impreterível na dinâmica do capital, jungida que está à forma mercadoria, à forma política estatal e à subjetividade jurídica”, tal como aponta Grillo.²⁷ Portanto, “o direito processual é, em *ultima ratio*, uma das mais bem-acabadas expressões teórico-jurídicas e práticas da própria forma jurídica”, já que esse ramo do direito se constitui “na forma técnica-estrutural-institucional-jurídica de realização do direito material, da forma jurídica substantiva”,²⁸ de maneira que a forma jurídico-processual é “o principal instrumento de convalidação da forma jurídica, já derivada da forma mercadoria”.²⁹ Grillo ainda observa que “as formas jurídicas processuais sem a correspondência da esfera processual jurisdicional estatal não são formas jurídicas acabadas, pois estariam em um estado inerte, sem nenhuma garantia de sua realização”.³⁰ Tal proposição vai ao encontro da perspectiva pachukaniana, considerando-se, inclusive, a expressa assertiva do jurista russo acerca dessa temática:

Eu não apenas apontei que a gênese da forma jurídica deve ser procurada nas relações de troca, mas também

²⁶ GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito processual e capitalismo*. São Paulo: Dobra Universitária; Outras Expressões, 2017, p. 71.

²⁷ *Ibid.*, p. 9.

²⁸ *Ibid.*, p. 18.

²⁹ *Ibid.*, p. 36.

³⁰ *Ibid.*, p. 42.

destaquei o momento que, segundo meu ponto de vista, representa a mais completa realização da forma jurídica, a saber, o tribunal e o processo judicial.”³¹

A leitura tradicional do fenômeno jurídico, que propugna uma continuidade entre aquilo que se chamava por direito nas sociedades antigas e na contemporaneidade, tem impacto direto na visão acerca do papel desempenhado pela magistratura nos diferentes tempos históricos. Nesse sentido, costuma-se atribuir aos juízes da antiguidade as mesmas funções que hoje competem aos magistrados. Contudo, tal maneira de enxergar a realidade jurídica historicamente se mostra falha, na medida em que magistratura constituiu-se de modo peculiar com o advento do capitalismo, por meio de uma ruptura de caráter estrutural com as atribuições do magistrado no pré-capitalismo.

Roma, constantemente apontada como berço do direito, já apresentava indivíduos que desempenhavam as atividades de julgadores. Em relação aos atributos e à atuação dos magistrados no direito romano, cabe destacar as elucidações de Alysso Leandro Mascaro:

Em Roma, costuma-se identificar uma figura judiciária à qual se diz ser o protótipo do juiz moderno: o pretor, fundamental já à República romana. Dentre suas variadas espécies, os pretores peregrinos, homens que andavam por toda Roma, eram aqueles responsáveis pela realização dos julgamentos dentro do direito romano. A figura do pretor peregrino, aquele que, mais próximo de ritos mágicos que de ritos formais estatais, perambulando, resolvia e decidia casos, para nós é uma entidade muito peculiar, que revela uma distinta e antiga maneira de entender os próprios valores do direito, do direito antigo, portanto da estrutura social daquele tempo. [...] Um pretor peregrino em Roma, o protótipo do juiz romano, era aquele que observava um caso, entendia as

³¹ PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 64.

circunstâncias daquele caso e, a partir daquele momento, determinava que, para tal caso, tal é a melhor solução, tal é a melhor decisão. [...] Por isso os romanos consideravam que o direito era uma arte do julgamento.³²

Com efeito, para os romanos, “Jus est ars boni et aequi”, ou seja, “o direito é a arte do bem e da equidade”, sendo que essa foi “a velha definição do Digesto romano a respeito da sua própria atividade, da sua própria confecção do direito, do direito como um artesanato”.³³ Por conseguinte, a atividade do julgador se apresentava como um afazer artístico, muito distinto do tecnicismo contemporâneo. A forma de pensar o direito dos romanos possui matriz aristotélica, conforme aponta o jurista francês Michel Villey.³⁴ Para Aristóteles, a justiça se produzia de maneira casuística, norteadas por uma apreciação equitativa.³⁵

O caráter de tal realidade está de conformidade com o modo de produção escravagista que caracterizava o mundo

³² MASCARO, Alysson Leandro. O contexto sociológico da segurança jurídica e da discricionariedade judicial. *Revista Acadêmica da EMAG*. São Paulo, TRF3, v. 3, 2011, p. 16-17.

³³ *Ibid.*, p. 17.

³⁴ VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*. 2. ed. Paris : PUF, 2013, p. 101.

³⁵ “Para Aristóteles, o julgamento devia ser constituído em cada caso, observando diretamente as suas circunstâncias, ou seja, tendo a dimensão, em cada momento, em cada situação, daquilo que era específico a essas circunstâncias. Ou seja, há duas pessoas em demanda que parecem ter um caso igual a duas outras pessoas em demanda, mas, ao final das contas, cada caso tem uma dimensão específica. Dois homens ricos e poderosos demandando por uma mesma questão que dois outros frágeis, o julgamento do juiz não é igual nesses dois casos. É preciso atentar aqui à própria ideia de equidade, ou seja, de observar cada caso concreto e adaptar-se à especificidade deste caso concreto. Portanto, para a velha tradição grega de Aristóteles e para a tradição romana, que é posterior à grega – Aristóteles está quatrocentos anos antes de Cristo -, esta tradição greco-romana deposita, na forma de constituir o direito, um valor mais alto na equidade, quero dizer, no olhar a cada caso. Tanto assim que existe uma palavra que identifica julgamento e que vem da tradição romana, que está até os dias de hoje nos nossos ouvidos: “jurisprudência”. Nela, a “prudência”, que é aqui o termo romano que pode se equivaler a equidade dos próprios gregos. [...] Esta equidade dos antigos, esta prudência dos próprios romanos, era justamente o olhar de cada caso, a reflexão que se fizesse a cada caso e a cada circunstância.” (MASCARO, Alysson Leandro. O contexto sociológico da segurança jurídica e da discricionariedade judicial. *Revista Acadêmica da EMAG*. São Paulo, TRF3, v. 3, 2011, p. 17-18)

antigo, cuja marca, inclusive, era a exclusão dos escravos das relações jurídicas. Naquele tempo, ante a ausência da plena constituição e universalização da forma mercantil, ainda não havia se estabelecido a forma jurídica. A subjetividade jurídica se mostrava ausente, tanto quanto a forma política estatal e, por conseguinte, inexistia poder judiciário³⁶ e forma jurídico-processual.³⁷

A atividade do juiz, no período medieval, também se mostrava de maneira distinta da contemporaneidade. O ato de julgar revestia-se de um caráter divino, pois a justiça, em última instância, era oriunda de Deus. Naquele momento histórico, a função de julgar também não era dotada de especificidade, conforme observa Pachukanis:

Se deixarmos de lado a cultura dos povos primitivos, em que apenas com muito esforço é possível isolar o direito da massa geral dos fenômenos sociais de ordem normativa, até a Europa feudal medieval, as formas jurídicas distinguem-se pela extrema falta de desenvolvimento. [...] A norma de caráter geral não se distingue de sua aplicação concreta; conseqüentemente, isso acaba por confundir as ações do juiz e do legislador. A oposição entre direito público e privado encontra-se totalmente

³⁶ “Na alta Idade Média não havia poder judiciário. A liquidação era feita entre indivíduos. Pedia-se ao mais poderoso ou àquele que exercia a soberania não que fizesse justiça, mas que constasse, em função de seus poderes políticos, mágicos e religiosos, a regularidade do procedimento. Não havia poder judiciário autônomo, nem mesmo poder judiciário nas mãos de quem detinha o poder das armas, o poder político.” (FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013, p. 67.)

³⁷ “No medievo, por nenhum prisma que se olhe o tema, se pode falar em um direito processual como portador da metodologia racional do processo, com a presença da dialética, contraditório, ampla defesa e igualdades formais. Os procedimentos que ocorriam nesse período histórico estão muito mais ligados ao poder e ao caráter religioso dessa sociedade do que, precisamente, a uma forma jurídico-processual de características científicas. Não existia direito processual nem teoria geral do processo. Não é por outra razão que o medievo não conheceu as formas científicas do processo, com o estudo, por exemplo, das partes, da ação, da jurisdição e do processo.” (GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito processual e capitalismo*. São Paulo: Dobra Universitária; Outras Expressões, 2017, p. 67).

obscura [...]. Não há, em geral, a oposição tão característica da época burguesa entre o indivíduo como pessoa natural e o indivíduo como membro da comunidade política.³⁸

Na Idade Moderna, tal situação permaneceu, no contexto do absolutismo mercantilista. Apenas o desenvolvimento capitalista propiciou uma plena separação da atividade jurisdicional. A alteração das relações de produção e as revoluções burguesas foram o terreno no qual a magistratura adquiriu seus contornos definitivos, cujas características estruturais permanecem até a atualidade. Da conformação entre forma jurídica e forma política estatal exsurge a forma jurídico-processual e, conseqüentemente, a figura do juiz imparcial se consolida.³⁹ Essa “suposta imparcialidade” do magistrado é condição fundamental para a própria reprodução do capital.⁴⁰

³⁸ PACHUKANIS, Evguíeni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 75-76.

³⁹ “Essa confusão entre soberano e julgador foi, no campo institucional, totalmente afastada na Idade Contemporânea, após a Revolução Francesa, quando o julgador começou a exercer a sua função mais próxima de interesses que passaram a ser conceituados e defendidos como públicos. Nesse momento da história, apareceu a figura do magistrado, agente público, representante do Estado-juiz, com maior independência em relação às épocas passadas, apesar de não haver ainda um real desenvolvimento científico do direito processual, na ausência, portanto, da completude da forma jurídico processual. [...] A figura do juiz moderno, na Idade Contemporânea, diz muito sobre a realização da forma jurídica e da forma política estatal, quando foi pelo abandono do exercício do poder do rei, das formas sociais pré-capitalistas de dominação, em que os senhores feudais estabeleciam regras, submetendo-se unicamente à *auctoritas* real [...], que o processo, na figura imparcial do juiz, passou a consumir a igualdade jurídica burguesa, na sua equivalência à forma mercadoriana.” (GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito processual e capitalismo*. São Paulo: Dobra Universitária; Outras Expressões, 2017, p. 163).

⁴⁰ “O poder judiciário, sendo distinto das partes em concorrência nas sociedades capitalistas, garante a reprodução dos termos gerais da exploração econômica. Se nas sociedades pré-capitalistas os senhores controlavam imediatamente os meios de julgamento dos que estavam sob seu domínio, no capitalismo tal função passa a ser reservada a um órgão terceiro, público, distinto formalmente dos indivíduos em contenda. O direito processual explica tal fenômeno chamando-o de monopólio da violência nas mãos do Estado. A política liberal louva tal instituição reconhecendo, no poder judiciário, a imparcialidade que enfim torna o direito técnico, mecânico e “justo”. Tal suposta imparcialidade, no entanto, é

O Poder Judiciário, em sua atual estruturação, é um corolário do capitalismo. Não obstante a ritualística típica do universo jurídico tenha antecedentes longínquos temporalmente, o fato é que as práticas constitutivas do direito, dos procedimentos judiciais e dos julgamentos são completamente distintas a depender do período histórico, em uma imbricação direta com o modo de produção característico de cada época. As seguintes considerações de Mascaro são bastante elucidativas acerca dessa questão:

Os institutos sociais e políticos do capitalismo são criados ou transmutados num processo de convergência à forma. É possível que se vejam vestígios históricos dos atuais corpos de magistrados e promotores de justiça em antigos inquisidores da Igreja. É possível até mesmo que os ritos, as nomenclaturas, as vestimentas, os locais e as práticas simbólicas dos administradores do Poder Judiciário moderno sejam transplantados de instituições de julgamento religiosas medievais. Mas a forma moderna de tais instituições se constitui a partir de específicas modalidades de reprodução social, que se valem dos ritos e das nomenclaturas para objetividades de prática social próprias e específicas. Não é porque os romanos chamaram a uma instituição política sua por Senado que a moderna instituição do Senado nos Poderes Legislativos seja, material, estrutural e funcionalmente, igual à do passado. As instituições são reconfiguradas pelas formas sociais, num entrelaçamento estrutural.⁴¹

Assim, tanto o direito processual quanto a magistratura não podem ser compreendidos em seus reais papéis se analisados de maneira dissociada das relações sociais concretas que caracterizam o modo de produção capitalista. Os idealismos que

apenas a condição estrutural para que o capital se reproduza nos exatos termos previstos pelas próprias estruturas sociais e jurídicas que o judiciário sempre há de reconhecer. No exato quadro desses termos já dados, o poder de julgamento pode ser, então, “neutro” e “justo”. (MASCARO, Alysson Leandro. *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 175).

⁴¹ MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 31.

costumam nortear muitas leituras acerca do processo judicial e das funções judicantes, que as enxergam como indispensáveis para a legítima consecução da justiça, caem por terra diante da perspectiva marxista, pois se mostram como visões puramente ideológicas. Igualmente, as concepções juspositivistas se mostram limitadas e também enredadas nas teias da ideologia jurídica que marca nosso tempo.

3. Magistratura e ideologia

Os estudos acerca da ideologia são fundamentais para que logremos captar os meandros da imbricação entre direito e capitalismo e, por conseguinte, o papel desempenhado pela magistratura em nossa sociedade. Ao lado das análises das formas sociais, o aspecto ideológico não pode ser desconsiderado nas análises do fenômeno jurídico e das instituições que o caracterizam.

O filósofo francês Louis Althusser (1918-1990) é um dos principais estudiosos do tema da ideologia na perspectiva marxista. Mediante uma conjugação entre marxismo e psicanálise, Althusser avança no entendimento da estruturação do arcabouço ideológico de forma bastante precisa.⁴² Diferentemente das visões vulgares que comumente se referem à possibilidade de escolha da ideologia a ser seguida, Althusser demonstra que a ideologia se impõe mediante práticas materiais reiteradas, constituindo, desse modo, a própria subjetividade dos indivíduos.

⁴² “O ponto nuclear, ou se preferirmos, a preocupação máxima do pensamento de Althusser, a sua motivação, finalidade e o que, de um modo não desprovido de grande importância, constituirá a base filosófica da sua obra, é, sem dúvida alguma, a construção de uma teoria da ideologia. [...] Com a obra de Louis Althusser inicia-se um novo caminho para a teoria da ideologia. Ele será marcado por dois elementos, constituídos, em primeiro lugar, pela nova leitura que Althusser sugere a respeito da obra de Marx, convidando à elaboração da filosofia que, ausente explicitamente, está latente nela, e, em segundo lugar, pela integração da descoberta freudiana do inconsciente, o qual nos servirá para mostrar a importância que a psicanálise teve na investigação althusseriana sobre a *ideologia* [...]” (SAMPEDRO, Francisco. A teoria da ideologia de Althusser. Tradução de Márcio Bilharinho Naves. In: NAVES, Márcio Bilharinho (Org.). *Presença de Althusser*. Campinas: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2010, p. 31).

Para Althusser, a ideologia não se trata de uma “falsa consciência”, mas opera no nível do inconsciente, a partir da concretude das relações sociais, estabelecendo-se de maneira estrutural na sociedade. O processo de interpelação, por meio do qual indivíduos concretos são construídos sujeitos, é característico da ideologia. Tal consiste no fornecimento de uma identidade ao interpelado, por meio de rituais de reconhecimento ideológico, que ensejam uma espécie de internalização das relações sociais.

Uma das principais contribuições althusserianas para o entendimento da sociedade capitalista é sua conceituação dos aparelhos ideológicos de Estado. Enquanto os aparelhos repressivos de Estado compreendem as instituições de caráter repressivo e operam primordialmente por meio da repressão e apenas residualmente pela ideologia, os aparelhos ideológicos de Estado atuam eminentemente na esfera ideológica, espraiando-se pelos âmbitos religioso, escolar, familiar, político, sindical, de informação, cultural, jurídica, dentre outros. Assim, os aparelhos ideológicos de Estado têm correspondência nas diferentes organizações, tais como nas igrejas, nas escolas, nos meios de comunicação de massa, nos sindicatos, nos partidos políticos, bem como nas instituições políticas e jurídicas.⁴³ Sobre essa questão, elucidada Mascaró:

Os aparelhos repressivos, nas sociedades capitalistas, dada a separação do poder político em face das classes econômicas, são praticamente concentrados em mãos estatais. Já os aparelhos ideológicos perpassam tanto o Estado, naquele núcleo pelo qual é tradicional e juridicamente identificado, como também se esparramam por regiões do plano político não imediatamente estatais. No entanto, como são plexos sociais que corroboram para permitir a própria reprodução social geral e a do Estado em específico, e por este são, de variados modos,

⁴³ ALTHUSSER, Louis. *Idéologie et appareils idéologiques d'État*. In: Positions. Paris: Editions Sociales, 1976, p. 67-125.

parcialmente controlados – são tomados como aparelhos ideológicos de Estado (AIE) – no sentido pelo qual Althusser os considera.⁴⁴

Na sociedade capitalista, a ideologia, por excelência, é a ideologia jurídica, haja vista que a constituição dos indivíduos em sujeitos de direito é intrínseca a esse modo de produção, sendo dele resultante e, ao mesmo tempo, indispensável para sua reprodução. É a partir da generalização das trocas mercantis, lastreadas em relações de produção capitalistas, que se consubstancia a subjetividade jurídica, inclusive, em seu aspecto ideológico.

A materialidade capitalista engendra a ideologia jurídica, a qual, inclusive, “funda, de fato, a relação sujeito/objeto como relação de *propriedade*”,⁴⁵ conforme observa Nicole-Edith Thévenin, em uma perspectiva althusseriana. Assim, a concepção do homem enquanto sujeito de direito, dotado dos atributos de liberdade e igualdade, é a base sobre a qual se erige todo o edifício ideológico burguês, cuja determinação material, em última instância, reside na economia capitalista, estruturada na exploração do trabalho assalariado.

Althusser é um ferrenho crítico do humanismo, inclusive, no âmbito do marxismo.⁴⁶ O filósofo francês demonstra ainda a intrínseca ligação entre humanismo e ideologia jurídica. Logo, os direitos do homem - que são geralmente vistos como conquistas das revoluções burguesas e percebidos como um progresso da humanidade -, para Althusser, são o resultado do arcabouço ideológico indispensável para a própria reprodução do capitalismo. Isso não significa um louvor althusseriano às sociedades pré-capitalistas ou o desprezo pela busca de construções sociais

⁴⁴ MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 70.

⁴⁵ THÉVENIN, Nicole-Edith. *Révisionnisme et philosophie de l'aliénation*. Paris: Christian Bourgois, 1977, p. 96.

⁴⁶ Em meu livro *Marxismo, humanismo e direito: Althusser e Garaudy*, publicado pela editora Ideias & Letras em 2018, abordo com profundidade essa temática

mais humanitárias, mas a constatação de que a própria noção de homem como portador de direitos é inerente ao capitalismo. Nesse sentido, cabe destacar as próprias palavras de Althusser:

E longe de mim denegrir esta grande tradição humanista cujo mérito histórico é ter lutado contra a feudalidade, contra a Igreja e seus ideólogos, e ter dado ao homem títulos e uma dignidade. Mas longe de nós, acredito, a ideia de contestar que esta ideologia humanista, que produziu grandes pensadores, seja separável da burguesia em ascensão de quem ela exprime as aspirações, ao traduzir e transpor as exigências de uma economia mercantil e capitalista sancionada por um direito – o antigo direito romano corrigido para direito mercantil burguês. O homem sujeito livre, o homem livre sujeito de seus atos e pensamentos, é de início o homem livre para possuir, vender e comprar, o sujeito de direito.⁴⁷

As subjetividades, no capitalismo, são constituídas a partir do arcabouço da ideologia jurídica, de maneira que os indivíduos se reconhecem como portadores de direitos subjetivos. Nesse contexto, o respeito ao direito de propriedade passa a ser visto como indispensável para a própria manutenção da sociedade humana. Assim, naturalizam-se todas as repressões às possíveis violações de tal direito, cujo caráter “sacrossanto” costuma ser muito exaltado. Disso decorrem, por exemplo, situações de combate aos sem-terra e sem-teto que buscam, como forma de garantir a própria subsistência, a ocupação de terras e imóveis desabitados. Ao argumento de se defender o direito de propriedade, seres humanos são privados do mínimo essencial à própria subsistência.

A forma de tratamento das ditas questões penais também é marcada pela ideologia jurídica. A pena privativa de liberdade é vista como justa a depender do delito cometido pelo agente, sendo que se busca uma proporcionalidade entre a gravidade

⁴⁷ ALTHUSSER, Louis. Sustentação de Tese em Amiens. Tradução de Rita Lima. In: *Posições* 1. Rio de Janeiro: Graal, 1978, p. 160.

do delito e o *quantum* de pena, levando-se em consideração também outros elementos como a conduta do sujeito. O arcabouço ideológico que vige na contemporaneidade faz com que os indivíduos entendam tal sistemática como correta e, de modo geral, não questionem se essa é efetivamente a melhor maneira de se manter a paz social.

O Poder Judiciário, assim, apresenta-se como um dos pilares no qual se sustenta a própria sociedade, pois é a ele que compete a garantia dos direitos subjetivos e a manutenção da ordem. Juízes e tribunais asseguram o cumprimento do ordenamento jurídico, determinando reintegrações de posse ou fixando as penas dos delitos criminais, por exemplo. Logo, é o Poder Judiciário - e todo o aparato que o circunda - um dos principais responsáveis pela reprodução capitalista.⁴⁸

A figura do magistrado imparcial é parte de um constructo ideológico de caráter idealista e que se mostra no panteão do pensamento burguês. Há, inclusive, um velho bordão amplamente repetido: “decisão judicial não se discute, se cumpre”. Nessa perspectiva, se surgem críticas a determinada atuação de um juiz ou tribunal, elas raras vezes atingem o Poder Judiciário como um todo e, se porventura o façam, dificilmente alcançam as determinações econômicas subjacentes à própria estrutura judicial.⁴⁹ Geralmente, quando magistrados sofrem críticas, tal

⁴⁸ “Primeiro, que o Poder Judiciário está cravado nas próprias formas estruturais que sustentam o capitalismo e, segundo, que o Judiciário, assim como as demais instituições conformadoras do modo de regulação, também está suscetível às transformações advindas com as crises periódicas do capitalismo, que perpassam a sua configuração embora sem atingir a sua função precípua de guardião da legalidade.” (GARDUCCI, Leticia Galan. *O Conselho Nacional de Justiça a partir do modo de regulação brasileiro no pós-fordismo: uma análise à luz da teoria da derivação*. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – São Paulo, Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2014, p. 55)

⁴⁹ “Há um impulso geral de crítica ao direito que tem por horizonte denunciar ou querer mudar aqueles que operam as engrenagens jurídicas e as instituições políticas. Comparada à denúncia do burguês, a crítica ao jurista e ao político é mais fácil. Isso porque, no plano do Estado e do direito, seus agentes não estão “naturalmente” investidos no cargo. Dependentes de concursos, nomeações ou eleições, haerem sua competência de cargos cujo poder está previamente normatizado e, então, um eventual abuso de seus atos é mais facilmente

se dá por julgarem de acordo com seus interesses ou ideologias, esquecendo-se que, na realidade, o próprio direito é a ideologia do capitalismo. Acerca dessa questão, interessante destacar as observações de Mascaro:

A ideologia do direito é o resultado da materialidade das relações sociais capitalistas. Os valores centrais do direito não destoam daquilo que é a própria concretude da sociabilidade da mercadoria. Tanto o direito é núcleo decisivo e geral da ideologia do capitalismo que até a crítica ao direito, quase sempre, termina por ser seu louvor. O combate ao direito se dá, via de regra, na reposição da ideologia em seu pedestal. O policial que agiu com violência desmedida extrapolou o poder que lhe foi dado. O excedente é ilegítimo: portanto, o que é central no poder do policial é legítimo. O magistrado que decidiu ideologicamente pôs seu horizonte político pessoal à frente da hermenêutica mais clara e apropriada da norma. O ideológico da sentença judicial é ilegítimo: portanto, o poder de julgar do juiz é legítimo, e as normas jurídicas, se interpretadas retamente, também o são. Pode-se e deve-se fazer uma crítica ao magistrado e ao policial. Mas, uma vez puxado o novelo, ele redundará necessariamente na crítica ao direito e ao Estado. E, ainda mais adiante no fio do novelo, chegará necessariamente à crítica do capitalismo.⁵⁰

contestado. Ao contrário do poder econômico, cujos agentes estão escondidos em seus escritórios, bancos, indústrias, comércios ou lares – e cuja riqueza se legitima com o trabalho e a herança –, os operadores do direito e da política se organizam a partir do mundo localizável das instituições jurídicas estatais: é o Estado que investe policiais, delegados, promotores ou juízes de poderes e competências. Os campos político e jurídico acabam por ser o alvo primeiro – e, na curta crítica, também quase sempre o final – da insurgência e do combate dos movimentos progressistas, restando oculto, de seu horizonte, o núcleo econômico burguês. Se nesse diapasão de crítica ou de luta social fica à sombra, no plano mediato, o poder do capital, ficam também olvidadas, no plano imediato do direito e do Estado, suas próprias instituições. A crítica ao direito termina por ser, quase sempre, a crítica ao jurista, bem como a crítica à política acaba por ser ao político. E a denúncia contra os agentes do Estado e do direito em geral se baseia no descompasso entre ordenamento normativo e prática.”(MASCARO, Alysson Leandro. In: *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 157).

⁵⁰ MASCARO, Alysson Leandro. *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 159.

Em relação aos magistrados, eles também se mostram enquanto indivíduos mergulhados na lógica da mercadoria e, por conseguinte, apresentam suas subjetividades constituídas da mesma maneira que os demais membros da sociedade. Assim, os aparelhos ideológicos também operam no inconsciente dos juízes, terminando por serem os formadores de suas práticas cotidianas. Some-se a isso o fato de que a própria educação jurídica recebida pelos operadores do direito desde os bancos acadêmicos termina por lhes pautar um horizonte de mundo, em geral, altamente conservador.⁵¹

Destarte, é impossível se pensar em uma magistratura absolutamente independente como postulam alguns de maneira idealista e até mesmo ingênua. O magistrado enquanto indivíduo inserido no contexto de uma sociedade capitalista não pode se furtar às balizas que a constituem. Não se trata aqui de afirmar que os juízes atuem de forma interessada ou deliberadamente em favor dos interesses burgueses – embora muitos assim o façam –, mas sim de constatar a realidade de que os magistrados, conquanto possam estar de boa-fé e imbuídos de nobres ideais de justiça, não tem como se desvencilhar da lógica mercantil que constitui o próprio cerne do direito no capitalismo e da ideologia jurídica a ele atrelada.

⁵¹ “Embora seu potencial variável, há, no entanto, alguns padrões comuns à educação jurídica nos países capitalistas, desde o século XIX até a atualidade: uma determinada visão filosófica conservadora do justo e da ordem; o privilégio da técnica em face da crítica e da formação humanística; o eixo das matrizes curriculares nas disciplinas privatísticas, penais e processuais; práticas pedagógicas tradicionais, como as técnicas de educação centradas na individualidade do docente e no valor da autoridade do doutrinador; a legitimação da educação jurídica pela inserção profissional e pelos resultados em concursos. [...] O jurista é burguês não porque desenvolve, logo no albor de sua formação nas faculdades, a intenção firme de escolher e portar a ideologia burguesa, mas simplesmente porque defende juridicamente os institutos burgueses. Se há ou não consciência ideológica ao jurista, isto é um fato suplementar. Há uma ideologia de fundo, inconsciente, que subjaz à prática do jurista e que o constitui. O mesmo com a educação jurídica. Ela não opera necessariamente de modo consciente: o jurista é ensinado, pratica, reproduz e ensina, muitas vezes, na base de uma naturalização dos institutos que maneja.” (MASCARO, Alysso Leandro. Sobre a educação jurídica. In: TAGLIAVINI, João Virgílio; SANTOS, João Luiz Ribeiro (orgs.). *Educação jurídica em questão: desafios e perspectivas a partir das avaliações*. OAB/SP: São Carlos, São Paulo, 2013, p. 44-45)

4. Ativismo judicial, ideologia e os limites da forma jurídica: o caso brasileiro

O chamado ativismo judicial tem sido objeto de intensos debates no Brasil, especialmente nos últimos tempos. A própria atuação dos magistrados, em geral, é alvo de crescente controle social, impulsionado principalmente pelas coberturas efetuadas pelos meios de comunicação de massa. Além disso, os interesses econômicos em jogo exercem constante pressão sobre juízes e tribunais. A cobrança por celeridade na tramitação dos processos, através da estipulação de metas e da necessidade constante de apresentação de relatórios, reforça ainda mais o caráter técnico assumido pelo Poder Judiciário no capitalismo, especialmente com o advento do pós-fordismo.⁵²

Magistrados chegam a “gabar-se” perante os órgãos de controle por decidirem sem o “viés ideológico”, sustentando que suas decisões são o resultado da observância dos estritos termos da lei. A segurança jurídica é alçada a valor fundamental, de modo que são combatidas as chamadas tentativas de “politização do Poder Judiciário”.

Nesse contexto, são condenadas por muitos as determinações judiciais de fornecimento de medicamentos a indivíduos necessitados, por exemplo, sob a alegação de que isso gera

⁵² “Uma busca por maior controle social, somado à maior necessidade de se promover certeza e segurança jurídica, adquire maior importância neste modelo de desenvolvimento e, com isto, o Judiciário passa a ser visto como peça fundamental na criação de um ambiente seguro, estável, previsível e, assim, favorável ao regime de acumulação pós-fordista. Desde modo, embora a necessidade de manutenção da ordem social e a certeza e segurança jurídica sejam elementos intrínsecos ao capitalismo [...], o que se quer enfatizar aqui é que no pós-fordismo estes elementos ganham uma proeminência ainda maior, o que explica, inclusive, o maior protagonismo que assume o Poder Judiciário neste período. [...] E é em função desta nova conjuntura, com vistas a promover reformas que adequem o Judiciário a esta nova situação, que se inicia, sobretudo, na década de 1990, um discurso em prol de um Judiciário célere e eficiente, tal como ocorreu com as demais reformas neoliberais promovidas com a ascensão do pós-fordismo.” (GARDUCCI, Leticia Galan. *O Conselho Nacional de Justiça a partir do modo de regulação brasileiro no pós-fordismo: uma análise à luz da teoria da derivação*. Dissertação - Mestrado em Direito Político e Econômico – São Paulo, Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2014, p. 59)

graves desequilíbrios orçamentários.⁵³ Sobre esse ponto, inclusive, fala-se em “judicialização da saúde”, sendo tal situação comentada por defensores e contraditores.⁵⁴ O ativismo judicial que se apresenta, nessas situações, é condenado por muitos,⁵⁵ ao argumento de que significaria uma espécie de intromissão do Poder Judiciário na esfera do Poder Executivo. Há casos nos quais ainda se acusa o Judiciário de usurpar as funções típicas do Poder Legislativo.

Assim, é postulada a necessidade de intenso controle da atuação dos magistrados, consubstanciada em órgãos específicos para tanto e na alteração da legislação processual com vistas à uniformização das decisões, dotando a atividade do magistrado, especialmente nas instâncias inferiores, de um caráter eminentemente burocrático, embora com maior celeridade do que habitualmente se entende por burocracia, mediante a incorporação de valores empresariais tais como a fixação de metas e a constante busca por aumento da produtividade.

Paradoxalmente, ao lado desse movimento, em determinadas situações, a atuação dos órgãos julgadores, especialmente

⁵³ SILVA, Juvêncio Borges. JUCATELLI, João Paulo. Judicialização da saúde, ativismo judicial e o conseqüente desequilíbrio do orçamento público. *Revista Brasileira de Políticas Públicas – UNICEUB*, v. 7, n. 1, abril, 2017, p. 89-105. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4454>>. Acesso em 09 jul. 2019.

⁵⁴ YAMAGUCHI, Cristina Keiko. ORSATTO, Silvio Dagoberto. BORGES, Gustavo. *Judicialização da saúde no Brasil*. Erechim: Deviant, 2017.

⁵⁵ “Na categoria de ativismo mediante imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas, o exemplo mais notório provavelmente é o da distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial. A matéria ainda não foi apreciada a fundo pelo Supremo Tribunal Federal, exceto em pedidos de suspensão de segurança. Todavia, nas Justiças estadual e federal em todo o país, multiplicam-se decisões que condenam a União, o Estado ou o Município – por vezes, os três solidariamente – a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e municipais. Em alguns casos, os tratamentos exigidos são experimentais ou devem ser realizados no exterior.” (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p. 27. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>, Acesso em 08 jul. 2019.)

na esfera penal, caracteriza-se, muitas vezes, pela aplicação do chamado “direito penal do inimigo”,⁵⁶ em um regime de nítida exceção.⁵⁷ Cumpre observar que, geralmente, tal situação conta com o aplauso da sociedade e com a conivência dos órgãos de cúpula e de controle da atividade jurisdicional.

As leituras dos limites ao ativismo judicial vão desde aquelas juspositivistas estritas, as quais entendem que a atuação do magistrado deve se dar no âmbito da moldura normativa, passando pelas juspositivistas éticas, que valorizam a observância dos princípios, até aquelas não juspositivistas, todas elas com visões à esquerda e à direita. Assim, raras vezes a questão é tratada de uma maneira efetivamente crítica, a partir de um mergulho na totalidade das relações sociais.

As visões à esquerda, por vezes, buscam o alargamento dos limites normativos, especialmente de modo a dar efetividade aos

⁵⁶ “O direito penal que encontra limites no direito constitucional deixa de existir, com o fomento da relativização das garantias individuais. É criado um Estado de exceção, que implanta o terror sob seus protegidos. Percebe-se que com a adesão à teoria do Direito Penal do Inimigo, o cidadão em desconformidade com a lei vira terrorista, deixa de ser uma pessoa de direito e sofre com o peso de um sistema que não leva em consideração um contraditório substancial, direitos mínimos para a defesa ou a garantia de uma pena adequada. Nesse ponto, o direito penal do inimigo encontra nexo de resultado com a figura do ativismo judicial no tocante à supressão de direitos e garantias individuais. A interpretação e criação da norma jurídica pelo juiz no sentido de suprimir direitos históricos em função de uma pseudo-eficiência viola a constituição e caracteriza um exemplo claro de retrocesso social, que desafia o cerne das regras de hermenêutica constitucional.” (JESUS, Júlio César Moreira de. PINTO JUNIOR, Alceu de Oliveira. *Ativismo judicial e o direito penal do inimigo: o judiciário violador de garantias e direitos fundamentais*. Intertemas: Revista da Toledo Prudente. Vol. 20. Presidente Prudente: 2015, p. 83. Disponível em <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/INTERTEMAS/article/view/6638>>, Acesso em 08 jul. 2019.)

⁵⁷ “A exceção estará presente na jurisdição quando suas decisões se apresentarem como mecanismos de desconstrução do direito, com finalidade eminentemente política, seja pela suspensão da própria democracia – como ocorreu, por exemplo, na América Latina, em países como Paraguai e Honduras –, seja pela suspensão de direitos da sociedade ou parcela dela, como de fato ocorreu e ainda ocorre no Brasil. [...] Vale apontar que, em geral, a decisão jurisdicional de exceção não se declara como tal. Ela vem envolvida em fundamentações e justificativas aparentemente compatíveis com a ordem posta, e apenas sua adequada interpretação é capaz de desnudar a exceção.” (SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção*. São Paulo: Alameda, 2016, E-book)

direitos sociais. As visões à direita destacam-se especialmente na esfera penal por sua sanha punitivista. Não obstante, o ativismo judicial sofre críticas tanto por setores da esquerda quanto da direita, a depender das situações. Pelo lado da direita, postula-se uma observância aos estritos termos da lei, negando-se uma margem interpretativa ao magistrado, justamente nos casos em que os julgadores, em suas decisões, posicionam-se favoravelmente aos desprovidos de poder econômico. Por exemplo, se um magistrado, em observância ao princípio constitucional que garante a função social da propriedade, profere uma decisão que beneficia os sem-teto, logo é alvo de críticas atroz. Afinal, para esses setores da direita, princípios constitucionais não são estritamente normas. Por outro lado, há momentos em que a esquerda se posiciona contrariamente ao ativismo judicial, com receio da exacerbação dos poderes conferidos aos magistrados, notadamente na esfera penal, argumentando que tal se configuraria em um Estado de exceção.

O próprio termo ativismo judicial⁵⁸ é controverso e utilizado para designar situações diferentes, referindo-se tanto às atuações das instâncias inferiores quanto das cortes superiores.⁵⁹

⁵⁸ “Entende-se por ativismo judicial o papel criativo de tribunais ao contribuírem, de forma inovadora, para a construção do direito, decidindo sobre as peculiaridades do caso concreto e formando, por conseguinte, o precedente jurisprudencial, de forma antecipada à edição da lei. O termo é originário dos Estados Unidos da América, país adepto da *Common Law*. Tal família jurídica possui como uma de suas mais marcantes características a adoção da Jurisprudência como principal fonte de criação do direito. O termo ativismo judicial foi citado pela primeira vez também nos Estados Unidos, no ano de 1947. O jornalista Arthur Schlesinger Jr., em artigo publicado na revista *Fortune*, nomeou dessa forma a atuação da Suprema Corte Norte Americana, chamando “ativistas” os juizes que adotavam posturas menos contidas em suas decisões.” (POZZEBON, Fabricio Dreyer de Ávila. FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *Ativismo judicial e Direito Penal do risco: novos desafios. Arquivo Jurídico*, Teresina-PI – v. 3 – n. 1, p. 112. Disponível em < <http://www.ojs.ufpi.br/index.php/raj/article/view/5707>>. Acesso em 08 jul. 2019.)

⁵⁹ “Em meio à dificuldade de se definir o ativismo judicial, mas, em contrapartida, com a existência de diversos entendimentos sobre a temática, em uma tentativa de sistematizar as concepções existentes, é possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do

Costuma-se estabelecer uma distinção entre judicialização⁶⁰ e ativismo judicial. Sobre essa questão, observa Luís Roberto Barroso:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela

Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras. Ressalte-se que, apesar de ser possível identificar essas tendências no contexto da doutrina brasileira, fica difícil de encontrar o que se poderia chamar de posicionamentos puros. Na verdade, o que se pretende referir é que, na maioria das vezes, estes enfoques acabam se misturando e se confundindo, sem que haja, portanto, um compromisso teórico de se definir o que seja o ativismo. [...] O ativismo é gestado no seio do sistema jurídico. Trata-se de conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade. Com isso, dá-se um passo que está para além da percepção da centralidade assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que consiste em observar/controlar qual o critério utilizado para decidir, já que a judicialização, como demonstrado, apresenta-se como inexorável.” (STRECK, Lenio Luiz. TASSINARI, Clarissa. LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS 3326. Revista Brasileira de Políticas Públicas – UNICEUB, v. 5, número especial, 2015, p. 56 e 58. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139>>, Acesso em 08 jul. 2019).

⁶⁰ “Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. [...] O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.” (BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p. 24. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>, Acesso em 08 jul. 2019).

conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. [...] A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁶¹

O ministro do Supremo Tribunal Federal também aponta que o ativismo judicial pode ocorrer tanto de maneira progressista quanto conservadora, tendo como origem a jurisprudência norte-americana, e cita como exemplos decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, nas quais setores mais reacionários da sociedade chegaram a encontrar apoio para a manutenção de regimes de segregação racial, situação que, posteriormente, se inverteu completamente, com a prolação de julgamentos contrários à discriminação, por exemplo.⁶²

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, n° 1, 2012, p. 25-26. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>, Acesso em 08 jul. 2019.

⁶² "As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (Dred Scott v. Sanford, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral

Lenio Streck, a seu turno, assume uma postura crítica em face do ativismo judicial,⁶³ distinguindo-o da judicialização, conforme segue:

A judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do judiciário na deficiência dos demais poderes. Por outro lado, o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, constituindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos.⁶⁴

O autor gaúcho chega ainda a falar de uma espécie de “ativismo judicial à brasileira”, consubstanciado principalmente na “transposição equivocada de um conceito” e na “ausência de uma necessária adaptação do que se apreende do constitucionalismo norte-americano”.⁶⁵

(Era Lochner, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953- 1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).” (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p. 26. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>, Acesso em 08 jul. 2019.)

⁶³ “Quando estamos diante de uma postura ativista, temos uma decisão que vai além do próprio texto da Constituição, acarretando o que Hesse chama de *rompimento constitucional*, quando o texto permanece igual, mas a prática é alterada pelas práticas das maiorias. É o que ocorreu com a Constituição de Weimar e o nazismo.” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 2017, p. 85).

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 2017, p. 87.

⁶⁵ “É possível perceber que, no Brasil, sob o manto do ativismo judicial, a doutrina produziu uma leitura bastante peculiar sobre a atividade jurisdicional, que se manifesta em oscilações

Gilberto Bercovici, por sua vez, também tece críticas ao ativismo judicial, especialmente à maneira pela qual ele foi recepcionado no caso brasileiro:

Nos EUA, o ativismo judicial funciona como uma faca de dois gumes, pois se manifesta em decisões “progressistas” e “conservadoras”, em temas da moral, economia e política. Já no Brasil, para variar, sua recepção foi distorcida, tendo a “doutrina brasileira da efetividade” entendido o ativismo judicial como algo positivo, como caminho transformador e canal de posições progressistas. Todavia, na prática, o ativismo judicial no Brasil, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consiste em exacerbação do poder judicial e viabiliza retrocessos em termos de direitos e garantias fundamentais [...].⁶⁶

de aproximação e afastamento, sem qualquer pudor, entre a cultura jurídica do Brasil e a dos Estados Unidos. Com isso, não apenas se formou um imaginário sobre como pode ser teoricamente compreendido o exercício da jurisdição, mas também se influenciou diretamente a atuação de juízes e tribunais na contemporaneidade. Não seria demasiado afirmar, assim, que o atual contexto é marcado por um ativismo judicial à brasileira. [...] Assim, tomando-se como pressuposto os apontamentos que decorreram da aproximação entre as reflexões norte-americanas e o atual cenário constitucional brasileiro, a expressão ativismo judicial à brasileira evidencia duas importantes questões: primeiramente, a caracterização do ativismo judicial como experiência que não é própria (originária) do contexto brasileiro (neste sentido, à brasileira sinalizaria simplesmente para a conjugação de duas tradições). Por outro lado, pode também estar implícita uma crítica à utilização destes termos de modo despojado do contexto de seu surgimento, o que implica, a um tempo, a transposição equivocada de um conceito e, a outro, a ausência de uma necessária adaptação do que se apreende do constitucionalismo norte-americano — e é principalmente estes últimos dois sentidos que estão impressos neste trabalho. Por tudo o que já foi esclarecido, o ativismo judicial figura como um problema, carregado de um pragmatismo que torna a interferência judicial, nos moldes de um ativismo judicial à brasileira, perigosa, porque vinculada a um ato de vontade do julgador.” (STRECK, Lenio Luiz. TASSINARI, Clarissa. LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS 3326. Revista Brasileira de Políticas Públicas – UNICEUB, v. 5, número especial, 2015, p. 56 e 58. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139>>, Acesso em 08 jul. 2019)

⁶⁶ BERCOVICI, Gilberto. BELLO, Enzo. LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988? *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, 2018, p. 12. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/37470>>. Acesso em 12 jul. 2019.

Bercovici observa ainda que, por meio da adoção da postura ativista pelo Poder Judiciário, apresenta-se uma espécie de “esvaziamento da política”. Nas palavras dele:

Ao ser promulgada a Emenda Constitucional 45/2004, reafirmou-se não somente a súmula vinculante como a pretensão do Supremo Tribunal Federal de revestir-se na condição de soberano, como se fosse o único corpo político a deter a última palavra sobre quase tudo. O ativismo judicial disseminado em todas as instâncias do judiciário nacional confirmam nossas palavras, mesmo a qualquer olhar desatento. Cotidianamente, presencia-se um verdadeiro esvaziamento (*Ausräumung*) da política e dos políticos pelo Poder Judiciário. Surpreende – no Brasil e mesmo nas democracias europeias ou dos Estados Unidos – que pouco enfrentamento tenha tal cenário desencadeado da parte da sociedade e de outros poderes políticos.⁶⁷

Não nos deteremos sobre as controvérsias acerca do conceito de ativismo judicial e das disputas em torno de seus limites em face do ordenamento jurídico⁶⁸ - considerando que tais questões costumam ser tratadas a partir de leituras juspositivistas e não juspositivistas -, pois constatamos ser fundamental que a

⁶⁷ BERCOVICI, Gilberto. LIMA, *Martonio Mont'Alverne Barreto*. Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC N° 33/2011. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 3, set./dez. 2013, p. 792. Disponível em: < <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2810>>. Acesso em 12 jul. 2019.

⁶⁸ “Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. [...] Uma vez conceituado o ativismo judicial como o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional, é preciso situar a temática no contexto de determinado sistema jurídico se quisermos avançar em relação ao estabelecimento de critérios que permitam a caracterização de tal ou qual decisão como ativista.” (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2015, E-Book.)

abordagem dessa temática possa se apresentar em uma perspectiva materialista e estrutural. O ativismo judicial - ainda que extrapole os contornos normativos, rompendo a apregoadá fronteira entre direito e política e tornando o Poder Judiciário, em certa medida, partícipe do processo legislativo - não é capaz de transbordar os limites da forma jurídica e, por conseguinte, é insuficiente para elidir o direito.

Sem adentrarmos também nas polêmicas sobre o possível desequilíbrio que o ativismo judicial geraria na tripartição dos poderes,⁶⁹ podemos simplesmente destacar que a atuação do magistrado, em esfera mais ou menos ampla, não tem o condão de alterar estruturalmente o direito e a sociedade. A atuação política do magistrado, mesmo que se dê de modo reacionário ou mesmo progressista, não se presta a abalar os alicerces do direito que se encontram no próprio capitalismo. O magistrado individualmente age de maneira isolada, logo, evidentemente, suas decisões possuem caráter pontual. Ainda que vários magistrados ou os próprios tribunais julguem no mesmo sentido, por exemplo, de modo progressista, isso ocorre no

⁶⁹ "Há que se reconhecer que a estrutura funcional do Estado brasileiro, sua engenharia, padece de problemas por causa de uma crise de identidade de modelo, optamos por um mix entre o modelo de controle de constitucionalidade europeu, por cortes constitucionais, que representam os Poderes, logo, se pondo acima deles e controlando em abstrato a validade de atos de todos eles e o modelo americano, que realiza o controle a partir de casos concretos julgados pelo Judiciário e que vinculam tribunais inferiores, mas que não tem o condão de invalidar em abstrato leis e atos legislativos [...]. Assim o Judiciário, embora sendo um dos Poderes da República, que deveria guardar harmonia com os demais, acabou sendo posto num papel superior, podendo controlar abstratamente a validade de leis e atos normativos face à Constituição. De fato perdemos a chance em 1988 de criar uma corte constitucional, composta por julgadores indicados pelos três Poderes, que representasse a sociedade e controlasse abstratamente a validade constitucional de atos dos Poderes indistintamente. A este problema estrutural se agrega o conjuntural, do ativismo judicial, que tem levado o Judiciário a interpretar a Constituição segundo crenças privadas do julgador e não face ao sentido do texto normativo, passando o Judiciário, muitas vezes, a um papel político instaurador e não se autocontendo nos limites jurídicos de interpretação das normas postas." (SERRANO, Pedro. Única solução pacífica e civilizada possível é cumprir ordem judicial. *O Estado de S.Paulo*, 22 nov. 2017. Disponível em: < <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,analise-unica-solucao-pacifica-e-civilizada-possivel-e-cumprir-ordem-judicial,70002092693>>. Acesso em 13 jul. 2019)

contexto do já dado resultado da conformação entre forma jurídica e forma política estatal. A própria forma jurídico-processual não se altera simplesmente pelo fato da ruptura com os estritos parâmetros normativos.

O Poder Judiciário está inserido no arcabouço dos aparatos estatais logo sua própria existência encontra-se sempre atrelada à reprodução do modo de produção capitalista. Assim sendo, não há que se falar em plena independência do Poder Judiciário, pois não há como pensá-lo de maneira dissociada da estrutura social na qual está inserido.

Recentemente, a fala de um político brasileiro gerou bastante polêmica ao asseverar: “para fechar o STF bastam um cabo em um soldado”. Essa frase é emblemática e verdadeira, ainda que parcialmente. Com efeito, a força militar pode se sobrepôr ao Poder Judiciário. A história de nosso país demonstra isso, quando, durante o Estado de exceção que se apresentou durante a ditadura militar iniciada 1964, vários magistrados foram cassados⁷⁰ e o Supremo Tribunal Federal se tornou um “enfeite institucional”,⁷¹ com nítido enfraquecimento da magistratura brasileira.⁷² Contudo, ainda que a sujeição da Suprema Corte

⁷⁰ FREITAS, Vladimir Passos de. *O Poder Judiciário brasileiro no regime militar*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-dez-20/segunda-leitura-poder-judiciario-brasileiro-regime-militar>>. Acesso em 08 jul. 2019.

⁷¹ OLIVEIRA, Mariana. Golpe de 1964 fez do Supremo um ‘enfeite institucional’, diz pesquisador. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/50-anos-do-golpe-militar/noticia/2014/03/golpe-de-1964-fez-do-supremo-um-enfeite-institucional-diz-pesquisador.html>>. Acesso em 08 jul. 2019.

⁷² “Instaurado o regime de exceção empresarial-militar com o golpe de Estado de 1964, manteve-se *pro forma* a vigência do ordenamento constitucional, com a supressão de fato das liberdades e garantias individuais, bem como dos direitos sociais. Em 13 de dezembro de 1968, o chamado Ato Institucional nº 5 emasculou a magistratura, ao decretar a suspensão oficial das garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade (art. 6º), além de oficializar a suspensão do *habeas corpus* “nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular” (art. 10). Isto quanto à Justiça Civil, pois a Justiça Militar, durante toda a duração do regime autoritário, colaborou vergonhosamente na repressão dos opositores políticos.” (COMPARATO, Fábio Konder. O poder judiciário no Brasil. *Cardernos IHU Ideias*. Ano XIII – Nº 222 – V. 13 – 2015, p. 16.)

de nosso país tenha se dado de modo imediato, por meio da força militar, a efetiva determinação se apresentava, em última instância, pelo capital.

Também em um contexto democrático, o Poder Judiciário não tem como escapar da constrição das formas sociais capitalistas, pois ele próprio é fruto da conformação entre elas. Portanto, não há como se promover uma alteração de caráter estrutural na sociedade, por meio da atuação dos magistrados, mesmo que as decisões provenham dos órgãos de cúpula.

Inegavelmente, o Poder Judiciário é atravessado pela luta de classes inerente ao modo de produção capitalista. Assim sendo, é fácil observar que há a possibilidade de que decisões judiciais possam ora favorecer os mais necessitados, ora o grande capital, bem como pautas progressistas podem ou não ser encampadas pelos julgadores, a depender dos clamores sociais e do posicionamento político dos magistrados, sendo que, nesses casos, a pecha de ativistas costuma recair justamente sobre os julgadores que não se alinham imediatamente aos interesses do capital, conforme salienta Mascaro:

Por ativismo judicial indesejado acusar-se-á somente a hermenêutica mais avançada sobre os princípios constitucionais. As possibilidades interpretativas progressistas serão denunciadas. Para muitas vezes, a perpetuação da ordem conservadora é reiterada como o “normal”. Trata-se da luta na sociedade transbordando para seu momento judiciário. Por dentro das disputas em torno do poder judiciário, perpassam as mesmas contradições e embates da sociedade.⁷³

Há inclusive limites imediatos ao ativismo judicial progressista dos magistrados, como, por exemplo, o propalado princípio da “reserva do possível”. Nesse sentido observa Josué Mastrodi:

A reserva do possível é a forma pela qual o próprio Estado, o próprio Judiciário reconhece que não tem

⁷³ MASCARO, Alysson Leandro. *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 178.

condição material de conceder direitos na medida da necessidade das pessoas, mas apenas na medida da capacidade do Estado de prover tais direitos. Tal compreensão já é corrente nos tribunais superiores, de modo que, ainda que os juízes deixem a reserva do possível de lado e concedam todos os direitos fundamentais que os autores requererem, tais decisões seriam fatalmente revistadas. O próprio judiciário tem, assim, imposto limites ao seu ativismo.⁷⁴

Não se pode perder de vista que a atuação dos magistrados em nossa época se dá a partir das formas sociais capitalistas e é norteadada pelo constructo ideológico burguês que se reproduz por meio dos aparelhos ideológicos. Nesse contexto, os meios de comunicação de massa, por exemplo, desempenham papel fundamental na construção dos paradigmas que balizam o funcionamento do sistema jurídico e, inclusive, as próprias decisões judiciais.⁷⁵

⁷⁴ MASTRODI, Josué. Dos limites do ativismo judicial na concessão de direitos fundamentais (ou sobre a Hercúlea função de enxugar gelo). In: KASHIURA JR., Celso Naoto. AKAMINE JR., Oswaldo. MELO, Tarso de. *Para a crítica do direito: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas*. São Paulo: Outras Expressões/Editorial Dobra: 2015, p. 688.

⁷⁵ “Os mecanismos ideológicos, controlados por meios de comunicação de massa, penetram por todos os campos da vida social, sendo o direito um deles, com práticas exemplares e eminentes nesse sentido. O jurista é afetado diretamente por pautas, valores, interpretações e horizontes daquilo que é notícia, porque sua informação sobre os fatos é, via de regra, a mesma dos meios de comunicação de massa. [...] Duas grandes vertentes se abrem nessa imbricação de ideologia, aparelhos de comunicação de massa e prática jurídica. A primeira delas se descortina no próprio mundo do direito: a incorporação de tal conjunção como prática política do jurista. Um caso jurídico tem mais peso e ganha ares de importância quando a imprensa o anuncia. Isso faz com que haja um pendor por bons acessos dos operadores do direito aos meios de comunicação de massa. Essa política, que a princípio pode parecer útil aos próprios fatos em tela, por serem divulgados e levados a conhecimento público, faz também com que se perca uma isenção necessária diante de outros fatos semelhantes, obriga a alcançar pressões sociais que são, de início, desconhecidas dos fatos e, em especial, torna a maquinaria jurídica, acoplada aos meios de comunicação de massa, um jogo de sombras e luzes. O poder do arbítrio jurídico se majora quando amplificado, iluminado ou ocultado pela imprensa. Ao mesmo tempo, uma segunda vertente se abre de forma peculiar: a captura do mundo jurídico e judiciário pelos meios de comunicação de massa. O mesmo jogo de sombras e luzes da simbiose entre juristas e imprensa faz com que a segunda se

Nos últimos tempos, cada vez mais, tem-se uma espetacularização dos julgamentos com magistrados transformados em heróis por atuarem no combate à corrupção. A sanha punitivista e o clamor público são fortemente estimulados pelos meios de comunicação de massa, fomentando o apoio de grande parte da população às grandes operações que envolvem polícia, Ministério Público e Poder Judiciário e que, em diversos casos, desobedecem as garantias constitucionais de presunção de inocência e do devido processo legal.

A ideologia jurídica, nesse ponto, opera de modo perverso, inclusive, na mentalidade de setores da própria esquerda, os quais, por exemplo, mesmo diante das inúmeras denúncias de abusos praticados durante a Operação Lava Jato, defenderam, com ingênuo idealismo, a continuidade da operação sem quaisquer modificações nos procedimentos adotados, ao argumento de que a corrupção deveria ser combatida e que os culpados por sua prática deveriam ser punidos, esquecendo-se de que a corrupção é intrínseca ao modo de produção capitalista.⁷⁶

torne a ultima ratio da opinião pública, do julgamento “apropriado” e da constituição do que seja escandaloso ou normal. Com isso, o mundo jurídico não resiste a ser um terceiro diante dos aparelhos de comunicação. Trata-se de sua plena captura pela ideologia.” (MASCARO, Alysso Leandro. *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 142).

⁷⁶ “A corrupção é estrutural do capitalismo. A mercadoria atravessa a tudo e a todos, e a intermediação dos vínculos jurídicos por estratégias de favorecimento pessoal é não uma negação da natureza desses vínculos, mas uma de suas possibilidades, sendo, aliás, em modelos médios de reprodução capitalista, sua possibilidade central e provável. Nesse nível estrutural, o capital, podendo a tudo e a todos comprar, apenas se confirma quando a corrupção é dada. Não há limites éticos, morais, culturais ou sociais ao moto-contínuo da determinação econômica capitalista – a acumulação não reconhece fronteiras. Há uma especificidade da corrupção no capitalismo, na medida em que ela é, em alguma medida, uma negação da legalidade, que, por sua vez, é sustentada pela forma jurídica e pela forma política estatal, as quais espelham a própria forma mercantil. A corrupção, assim, é uma contradição necessária da reprodução capitalista, pois revela que as formas sociais pelas quais o capitalismo se estrutura não estabelecem um circuito lógico ou funcional de acoplamento. O capital só existe com o direito e o Estado – sendo a legalidade a resultante da conformação dessas formas –, mas, ao mesmo tempo, toda ordem estatal e toda legalidade só existem em função do capital. Com isso, o poder do capital e as estratégias da acumulação atravessam negativamente o solo da legalidade, que é, também, sua própria condição de existência.” (MASCARO, Alysso Leandro. *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 131-132)

A crença no direito como instrumento de “salvação da pátria”, “doa a quem doer”, é o móvel das atuações de magistrados e órgãos julgadores, com amplo apoio popular. Tais situações, muitas vezes, escamoteiam interesses escusos de embates entre a burguesia estrangeira e a burguesia nacional. Membros do Poder Judiciário, nessas situações, servem de instrumentos de maneira consciente ou inconsciente aos interesses burgueses.

Destarte, quando tratamos da temática do ativismo judicial, em suas mais diferentes acepções e manifestações, o fundamental é que tenhamos como norte a percepção de que todas as movimentações realizadas no horizonte jurídico - sejam elas progressistas, conservadoras ou reacionárias - são incapazes de perfazerem uma efetiva alteração em nossa sociedade, a qual se estrutura a partir da lógica mercantil. Nesse sentido observa Mascaro:

O campo do direito, do Estado e dos poderes judiciários é ainda o sintoma de um mundo explorado por contrato, por lei e por ordem, pela acumulação e pelo capital. Não são a ação processual nem o recurso junto a esse mesmo mundo que nos libertarão dele.⁷⁷

A sociedade capitalista apresenta-se como um todo complexo estruturado,⁷⁸ no qual o direito desempenha um papel basilar. No momento presente da crise brasileira, inegável a presença da sobredeterminação jurídica, considerando que a atuação de magistrados e tribunais influenciou decisivamente o

⁷⁷ MASCARO, Alysson Leandro. Prefácio. In: GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito processual e capitalismo*. São Paulo: Dobra Universitária; Outras Expressões, 2017, p. 15.

⁷⁸ “A sociedade capitalista, com o modo de produção a ela inerente, não se constitui numa totalidade com compartimentos estanques, mas sim num todo social complexo estruturado, ou seja, num todo orgânico, de certo modo hierarquizado, contextualizado em seu tempo específico e na sua história peculiar, composto de instâncias que se relacionam constantemente. Assim sendo, “esses “níveis” são articulados uns com os outros de uma maneira complexa”. Logo, ao mesmo tempo em que não se pode negar uma determinação pela economia, em última instância; verifica-se uma conjugação de determinações diversas, gerando o que Althusser denomina de sobredeterminação.” (MAGALHÃES, Juliana Paula. *Marxismo, humanismo e direito: Althusser e Garaudy*. São Paulo: Ideias & Letras, 2018, p. 179).

cenário político e econômico da atual conjuntura.⁷⁹ Contudo, não se pode negligenciar que, no modo de produção capitalista, a determinação econômica se apresenta em última instância, conforme a lição de Althusser.⁸⁰

As leituras rasas do direito e das instituições jurídicas costumam se apresentar descoladas de um estudo científico da realidade social, limitando-se a discutir as atribuições do Poder Judiciário e a possibilidade ou não de ativismo judicial em face do nosso sistema jurídico, esquecendo-se de que a própria juridicização das demandas sociais constitui-se em corolário e ao mesmo tempo em reforço da forma jurídica e da ideologia burguesa e, por conseguinte, do próprio capitalismo. Sem desmerecer as importantes lutas progressistas que se travam nessas trincheiras, com relevância inegável no aspecto conjuntural, o fato é que a busca por uma sociedade estruturalmente transformada e emancipada das explorações e opressões deve se dar a partir da concretude das relações sociais, com vistas à ruptura com o mundo da mercadoria e das formas sociais que dela derivam.

⁷⁹ “Proponho pensar a crise brasileira como crise das formas sociais na formação social brasileira. Sua leitura se dá a partir de dois eixos: sua determinação e sua sobredeterminação. Ela é determinada economicamente (em um processo que atravessa a política) e sobredeterminada juridicamente. Trata-se de uma crise capitalista, perpassando três de suas formas determinantes: a forma-mercadoria, no que tange à acumulação e à valorização do valor; a forma política estatal, quanto aos variados modelos de administração política da economia e da luta de classes; e a forma jurídica, em sua conformação com a forma política estatal em aparatos e aparelhos de legalização, perseguição e julgamento, como os tribunais. Assim sendo, pelos dois eixos da crise se desdobram três contradições das formas sociais capitalistas: 1) em sua determinação, a) crise da forma-valor e b) crise da forma política; 2) em sua sobredeterminação, crise da forma-direito. [...] A crise brasileira presente tem determinação econômica – com correlata repercussão política – e, por sobredeterminação, o direito. É no campo jurídico que se vem assentando o imediato da decisão institucional e, mesmo, da condução da governança política atual, na medida da proeminência obtida pelo poder judiciário, que sagra procedimentos, criminaliza, prende e protege sujeitos, conhece e desconhece situações e fatos, procrastina e acelera feitos, abala seletivamente partidos, empresas e governos.” (MASCARO, Alysso Leandro. *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 23 e 50.)

⁸⁰ ALTHUSSER, Louis. Por Marx. Tradução de LOUREIRO, Maria Leonor F. R. Campinas: UNICAMP, 2015, p. 89.

Conclusão

Em nosso artigo, buscamos traçar um panorama geral acerca do papel da magistratura no capitalismo, a partir de uma perspectiva crítica. Diferentemente das visões juspositivistas e não juspositivistas, tratamos da questão por meio de uma abordagem materialista, calcada na concretude das relações sociais.

O direito é inerente e estrutural ao modo de produção capitalista. As manifestações existentes nas sociedades antigas e feudais, ainda que se denominassem jurídicas, consubstanciavam-se em práticas completamente distintas da atualidade, inclusive, do ponto de vista conceitual. É apenas com a mercantilização do trabalho e a consequente universalização da forma mercantil que o direito passa a existir enquanto forma social nucleada na subjetividade jurídica, de acordo com Evguíeni Pachukanis.

A forma política estatal é igualmente corolário do capitalismo e distinta dos núcleos de poder existentes nos modos de produção anteriores. O Estado concebido como ente terceiro, apartado das classes, é uma especificidade da sociedade capitalista. Tanto forma jurídica quanto forma política estatal são diretamente derivadas da forma-mercadoria, passando por um processo de conformação, nos dizeres de Alysso Leandro Mascaro, engendrando formas sociais residuais, tais como a forma jurídico-processual. Logo, o direito processual é necessariamente produto do modo de produção capitalista. Nesse contexto, a figura do juiz imparcial adquire caráter fundamental.

Ainda que muitos busquem enxergar uma espécie de identidade entre as funções dos magistrados na antiguidade e nos dias atuais, em uma concepção histórica de cunho evolucionista, o fato é que, não obstante as nomenclaturas similares, o juiz antigo nada tem a ver com o juiz contemporâneo. A atuação dos magistrados no capitalismo se dá a partir das formas sociais inerentes a esse modo de produção. Assim, o Poder Judiciário, tal como hoje se apresenta, possui caracteres específicos que o distinguem estruturalmente de todas as manifestações pré-capitalistas da atividade judicante.

Para compreensão da atuação dos magistrados na contemporaneidade, o estudo da questão da ideologia é primordial. Louis Althusser desenvolveu avanços notáveis acerca desse tema, demonstrando que a ideologia é resultante de práticas materiais, operando no inconsciente dos indivíduos e constituindo-os em sujeitos. Portanto, no contexto da sociedade capitalista, presidida pela forma mercantil e pelas formas sociais que dela derivam, a ideologia jurídica passa a ser o núcleo basilar de todo o arcabouço ideológico desse modo de produção. Os seres humanos passam, nesse contexto, a ser concebidos como sujeitos de direito e isso se dá como consequência direta da materialidade das relações sociais. Logo, forma jurídica e ideologia estão estruturalmente imbricadas.

Conforme a lição de Althusser, ao lado dos aparelhos repressivos de Estado, tem-se os aparelhos ideológicos de Estado, os quais atuam primordialmente por meio da ideologia, desempenhando função essencial na reprodução social geral, constituindo as subjetividades de todos os indivíduos, inclusive, dos magistrados. Ademais, no caso dos operadores do direito, de maneira geral, existe uma espécie de reforço ideológico, consubstanciado na própria educação jurídica, de caráter eminentemente técnico e conservador.

Em relação à atuação dos magistrados, seria ilusório se pensar em plena independência, pois a constrição pelas formas sociais capitalistas apresenta-se inexoravelmente, uma vez que tanto o direito quanto o Estado se constituem em meros produtos do capitalismo. Logo, os debates acerca do ativismo judicial que se desenrolam na atualidade devem ser pensados em uma perspectiva materialista. O Poder Judiciário não pode ser analisado separadamente da realidade social na qual se insere. O capitalismo esculpe a jurisdição dotando-lhe de contornos próprios, os quais ganham caracteres ainda mais destacadamente tecnicistas no contexto do pós-fordismo.

As discussões sobre a temática do ativismo judicial no caso brasileiro, independentemente da postura adotada por

defensores e contraditores de tal prática, limitam-se, geralmente, ao horizonte da ideologia jurídica. Contudo, com base em uma leitura marxista, constatamos que a própria existência do Poder Judiciário é corolário da estrutura exploratória que caracteriza a sociedade de nosso tempo.