

Supremo ativismo

Atuar juridicamente é sempre interpretar. Por isso, costumo dizer que os juízes são, muito antes de meros “aplicadores” da lei, intérpretes do direito. Obviamente, há interpretações e interpretações. Hoje, estão em voga aquelas “achadas na rua” e aquelas tomadas a partir de puros “entes de razão ideológica”.

Ambas não partem de dois dados bens concretos, isto é, a coisa em si a ser interpretada e o texto da lei dimensionado prudencialmente em seu sentido e alcance rumo ao justo concreto. No fundo, são manifestações ideológicas desta ou daquela cartilha chanceladas judicialmente.

Foi o que o STF fez ao aceitar a ADPF 442: a partir daquelas versões de interpretação em moda, nossa maior corte resolveu liderar, como locus não institucional, uma discussão sobre o direito de se matar vidas humanas inocentes. Deixou de ser zelador constitucional e virou ditador constitucional.

Sabemos que a maior parte da existência humana é voltada para uma certa práxis. Diariamente, estamos a exercitar a economia da deliberação. Escolhemos isso e não aquilo. Em suma, discriminamos a todo tempo e, algumas vezes, discriminamos injustamente.

O direito, com um saber prático, encerra toda uma atividade existencial que capta e conforma, por sua vez, umas exigências objetivas de justiça, determinando-as aqui e agora. Positivar o direito é estar disposto a conhecer uma verdade prática, inevitavelmente por se fazer, tomada a partir da interpretação da realidade que nos cerca.

O problema dessa tarefa interpretativa está em buscar as chaves de interpretação da realidade num direito “achado na rua” ou a partir de “entes de razão ideológica”. Como uma espécie de tributo que o erro dessas chaves presta ao acerto, para que não pareçam terminar num beco sem saída, elas sempre passam a recorrer a artifícios semânticos, procedimentais ou consensuais para intentar a justificação de, sobretudo, realidades que não demandem aprioristicamente uma tutela jurídica ou que portem uma ilicitude moral manifesta.

No caso da ADPF 442, o artifício é o de que “seres humanos não nascidos não são pessoas, mas simples criaturas humanas intraútero”. A CF/88 garante não só a inviolabilidade do direito à vida “extrauterina”, mas do direito à vida intrauterina. Seu artigo 5º não faz diferenciação, porque, para o constituinte originário, todas as vidas importam. É uma cláusula pétrea e nem uma emenda poderia flexibilizá-la ou suprimi-la.

O Código Civil reforça a tutela da vida intrauterina ao estabelecer que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Se a vida é um direito inalienável e os direitos do nascituro são resguardados, à luz da atual ordem jurídica, a vida do feto é protegida por lei.

Menos para as cabeças cujos neurônios estão entupidos de um sociologismo ou de uma ideologia que decreta - tiranicamente - a pena de morte a uma pessoa. O feto é o “novo judeu” e essas cabeças lembram a de um “novo Hitler”: estão todo tempo a se ocupar da “solução final” para a “questão fetal”.

Qualquer alteração no status jurídico do nascituro deve ser feita pela sociedade por meio de seus

representantes eleitos para criar e alterar as leis. Se o parlamento tem sido acusado de omissão em relação a alguns temas e a sociedade crê que o aborto seja um deles, cabe aos cidadãos exercer pressão para que aqueles representantes se posicionem sobre a questão: projeto de lei, iniciativa popular ou plebiscito. Como foi na Argentina.

A ADPF 442 deveria ter seu pedido negado de plano para que o tema de fundo fosse tratado pelo parlamento. Mas não foi. Agora, ingressamos no mundo da autocracia da inteligência formada pelas cabeças de um punhado de 11 togados letrados.

Uma Suprema Corte tem muitos papéis, mas rasga seu papel principal quando resolve ingressar no mais pedestre ativismo judicial e reescrever a realidade sem base no texto constitucional e na coisa em si, porque, ao cabo, deixa o cidadão “achado na rua”, abraçado, na própria sorte, aos “entes de razão ideológica”. E a democracia vai parar na sarjeta. Ou na lua. Com respeito à divergência, é o que penso.

André Gonçalves Fernandes. Ph.D., é juiz de direito, professor-pesquisador, coordenador acadêmico do IFE, membro da Academia Campinense de Letras e do Movimento Magistrados pela Justiça.

Artigo publicado no jornal Correio Popular, edição 15/08/2018, Página A-2, Opinião.

[Novo giro na Suprema Corte](#)

Um novo “juiz associado” foi indicado para a Suprema Corte dos Estados Unidos. Toda vez que isso acontece, o mundo jurídico dá uma pausa na correria forense e assiste, com algum encanto e expectativa, o processo sucessório desencadeado pelo “juiz associado” que deixou o tribunal bicentenário.

John Adams, na linha de Platão, descreveu a república como “um governo de leis, não de homens”. James Madison afirmou que “num governo republicano, o Poder Legislativo naturalmente predomina”. Quanto ao Poder Judiciário, Alexander Hamilton pensava que seria “politicamente inofensivo” e o “menos poderoso”, porque “o Poder Executivo possui as baionetas, o Poder Legislativo detém as cordas da bolsa e o Poder Judiciário somente o juízo”. Dito de outro modo, para os pais fundadores da América, o parlamento era o mais importante dos três poderes.

A Suprema Corte, para os pais fundadores, atuaria estritamente dentro da Constituição, cujos parâmetros seriam delineados pelos representantes do povo no congresso. Contudo, os pais fundadores não previram que tal corte assumiria uma relevância ímpar e bem maior do que aquela inicialmente idealizada: os nove juízes não eleitos protagonizariam, em muitas pautas, o papel de arbitragem social destinado aos 535 parlamentares eleitos que compõem as duas câmaras congressuais.

Como exemplo disso, tivemos Roe vs. Wade e Obergefell vs. Hodges, decisões que, respectivamente, legalizaram o aborto e o casamento gay em âmbito nacional e que, na prática, criaram legislação federal para questões sociais outrora normatizadas pelo congresso. Para entender esse processo de

virilização da Suprema Corte, é preciso compreender, em poucas linhas, o problema das cosmovisões hermenêuticas do direito anglo-saxão.

Os “textualistas” entendem que uma constituição deve ser interpretada a partir do texto escrito e conforme as intenções do legislador originário. Os “não-textualistas” ou “pragmatistas”, por sua vez, entendem que uma constituição é um documento vivo, um corpo que cresce e muda com o tempo para atender às necessidades de uma sociedade cambiante, sem a necessidade dela ser modificada por meio do devido processo legislativo.

Uma das principais implicações dessa disparidade de enfoques refere-se ao papel da Suprema Corte a respeito dos direitos. Para os “textualistas”, esse tribunal não pode fazer mais do que reconhecer os direitos já consagrados constitucionalmente. Para os “pragmatistas”, esse mesmo tribunal pode manusear seu poder de interpretação para reconhecer novos direitos ali onde o texto constitucional guarda silêncio, adaptando a norma às mudanças da realidade social, algo que, para os “textualistas”, é de competência exclusiva do parlamento.

Aqui reside o problema. Quando o texto legal é interpretado a despeito de sua letra e a partir de critérios subjetivos de hermenêutica, o poder de legislar – prerrogativa parlamentar – é transferido para os juízes. Independentemente do resultado produzido, bom ou ruim, a visão dos “pragmatistas” abre um perigoso precedente em que leis, outrora rejeitadas nas urnas ou no Poder Legislativo, sejam instauradas por meio do Poder Judiciário. É o ativismo judicial e sua ascensão corresponde ao declínio da democracia.

O novo “juiz associado” já declarou seu compromisso com o texto constitucional e com o sentido a ele dado pelos pais fundadores de sua nação. Uma sábia atitude, cujo efeito será o de provocar um giro institucional na Suprema Corte, onde a maioria terá um perfil “textualista”.

Se eu fosse ele, meu discurso de posse seria curto, mas denso: “Minha filosofia judicial é simples. O juiz precisa ser imparcial e visar ao justo concreto. O juiz deve julgar a partir do texto da lei, informado pela tradição jurídica, pela regra do precedente e pelos sinais históricos dos tempos. Em suma, deve interpretar a lei e não criar a lei. Eu venero a Constituição e acredito que um Judiciário independente é a joia da coroa de nossa república democrática, assentada nos valores perenes da ordem, da justiça e da liberdade. Em cada caso, mantereí minha mente aberta e sempre me esforçarei para preservar nossa Constituição e o império do direito em nossa nação. Muito obrigado.”. Com respeito à divergência, é o que penso.

André Gonçalves Fernandes. Ph.D., é juiz de direito, professor-pesquisador, coordenador acadêmico do IFE, membro da Academia Campinense de Letras e do Movimento Magistrados pela Justiça.

Artigo publicado no jornal Correio Popular, edição 08/08/2018, Página A-2, Opinião.

Direito Junkie food

Numa recente palestra para alunos de um curso de direito, ao final, um deles perguntou-me acerca

da utilidade da disciplina de filosofia do direito na formação discente. A julgar pelo espanto com que fazia a indagação, parecia não ser muito presente nas aulas. Eu apenas respondi que, para uma geração que dá muito valor a um corpo sarado, não deve ser muito interessante ter uma mente sarada. Afinal, é mais fácil fazer flexões a ter reflexões.

A hesitação de nosso estudante é um retrato da realidade pedagógica da escola de direito: os alunos, realmente, não conseguem estabelecer uma relação orgânica entre as aulas de filosofia do direito e as demais disciplinas da grade curricular. Dá um nó na cabeça do sujeito. Ele já pertence a uma geração que nem reflete e nem questiona.

Depois, a dinâmica posta pelo professor na aula costuma ser em velocidade lenta e progressivamente estática. Resumo da ópera: o aluno prefere memorizar o conteúdo do manual ou da lousa e reproduzir tudo na avaliação. É o chamado “direito certificatório”: a prova serve apenas para “certificar” se o aluno decorou tudo corretamente. O ensino do direito virou um grande fast food.

Some-se, ao menosprezo filosófico de nosso aluno, outras práticas bem arraigadas no cotidiano do ambiente pedagógico jurídico: o bacharelismo, a linguagem empolada, a relação verticalizada entre professor e aluno, o método pedagógico autodidata, a carência de pesquisa científica, a academia como uma linha de produção fordista-taylorista de autoridades legais, a sala de aula como o local de produção, no corpo discente, da imagem especular do professor, a unilateralidade de verdade docente, o uso e abuso do argumento de autoridade e o desconhecimento de métodos pedagógicos de aprendizagem.

A pedagogia letárgica no ensino de filosofia do direito, inserida nesse retrato maior da realidade universitária jurídica, faz com que sua importância formativa seja mínima ou mesmo nula. O problema está no fato que a formação acadêmica jurídica, na qual a filosofia tem um papel crucial, não só interessa à sociedade, como é fundamental à própria experiência da mesma sociedade com o direito. Afinal, aquilo que a sociedade poderá vir a ter como direito repousará nas consciências dos profissionais desse ramo.

A filosofia, por si só, não cuida só daquilo que é - a teoria - mas também da sede de justiça - que, no direito, corresponde ao justo concreto - e, finalmente, do amor à sabedoria - o conhecimento integral, crítico e total de uma dada realidade, como o homem ou a família.

É uma aventura que ajuda a viver, torna mais fácil a compreensão das coisas, estimula uma sadia aceitação das diferenças, proporciona a assimilação do real, abre-nos ao transcendente e nos dá uma pausa aliviadora na velocidade frenética de nossos dias.

Precisamos, cada vez mais, de pessoas dadas a questionar e refletir. De filósofos, no sentido mais puro de amigos da sabedoria. Vivemos excessivamente cercados de um utilitarismo hedonista e de uma racionalidade instrumental que nos sufoca. Então, por que não dar o devido valor à filosofia quando entrelaçada, intelectualmente, com o direito? Continua a não servir para nada?

Mas “servir para nada” é uma postura pragmatista que, mesmo bem tosca, é, em sua essência, um postulado filosófico. O sujeito, sem sabê-lo, está a filosofar, porque sua crítica é fundada num argumento filosófico. Como consequência, sugiro, ao professor de filosofia do direito, um roteiro de estudos que torne mais atraente o caminho para a intimidade com a disciplina. Que vá além de uma

disciplina e que permita ao aluno conhecer a si mesmo e a realidade que o cerca.

E, ao aluno, deixo a seguinte indagação, para oportuna reflexão: por ser uma realidade exclusiva do homem, o direito não possibilitaria ao homem tanto a degradação ao sub-humano quanto à sublimação ao super-humano, tanto menos ou mais se valesse da filosofia respectivamente? Só não vale retrucar com respostas prontas de cartilha e nem contar com a opção da múltipla escolha, típicas desse direito fast food, que mais lembra um direito junkie food. Com respeito à divergência, é o que penso.

André Gonçalves Fernandes. Ph.D., é juiz de direito, professor-pesquisador, coordenador acadêmico do IFE e membro da Academia Campinense de Letras

Artigo publicado no jornal Correio Popular, edição 20/06/2018, Página A-2, Opinião.

ADPF 442: aborto processual

Na falta de uma agenda parlamentar mais consistente, o partido de “oposição à esquerda”, cujo nome já se perde na contradição de expressões que lhe deram, resolveu ficar na oposição da democracia: ingressou com uma ação constitucional (ADPF 442) com o fim de atropelar o natural e insubstituível debate legislativo sobre o aborto por meio de uma resposta jurisdicional do STF, o qual, no frigidar dos ovos, se verá, mais uma vez, tentado a prodigalizar outra aula de ativismo judicial.

Explico. Esse partido, que porta a única dimensão existencial em que o socialismo rima com a liberdade, pleiteia a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação do feto, hipótese não contemplada pelos dois incisos do artigo 128 do Código Penal.

Em outras palavras, o partido pretende, por meio do exercício do direito à jurisdição, cujo véu, diáfano, permite vislumbrar o autoritarismo da atitude, que as onze cabeças iluminadas de nossa Suprema Corte, ao fim, acabem por legislar no lugar dos 513 deputados e 81 senadores que foram eleitos para isso.

Como diz a turma que defende o homicídio uterino, “precisamos falar de aborto”. Realmente. Mas venhamos e convenhamos: os argumentos lançados em prol da execução de seres inocentes e indefesos já viraram um grande e entediante monólogo de um mesmo e estultificante discurso pleno de razões e nulo de razão.

A ADPF 442, um verdadeiro e próprio panfleto abortista, estampa, em sua inicial, aquele monólogo, cujos argumentos, no limite, dada a inconsistência lógico-teórica invencível, mais lembram a arte de esgrimir a parede. Ei-los: retórica utilitária (“o futuro mutilado de adolescentes grávidas ou de mulheres abandonadas já com muitos filhos”), criminal (“só se punem as mulheres pobres”), sanitária (“abortos clandestinos matam muitas gestantes”), feminista (“sou dona do meu corpo”) ou eugênica (“sofre disso ou daquilo e não tem viabilidade existencial”).

Não se pretende dissecar todas essas linhas retóricas. Apenas uma delas, a mais sofisticada, a

premissa retórica escrita na petição inicial, de que “seres humanos não nascidos não são pessoas, mas simples criaturas humanas intraútero”.

Quer dizer que, até o dia em que eu nasci, eu fui um amontoado celular, com uma vida manipulável ao sabor dos interesses alheios. Quando minha cabeça passou pelo ventre de minha mãe, num passe de mágica, eu virei pessoa e, a partir de então, minha vida passou a ser tutelada pela lei e pelo ente estatal. Ou, dito de outra forma, segundo o autor da ação, eu não precisaria esperar pelas 40 semanas para me tornar pessoa: a partir da 13ª, eu já poderia respirar aliviado.

Independentemente do suporte biológico que sustenta a tese da 12ª semana, que, no fundo, é uma desculpa científica que porta uma visão eugenista da vida, essa mesma tese parte de um pressuposto bem claro: uma espécie de reconhecimento do outro, como pessoa, baseado somente na projeção de uma identidade, quando o feto deixaria de ser feto e passaria a se chamar Elena ou Letizia.

O problema é que essa “validade onomástica” tornaria o direito à vida uma faculdade e não um dever. Privatiza-se a noção de vida humana. Para mim, é Sofia; para ele, é uma parte do corpo; para ela, um “ente” a ser validado por uma relação de identidade e, para os partidários da “liberdade socialista”, “simples criaturas humanas intraútero”.

Nietzsche recordava-nos de que “na história da sociedade, há um ponto de fadiga e enfraquecimento doentios em que ela até toma partido pelo que a prejudica e o faz a sério e honestamente”. É o caso da ADPF 442, um verdadeiro aborto processual, porque pretende inovar na ordem jurídica brasileira, ao arrepio do diálogo legislativo nas duas câmaras parlamentares, e fazer da pauta abortista - a pauta da cultura da morte - uma espécie de destino inexorável de nossa sociedade.

Corrijo: não precisamos falar de aborto. Precisamos falar de feto. O feto é apenas o que fomos antes da nossa configuração presente. O feto será uma criança, um adolescente ou um adulto se não existir nenhum obstáculo terminal pelo caminho. A questão fundamental está em saber que direito tem um partido de ser esse obstáculo. Com respeito à divergência, é o que penso.

André Gonçalves Fernandes. Ph.D., é juiz de direito, professor-pesquisador, coordenador acadêmico do IFE e membro da Academia Campinense de Letras

Artigo publicado no jornal Correio Popular, edição 20/06/2018, Página A-2, Opinião.

Neo-jacobinos

No último mês, juntamente com um colega de toga, organizamos um evento sobre ideologia de gênero e um dos momentos mais curiosos foi ter ouvido, de outra pessoa envolvida na organização, se o perfil conservador do palestrante não atrairia uma turbamulta enlouquecida de alunos de graduação de humanas, ávidos por invadir o ambiente do evento e impedir sua realização. Eu respondi com uma pergunta: “Liberdade de expressão é fazer calar quem pensa diferente?”.

Há tempos, ando meio farto da deterioração da liberdade de expressão. Formas disfarçadas de

censura, silêncio obsequioso, avisos de conteúdo (“trigger warnings”), espaços seguros (“safe spaces”) e uma série de expedientes autoritários que, no fundo, apontam para uma séria crise do pensamento, pois as autoridades intelectuais passaram a definir para todos a “única pauta correta” na reflexão das questões sociais que nos assolam.

Liberdade de expressão, para esses neo-jacobinos, não representa a possibilidade de escutar ideias distintas, tantas vezes incômodas, e, logo em seguida, abrir o diálogo. Significa, em nome da “tolerância e da diversidade”, acantonar esses “desajustados ideológicos” nas catacumbas do silêncio no debate público.

À primeira vista, nada é mais oposto à tolerância e à diversidade do que ver um bando de crianças históricas, filhotes intelectuais daqueles neo-jacobinos, carregando faixas de repúdio e proibindo a expressão de terceiros. Se eu fosse o dito palestrante, levaria umas fraldas e umas mamadeiras, no meio do notebook e dos livros, para distribuí-las como bônus para a clientela na plateia.

Também é curioso notar que o liberalismo político conduziu muitos de nós, em muitas pautas sociais, ao mais puro fanatismo ideológico, cujas ideias, por mais toscas, pedestres e limitadas que pareçam, foram alçadas à condição de dogmas no credo político rezado pela turma neo-jacobina.

Para alguns estudiosos, esse crescente fenômeno consiste no triunfo do “hiper-liberalismo”, em outras palavras, o império do liberalismo moderno levado às últimas consequências. Um desses estudiosos, ao explicá-lo, vale-se de Mill, em sua principal obra sobre a liberdade, a qual, segundo ele, teria operado uma crucial virada de entendimento sobre o próprio conceito de liberdade.

Até Mill, a liberdade indicava um campo de autonomia face à lei ou à coação alheia. Depois dele, essa noção de liberdade negativa ganhou contornos positivos: o homem livre é o homem senhor de uma vontade imaculada pelas contingências históricas e culturais. Em bom português, minha identidade dispensa a opinião de terceiros ou de qualquer outra forma de autoridade.

Hoje, vivemos essa noção de liberdade no limite, porque essa auto-estultificação da identidade individual chegou ao centro da hierarquia de valores na qual sempre procuramos viver e, como efeito, tudo o que representava o outro, a autoridade ou a tradição foi despachado para a periferia.

Esse projeto de maximização libertária tem dois efeitos destrutivos. No primeiro, aquilo que nos torna diversos não é uma identidade construída sobre o nada. Somos seres narrativos com história e papéis que nos precedem, os quais transportamos para a identidade que construímos e que nos torna irrepetíveis.

No segundo, a adoração da liberdade como autonomia radical converte-se, ironicamente, numa forma de pensamento único. Surgem as hordas marcadas pela bovinidade intelectual e o hiper-liberalismo converte-se em religião secular: pensar diferentemente deixa de ser uma decorrência natural de seres plurais e racionais e passa a ser uma heresia que ofende os prosélitos dessa nova igreja. Em nome da liberdade, acaba-se com a liberdade.

A reflexão sobre os problemas sociais é construída por todos mediante a prática das virtudes da humildade intelectual, da abertura cognitiva ao outro e, sobretudo, do amor à verdade. Quando vividas, tais excelências nos dispõem a escutar com atenção e respeito àqueles que discrepam daquilo em que acreditamos.

O mesmo Mill, um dia, ensinou-nos que reconhecer a possibilidade de que alguém possa estar no erro é razão suficiente para escutá-lo e levá-lo a sério e não somente tolerar de má vontade os pontos de vista discordantes. E, para quem se julga estar certo, essa atitude de escuta serve para aprofundar sua postura argumentativa e melhorar sua capacidade de defendê-la. Com respeito à divergência, é o que penso.

André Gonçalves Fernandes. Ph.D., é juiz de direito, professor-pesquisador, coordenador acadêmico do IFE e membro da Academia Campinense de Letras

Artigo publicado no jornal Correio Popular, edição 13/06/2018, Página A-2, Opinião.

Tags: Ativismo, Democracia, Supremo, Vida,

Fonte: IFE Campinas. Disponível em: <http://ife.org.br/supremo-ativismo-andre-goncalves-fernandes/>