

ANÁLISE ECONÔMICA AUSTRIACA DOS DIREITOS SOCIAIS: COMO O LIBERALISMO PODE EVITAR O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

AUSTRIAN ECONOMIC ANALYSIS OF SOCIAL RIGHTS: HOW LIBERALISM CAN AVOID JUDICIAL ACTIVISM IN BRAZIL

Matheus Celerino de Oliveira¹

Matheus Moroni Verdino Pedra dos Santos²

Francisco Sérgio Sarmento Ramos³

RESUMO: O presente artigo visa evidenciar, fundamentar e comprovar o ativismo judicial como consequência da insustentabilidade - lógica - do Estado de bem-estar social no Brasil. Observando a série de pressões diante do Poder Judiciário, as quais condicionam-no a intervir, a fim de realizar a efetivação dos direitos sociais constitucionalmente previstos. Deste modo, utiliza-se da escola austríaca de economia como método de análise primário, e o modelo de Estado liberal como secundário; sendo este, a saída para a resolução do fenômeno judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial. Direitos Sociais. Escola Austríaca de Economia. Estado Liberal.

ABSTRACT: This article aims to highlight, substantiate and prove Judicial Activism as a consequence of the unsustainability - logic - of the welfare state in Brazil. Since a number of social pressures have already been found before the Judiciary, which becomes conditioned to intervene in order to realize the constitutionally foreseen Social Rights. Then, the Austrian School of Economics is used as the primary method of analysis, and the Liberal State model as a secondary one; and yet, being the way out for the resolution of the judicial phenomenon.

KEYWORDS: Judicial activism. Social Rights. Austrian School of Economics. Liberal State.

¹Graduando em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes (UNIT).
E-mail: member_lds_matheus@outlook.com.br

²Graduando em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes (UNIT).
E-mail: matheusappsamsung@gmail.com

³Graduando em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes (UNIT).
E-mail: franciscosergio28@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Este artigo é fruto das inquietações vividas no meio acadêmico, do espírito que contraria o esvaimento do sentido próprio do direito. Pretende-se com este questionar, mas não por si só; pois nada se questiona sem critérios, ordem de indagações e o espírito honesto que reconhece o percurso da busca da verdade como sujeito a possíveis erros.

Busca-se analisar no presente, o ativismo judicial, como um objeto e suas correlações, e a forma como este deriva da crise gerada pelo Estado de bem-estar social.

Para o presente artigo, o instrumento de análise escolhido foi a escola austríaca de economia. Afinal, sabe-se que o direito nem sequer existiria se não possuísse os conceitos descritos por esta ciência.

No primeiro capítulo, busca-se: explicar a análise econômica austríaca, explanar a correlação da aplicabilidade do direito mediante a economia e destrinchar como o intervencionismo estatal gera descoordenações na ação humana, e pois, cria conflitos na sociedade.

No segundo capítulo, busca-se: transcrever a origem do Estado-providência, descrever o processo de formação do Estado brasileiro e identificar como o intervencionismo de longo prazo consegue criar um *animus* de terceirização da responsabilidade individual e aumentar o ciclo vicioso estatal.

No terceiro capítulo, busca-se: explicar o conceito de ativismo judicial, ponderar a sua validade jurídica e sua relação com a crise institucional estatal.

Na conclusão, busca-se: promover a análise liberal acerca do direito como um todo e reiterar a importância da responsabilidade individual para as instituições de uma civilização.

Em suma, o artigo visa por meio da análise econômica do direito descrever a realidade, assim como explanar o motivo pelo o qual esta é, essencialmente, uma denúncia da crise pela qual passa o modelo de Estado de bem-estar social, a qual não pode ser ignorada. E por final, pretendemos analisar as possíveis saídas sustentáveis em relação às circunstâncias vigentes.

1 A ANÁLISE ECONÔMICA AUSTRIACA DO DIREITO

A análise econômica do direito (AED) se estende a todas as áreas do mundo jurídico, tem como instrumento as implicações fáticas decorrentes da ação humana na natureza, bem

como o estudo da efetividade do ordenamento jurídico frente a um mundo de demandas, ofertas, incentivos, custos de oportunidade e principalmente: escassez.

1.1 O MÉTODO DA ECONOMIA: A PRAXEOLOGIA ENTRE O TEMPO E CONHECIMENTO

A escola austríaca de economia detém singularidade, dentre as áreas da economia, por causa de sua visão. Isto é, a de que a própria economia seria notadamente um ramo de uma ciência maior: a *Praxeologia*, de Ludwig Von Mises (1881-1973), por esta ser definível como: ao pretender/projetar, o indivíduo deve escolher, dentre certo meio, aquilo o qual ele valoriza ao ponto de entender que isto irá suprir a utilidade do propósito fim.

Em outras palavras, a economia está diretamente interligada à seleção dos meios os quais, através do entendimento da ação como comportamento propositado, serão comprovados como capazes de executar a idealização projetada. Somado a isto, a realidade traz fatores circunscritos a si, como a escassez. Sendo esta a desigual relação entre meios da existência e o fim do agente. O que faz gerar as famosas questões: o que produzir? quanto produzir? como produzir?

E isto, se entendido como um “aviso”, explicita as condicionantes da ação humana: tempo, espaço e conhecimento. Mas em qual medida? Bom, há uma forte ligação entre os três, já que o primeiro é como um “fluxo permanente e contínuo de novas experiências”⁴ (IORIO, 2013, p. 24), o que acarreta num acúmulo de conhecimentos dentre certo espaço da experiência individual e social, sendo estes incompletos e por isso desigualmente distribuídos entre as pessoas, devido às escolhas conscientes ou condicionantes externas: certa pessoa, por exemplo, pode supor que o preço de determinado objeto em sua frente, neste momento, está acima do que ela entende como o correto para se gastar. Entretanto, se esta não detiver ciência da existência de outra possibilidade com mais benefícios a se recorrer e estiver com preferência temporal alta, se deparará com uma maior necessidade de utilizar tal meio “não ideal” e, logo, comprar certo produto.

A relação lógica entre conhecimento e disposição dos recursos no espaço e no tempo é o que vai garantir atitudes lúcidas e lucrativas (geradoras de maior eficácia quanto ao pretendido). Assim, comprova-se que um conhecimento curto, no caso acima citado,

⁴ IORIO, Ubiratan Jorge. Dez lições fundamentais de economia austríaca. **Instituto Mises Brasil**, São Paulo 4 de set. 2013.

condiciona o indivíduo a decidir pela opção a sua frente; justamente pelo pensamento: “bom, era a única opção”.

E por isto, a fim de constatar a própria limitação humana (incapacidade de saber e prever todas as coisas), a metodologia austríaca parte do indivíduo como objeto; portando a essência subjetiva da experiência (*stricto sensu*). Pois, do contrário, a retirada de tal fator simplesmente desintegraria uma das principais razões de ser de uma ciência social.

Deste modo, importa dizer que delimita-se a estrutura da ação (propositada), como uma constante universalmente aplicável, mas não ocorrendo o mesmo para a determinação (indutiva/empírica) de cada fim individual, visto que este andaré entrelaçado com o homem e suas circunstâncias.

1.2 O CONFLITO DE VISÕES ECONÔMICAS E DO DIREITO

Por excelência, a própria estrutura da ação indica que o homem é possuidor de uma visão de mundo. Sendo isto exposto numa decisão, seja através de um voto, escolha de determinada relação pessoal em detrimento de outra, compra de certo produto, etc. Por consequência, o mesmo irá ocorrer em correntes doutrinárias do conhecimento humano, como o Construtivismo e o Racionalismo Crítico. Sendo o primeiro, em termos político-ideológicos: o chamado “coletivismo”, crente que a razão, por si só, é capaz de realizar a idealização de um propósito.

Levando assim, a um entendimento de que a primeira caracteriza-se pelo modo impessoal e objetivo de se analisar a realidade. Já o segundo, entende que a razão é fator inescusável, mas não excludente. Ou seja, as variáveis psico-sociais influenciam as decisões tanto quanto.

Assim, no campo da economia, a ramificação lógica do Construtivismo é tida como Intervencionismo, que tem como objetivo, nas palavras de Ludwig Von Mises: “restringir a supremacia do consumidor.”⁵. Corroborando assim, com o principal argumento por parte de seus apoiadores, quanto à existência de hipossuficiência econômica da população, ou seja, um desnivelamento quanto ao salário nominal (“em carteira”) se comparado aos preços dos objetos comprados/desejados, gerando assim o salário real. E, para suprir tal problema, o Estado decide proteger essa população - regulando as relações em propriedade privada,

⁵MISES. Ludwig von. **As seis lições**. 7.ed. São Paulo: Instituto Mises Brasil, 2009, p.48.

através do Direito - daqueles que são considerados hiperssuficientes, especialmente considerados como produtores de grande porte no mercado.

Contudo, tal consta incompleta. Não em sua análise, sobre a existência de hipossuficientes, a qual se encontra com a obviedade, mas quanto à decisão tomada à partir disso. Pois, existem apenas dois meios de se adquirir riqueza: o meio político ou o meio econômico ⁶. Em outras palavras, há a desenvoltura de produção e troca de certo produto, o qual será comprado mediante à discricionariedade de um certo consumidor; enquanto o outro, resta-se ao uso de força para se adquirir tal produto. Ou seja: enquanto a venda, sem vício de vontade, está para o meio econômico, o roubo está para o meio político, justamente por ser entornado pelo uso de poder, na maioria das vezes, físico/bélico.

Deste modo, a conclusão de se utilizar de armas, neste caso, em sentido estritamente jurídico, não afasta a questão; devido à não inserção das pessoas em meio econômico, mas sim em conflito suscitado pelo próprio meio político. Logo, a premissa não segue a conclusão, causando um non sequitur. Além de que, deste modo, encontra-se injustificado o uso de força e, assim, o direito sofre abalos consideráveis.

1.3 O CONSUMIDOR É O VERDADEIRO REI: SÓ HÁ DIREITO VIÁVEL SE HOVER ECONOMIA SUSTENTÁVEL

Considerando que a ação humana proposital tende à redução de custos, faz-se necessário entender qual sistema institucional corrobora/incentiva com tal premissa. Já que às instituições cabe o papel de solidificar a subjetividade humana, bem como, ao mesmo tempo, servir de guia para a conduta humana.

Levando isso em mente que os liberais - assim como os austríacos - entenderam que o pilar fundante é, primariamente, o regime de propriedade privada; visto que este contém a responsabilidade individual em seu cerne, afinal *to own is to owe* (ter é dever). Assim, faz-se necessário encontrar a chave para a abertura das “portas” para a eficácia: estando o ditado válido para todos, através do direito, menores incentivos existirão para interferências de terceiros em casos concretos individuais, pelo simples fato de a questão estar tão fortemente ligada ao detentor da propriedade em si, que poucas justificativas para contrariar tal premissa existirão. Deste modo, as possibilidades de escolha por parte do agente-dono se encontrarão

⁶ROTHBARD, Murray N. **A anatomia do estado**. São Paulo: Instituto Mises Brasil, 2012.

maximizadas; logo, desenvolve-se o sentido de segurança, no tocante à maior previsibilidade de ação por parte de outros.

Então, em tese, não haverá outra escolha, senão a utilização do meio econômico como modelo de associação. Corroborando assim, com o segundo pilar: através da divisão de trabalho por especialização, a capacidade produtiva torna-se potencializada, como Mises alude suas origens⁷:

A experiência ensina que essa condição – uma maior produtividade alcançada pela divisão do trabalho – torna-se efetiva porque a sua causa – a desigualdade inata entre os homens e a desigual distribuição geográfica dos fatores naturais de produção – é real. É este o fato que nos permite compreender o curso da evolução social.

E sendo o último fator, a questão da competição no livre mercado, o encandeamento lógico dos primeiros, já que também se baseia numa relação de proporcionalidade: quanto maior a competição na produção, menor será a competição no consumo e, sendo assim, menores serão os conflitos interpessoais.

Ademais, a soma de tais aspectos desenvolve um outro insight austríaco: se para adquirir um produto só é legítimo a utilização de capacidade financeira/persuasão, o mesmo valerá para o lado produtor da relação; do contrário, “a mais poderosa empresa, perderia seu poder e sua influência, se perdesse seus clientes.”⁸ Portanto, percebe-se exatamente o seguinte: quão maior for o nível de execução dos fatores, tão maior será o nível de responsabilidade, liberdade e acima de tudo: a limitação do poder arbitrário. Diante disso, em consequência, entende-se o consumidor como o verdadeiro rei da era moderna; se o direito, como atesta os liberais, se detiver apenas na produção de segurança institucional.

2 A CRISE ECONÔMICA NO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL BRASILEIRO: O CICLO VICIOSO

A economia tem um comportamento cíclico passando por altos “*boom*” e baixos “*bust*”, o declínio da mesma pode ser algo natural na movimentação de informações do mercado, porém uma estagnação nesse declínio ou uma queda mais brusca podem levar o país a uma depressão.

O Estado que passa por uma depressão econômica tem sua sustentabilidade funcional e jurídica abalada. De certa forma, é impossível separar a efetivação dos direitos

⁷MISES, Ludwig Von. **Ação Humana**. São Paulo: Instituto Mises Brasil, 2010.

⁸MISES, Ludwig Von. **Ação Humana**. São Paulo: Instituto Mises Brasil, 2010.

fundamentais do bom funcionamento da economia. Um país em crise é também um país falido estruturalmente em seus fundamentos.

É preciso analisar que certas propostas políticas para o modo de ser do estado podem conduzi-lo a uma cadeia fechada de recorrentes crises institucionais.

2.1 ORIGEM HISTÓRICA DO ESTADO-PROVIDÊNCIA

O Estado-providência ou Estado de bem-estar social é uma herança dos frutos gerados na europa do século XVIII, a ideologia que mais influenciou esta linha de pensamento político foi o Socialismo que, como disse Karl Marx em seu Manifesto do Partido Comunista⁹, emprega medidas que se demonstram insustentáveis economicamente.

O Estado-providência é um reflexo do ideário de que o Estado deveria ser agente ativo na sociedade, promotor de ações sociais interventoras (método) que tivessem como propósito (fim) equiparar a condição de vida dos indivíduos. Já a proposta liberal de Estado envolve uma intervenção mínima na vida privada e nessas questões sociais, que seriam abarcadas naturalmente pela função empresarial, e uma delimitação enxuta, objetiva e clara dos seus institutos.

Essas duas ideologias políticas geram uma guerra fria na proposta do modo de ser do Estado e conseqüentemente afetam o tamanho e a redação das Constituições.

2.2 O ESTADO BRASILEIRO ATINGIDO

Em nossa era neoconstitucionalista, o estabelecimento de uma assembléia nacional constituinte é o momento perfeito para levar a concretização lógica do modo de ser de um Estado. Na Constituição de 1988, por um período complexo que foi o regime militar e talvez por uma caridade de direitos advinda do mesmo, nossos políticos acabaram incorporando o conceito desse Estado-providência.

Mesmo sendo a Constituição explicitamente derivada de ideologias políticas, poucos juristas a analisam politicamente, mesmo assim, as ideologias prevalecem nas constituições, se refletem e interferem no modo como vivemos nossas vidas. Os governos acabam e juntamente com eles acabam-se as linhas de pensamento que os guiavam. O direito seria realmente uma escolha moldável que podemos ter ao bel prazer do desejo de uma

⁹MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. 2.ed. Lisboa: Avante, 1997.

maioria, um golpe militar, a outorga de uma nova constituição pela força ou uma “canetada”? A mera força para coagir o povo é sinônimo de soberania ou de legitimidade?

Com o advento das tecnologias liberais, sendo elas a constituição e o estado de direito, os limites da atuação do Estado foram cada vez mais restringidos pela moldura do direito.

Apesar da arbitrariedade *lato sensu* ter sido abolida (de executar), ainda nos resta com todo sentido, em *stricto sensu*, a arbitrariedade legislativa (de legislar), foi daí que surgiu o chamado Socialismo Fabiano, que tinha como visão o abandono da luta de classes e a incorporação da tática de uma reforma social gradualista por meio da democracia.

O método utiliza o pretexto de que em prol do bem-estar social da maioria se exige a intervenção do estado, sendo o foco, que gradativamente esse estado venha a assumir funções mais ativas na sociedade (é visível a ideologia: nega a organização espontânea e a capacidade do mercado de suprir as demandas), até o ponto de ser tão comum o estado intervir e usar de seus poderes para equiparar as condições de vida dos indivíduos, que a tão conhecida redistribuição desejada pelos socialistas como sistema tivesse sua normalidade.

2.3 A INVIABILIDADE LÓGICA DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL

Quanto a análise econômica direcionada aos direitos sociais, vemos a decadência do ideário socialista, a primeiro passo que os recursos da terra são escassos, o que não é levado em consideração pela própria ideologia (conflito entre a reserva do possível e o mínimo existencial), e para serem enviados a certos destinos precisam ser removidos de seus locais de origem, como vimos no início.

Em tese, tudo que é dado ao povo é antes removido do próprio povo (coercitivamente). Cada vez que o Estado vai protagonizar um novo empreendimento, o orçamento sai da mesa das famílias como bem disse a primeira-ministra britânica Margaret Thatcher. Em resumo, quando o Estado tenta consertar a economia, ele apenas a bagunça mais ainda.

O mercado funciona como um formigueiro, que se deixado quieto, se auto-organiza. Isso foi previsto pelo economista Adam Smith em seu livro “A riqueza das nações”¹⁰. Também disse Ludwig Von Mises em sua obra Ação Humana, que os homens tendem a

¹⁰SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

buscar sair de situações de desconforto e o único modo de sanar suas necessidades sem utilizar da coerção é oferecendo as massas o que elas desejam.

Quanto aos direitos sociais, que são pertencentes a 2ª geração de direitos, como bem explicitou Geanluca Lorenzon em seu livro *Ciclos fatais: socialismo e direitos humanos*¹¹ e Gilmar Ferreira Mendes em seu *Curso de Direito Constitucional*¹², os direitos de 2ª geração não representam mais uma pretensão de abstenção (não fazer) como se dá com os direitos liberais onde a lei se fixa em proteger os homens das ações dos outros homens, mas a uma obrigação de prestação (fazer), como se esperava na própria ideologia socialista.

O problema é que isso sustenta uma tendência a maior intervenção do Estado na economia, conseqüentemente pagamos mais impostos, pois agora, com o mesmo se colocando em algumas responsabilidades, que como citado anteriormente, precisarão de financiamento, o dinheiro terá que sair de algum lugar.

Se o mercado fosse livre da intervenção estatal, iriam valer as leis da economia de livre-mercado, como as da demanda e oferta, concentrando assim, produtos mais baratos, como curiosamente ressaltou Karl Marx¹³, e com maior qualidade.

Isso elevaria a qualidade de vida da população, visto que desde a revolução industrial a expectativa de vida do homem tem aumentado graças ao capitalismo. Os países com os maiores índices de liberdade econômica são também os países com maiores índices de liberdade política e de qualidade de vida.

O Estado ao intervir na economia com leis regulamentadoras¹⁴ que favorecem grandes empresas e criam cartéis e monopólios impedindo a entrada de novos setores, desordenam as informações do mercado, e tudo isto é feito intencionalmente. É intencionalmente também que os conceitos das legislações são vagos neste tipo de Estado, devido a abstração e a ampla variedade de direitos e princípios ilógicos resultantes do arbitrarismo estatal.

¹¹LORENZON, Geanluca. **Ciclos Fatais: Socialismo e direitos humanos**. 1.ed. Brasil: IMB, 2017.

¹²MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹³MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. 2.ed. Lisboa: Avante, 1997.

¹⁴SCHUMPETER, Joseph E. On the Concept of Social Value. **Quarterly Journal of Economics**, volume 23, p. 213-232, 1908.

3 ATIVISMO JUDICIAL: A DECORRÊNCIA DA CRISE

O ativismo judicial, segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, é uma atitude que se origina pela existência da judicialização, essa que se trata de um fato que decorre, dentre outros pontos, da Constituição Federal abrangente e pelo modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, havendo ainda elementos que não são exclusivos do Brasil, como o fortalecimento e expansão do poder judiciário pós Segunda Guerra Mundial.

3.1 ATIVISMO VS. JUDICIALIZAÇÃO: CONCEITOS E PARTICULARIDADES

Primeiramente, é necessário realizar a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política, enquanto um se trata de um fato, o outro se trata de um atitude direcionada ao fato. Assim como demonstra o Ministro Barroso no artigo intitulado por *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*¹⁵, mesmo havendo pontos de discordância trata-se de um texto que explica e exemplifica com maestria a diferenciação.

Ativismo judicial é a atitude por parte do juiz proativo, que inspirado em princípios e nos conceitos vagos do texto legal, realiza uma interpretação para além da letra da lei visando impor a outros poderes uma política pública. Já a judicialização da política é um fenômeno mundial em que questões são levadas à esfera judicial, ao invés de serem solucionadas pelos Poderes Executivo ou Legislativo. No mundo, esse movimento surgiu no período pós guerra devido ao descrédito da população para com os outros poderes, gerando um Judiciário mais forte e independente.

Quando se trata do cenário brasileiro, o movimento ganha ainda mais força, devido à Constituição extremamente abrangente, valendo-se do fato que constitucionalizar é judicializar. Atualmente há nas Constituições disposições que exigem uma prestação de fazer por parte dos entes federativos que por muitas vezes é inalcançável, gerando o aumento da grande ficção que é o Estado, como diria Bastiat (1849), através do qual *todos tentam viver às custas de todos*.

Assim, conceitos extremamente vagos são postos na Constituição somente para agradar o populismo, e isso se agrava mais ainda quando o Judiciário acolhe estes conceitos por sua flexibilidade hermenêutica.

¹⁵BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (SYN)Thesis, v. 5, n. 1, 2012. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 10 de agosto de 2019.

Ademais, quando o STF é provocado, é seu dever tomar uma decisão, entretanto os Ministros se deparam com uma dificuldade, como uma omissão legislativa ou administrativa, que são questões do controle, mas que ao invés de seguirem o previsto no Art. 103, § 2º/CF, agem por meio de interpretação extensiva, eis um exemplo de ativismo judicial.

Logo, enquanto o judiciário estiver decidindo de acordo com o previsto, não haverá problema, se a Lei permitisse o ativismo, o vício estaria no Estado que obrigou o amplo exercício do mesmo. Vício porque essa prática pode desequilibrar a balança entre os poderes, fazendo com que o judiciário se torne um poder incontrolável, levando a recordar a frase de Rui Barbosa “A pior ditadura é a ditadura do Poder Judiciário. Contra ela, não há a quem recorrer”.

3.2 A CRISE E A ILEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL

Do sublime ao ridículo, diversas matérias foram abraçadas pelo texto constitucional, e todas essas questões estão sendo levadas ao judiciário, gerando uma verdadeira banalização e inversão de poderes. Matérias de competência do Legislativo e Executivo estão sendo levadas ao Judiciário de modo estranho ao que normalmente deveria acontecer.

Então há quem diga que existe uma inépcia por parte do Legislativo, uma espécie de “má vontade”, isso seria verdade ou seria apenas uma questão de representação política? Diversos temas polêmicos são tratados pelo Supremo Tribunal Federal, alguns sob o argumento de que o Legislativo deixou de legislar, nunca se pondera se ele não o fez porque não era da sua vontade? E se o judiciário quiser pôr um remendo sob o texto legal.

Pode-se citar, a título de exemplo, a criminalização da homofobia, que de fato trata-se de uma matéria relevante e que poderia sim ser discutida para que houvesse a criminalização, mas estaria o Supremo Tribunal Federal com competência para criar, ainda que indiretamente, um novo Tipo Penal? Não, deveria ele simplesmente fazer o que está claramente escrito na Constituição em seu Art. 103, § 2º, “*Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias[...]*”, desse modo o STF deveria simplesmente dar ciência ao Legislativo para que ele tomasse as providências necessárias para fazer valer a Constituição, de acordo com o novo entendimento.

Disse Thomas Sowell (1987)¹⁶ que quando a Lei diz ‘A’ e o juiz gostaria que ela dissesse ‘Z’ ele a interpreta como sendo ‘Z’. Intelectuais podem chamar isso de ativismojudicial, mas em outras palavras, isso se chama mentir.

A frase de Sowell explicita bem o que está acontecendo no Brasil, o ativismo está sendo utilizado para inverter aquilo que era vontade do legislador originário. Como diria Lênio Streck (2017)¹⁷, estes são juristas que se comportam como torcedores.

O fato de ter poder para agir não significa que o judiciário deve assim proceder, é necessário ponderar se ele seria de fato o órgão competente para tratar sobre determinadas matérias, é de suma importância verificar o que está escrito na constituição e qual órgão está primariamente responsável por sanar a omissão/certo vício. Mas ainda é importante frisar que a autocontenção por si só não basta, é importante deixar claro o que cada poder estatal deva ou não fazer.

3.3 O ATIVISMO COMO SINTOMA DA CRISE INSTITUCIONAL ESTATAL

Ativismo judicial é a atitude por parte de representante do Poder Judiciário, que usando de suas capacidades, toma posições proativas que independem de previsão legal, em prol de um espírito ativista que se sobressalta, usando de seus poderes para cobrir uma lacuna ou uma incompletude deixada pelo poder legislativo ou até mesmo para alterar o entendimento vigente.

A flexibilidade hermenêutica de um ordenamento jurídico com uma grande carga de direitos, aliada à uma má redação legislativa tende a dar voz ao ativismo, tornando estas as causas, neste mundo neoconstitucional, que fazem os juízes da Suprema Corte terem o pensamento de serem “os provedores das causas impossíveis”.

Como vimos, o ativismo judicial é também produto direto do Estado de bem-estar social, que leva à um Estado de ilusões constitucionais e acarreta na existência de um sistema extremamente instável e insustentável, tal fato que acaba levando ainda à uma grande insegurança jurídica. Não há uma crise no Estado de bem-estar social, é ele uma parte da própria crise, é ele quem desvirtua o que deveria ser uma Constituição de fato (sintética/negativa).

¹⁶SOWELL, Thomas. **Compassionsvs guilty**. 3.ed. New York: William Morrow. 1987.

¹⁷LENIO Streck: Jurista em um país de torcedores, 2017.1 vídeo (4min20s). **Publicado pelo canal TV Cachoeira Novo Tempo**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dfSst9WsHvE>. Acesso em: 15 ago. 2019.

As Constituições de todo o mundo devem seguir o que em origem deveriam significar, levando consigo os valores do liberalismo e consequentemente do constitucionalismo, a pensar um documento sintético e normativo simples, claro e objetivo que deveria prever, tão somente, a organização do Estado e a garantia dos direitos individuais.

A Constituição brasileira de 1988 segue uma linha totalmente inversa, é um texto que recebe as classificações de Analítica, Formal e Rígida. Por ser Analítica traz um texto extremamente prolixo, tratando de temáticas distantes ao funcionamento do Estado, podendo ainda chamar a brasileira de uma Constituição Ultra-Analítica. Além disso, a Constituição de 1988 é Formal (trazendo apenas matérias que por estarem no texto aparentam ser constitucionais), não se preocupando com a máxima liberal: *Equality before the law*, mas com a *Social Equality*.

Essa situação se agrava devido ao forte positivismo jurídico brasileiro. Não se enxergando, claro, que o problema está no intervencionismo estatal¹⁸, ou seja, não é com mais Estado que os problemas sociais vão ser solucionados.

CONCLUSÃO: A SAÍDA ESTÁ NA LIBERDADE

A atual era principiológica de termos abstratos e direitos avulsos abriu espaço a um judiciário cada vez mais ativista devido à amplitude hermenêutica inserida nos termos usados em nosso texto legal. Mutação Constitucional não é prevista em lei e vem por hábito sendo usada como um instrumento do Controle de Constitucionalidade de forma incoerente. O Art. 103 § 2º da CF prevê a conduta que devia tomar o Supremo Tribunal Federal perante uma Inconstitucionalidade por Omissão, a qual não é seguida.

O modelo de Estado liberal, no sentido já mencionado neste artigo, é caracterizado pelo Estado de Direito, sendo um estrito cumprimento do que é escrito sem abertura para devaneios, o Estado teria uma atitude mais restringida justamente pela característica da proposta do regime político-jurídico liberal, onde o foco da legislação seria objetivo, mais voltado para os direitos de 1ª geração e não mais arbitrário, no sentido de haver subjetivismos exacerbados, conforme a necessidade.

Este fator cessaria com esse expansionismo de direitos inviáveis economicamente, que só aparecem na legislação pelo sentido propagandista de setores atrelados ao poder, os quais visam tão somente a perpetuação do Status Quo. O texto legal seria enxuto e conciso,

¹⁸MISES, Ludwig Von. **Caos Planejado**: Intervencionismo, Socialismo, Fascismo e Nazismo. São Paulo: LVM, 2017.

bem como a nossa Constituição, para uma expressão mais técnica, retornando assim, em sociedade, a um senso clássico do império da lei; em oposição ao mar de arbitrariedades advindas justamente dessa possibilidade de moldar para o próprio desejo a interpretação do legal.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **(SYN)Thesis**, v. 5, n. 1, 2012. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf Acesso em: 10 ago.2019.

IORIO, Ubiratan Jorge. Dez lições fundamentais de economia austríaca. **Instituto Mises Brasil**, São Paulo 4 de set. 2013.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política**: ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014.

LORENZON, Geanluca. **Ciclos Fatais**: Socialismo e direitos humanos. 1.ed. Brasil: IMB, 2017.

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. 2.ed. Lisboa: Avante, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MISES. Ludwig von. **As seis lições**. 7.ed. São Paulo: Instituto Mises Brasil, 2009, p.48.

MISES, Ludwig Von. **Caos Planejado**: Intervencionismo, Socialismo, Fascismo e Nazismo. São Paulo: LVM, 2017.

MISES, Ludwig Von. **Ação Humana**. São Paulo: Instituto Mises Brasil, 2010.

ROTHBARD, Murray N. **A anatomia do estado**. São Paulo: Instituto Mises Brasil, 2012.
SCHUMPETER, Joseph E. On the Concept of Social Value. **Quarterly Journal of Economics**, volume 23, p. 213-232, 1908.

SOWELL, Thomas. **Compassions vs guilty**. 3. ed. New York: William Morrow. 1987.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

LENIO Streck: Jurista em um país de torcedores, 2017.1 vídeo (4min20s). Publicado pelo canal TV Cachoeira Novo Tempo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dfSst9WsHvE>. Acesso em: 15 ago. 2019.