

O ativismo judicial¹

Hugo Nigro Mazzilli
Advogado e consultor jurídico

Nos últimos tempos, muitos juízes, mesmo dos mais altos tribunais, vêm criando normas jurídicas como se legisladores fossem, com base em seus entendimentos absolutamente pessoais de justiça.

O problema tende a agravar-se, pois, segundo o novo Código de Processo Civil (CPC), os juízes e tribunais deverão *observar* os precedentes, que são decisões que servem de parâmetro para casos análogos.

É saudável que o juiz atente para os precedentes, que demonstram uma tendência dos tribunais, uma experiência de gerações, um amadurecimento de conceitos... Entretanto, o CPC quer mais: *observar* tem aqui o sentido de *obedecer* aos precedentes.

É verdade que a Constituição já autoriza que alguns julgamentos do Supremo Tribunal Federal (STF) criem regras gerais: são as decisões em controle de constitucionalidade e as súmulas vinculantes. Foi preciso prever isso na Constituição, pois não é tarefa do Judiciário fazer leis. Não temos a crença simplista de que o Judiciário nunca legisle, pois a Constituição autoriza o STF a declarar a constitucionalidade ou não de uma lei, ou a fixar interpretação vinculante da lei, ou, na omissão do legislador, a emitir a vontade presumível do ordenamento legal. Fora daí, porém, legislar supõe a vontade *do povo*, pelos seus mandatários. Sem investidura eletiva, em regra os membros do Judiciário são executores da lei.

O CPC, porém, aumentou por conta própria as hipóteses em que *todos* os tribunais podem expedir normatividade abstrata... O que não farão os tribunais do País em seu ativismo?

Nem se diga que não seria ato *normativo* aquele de qualquer tribunal que edite decisão vinculante, porque não estaria *criando* uma norma jurídica e, sim, *dando interpretação* a uma lei existente com *efeito vinculante*. Ora, se uma lei quer dizer e diz mesmo “A”, mas o tribunal, *interpretando* a lei, entende que “A” significa “B”, e se se confere a essa *interpretação* uma força genérica *vinculante*, então o que está em vigor no País não é “A” e sim “B”.

Nem se argumente que seria mera teratologia o tribunal passar a criar normas (como o STF fez na súmula vinculante 11, que criou regra para uso de algemas). Aí, dizem, o defeito não seria da lei e sim dos homens.

No caso, o defeito vem do CPC.

Os juízes — que nunca receberam um só voto popular —, são os menos qualificados para fazer leis: não podem legislar como se parlamentares fossem, pois só podem emitir decisões genéricas para coarctar ações ou omissões típicas dos legisladores quando ofensivas à Constituição.

Os ministros do STF vêm dando sobejos exemplos de ceder com naturalidade e gosto à tentação onipotente de fazerem leis, seja em decisões monocráticas, seja coletivas, como quando autorizaram o aborto até o terceiro mês de gravidez (HC n. 124.306-RJ), ou quando da súmula 394, que deu foro por prerrogativa de função a quem não tinha função, ou quando da súmula das algemas, ou quando deram ao pro-

1. Artigo publicado no jornal *Tribuna do Direito*, maio 2017, p. 21, São Paulo, disponível em <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/ativismo.pdf>.

curador-geral da República o poder que ele não tem de decidir conflito de atribuições entre o Ministério Público estadual e o federal (ACO n. 924)...

Às vezes são, sim, as mais altas Cortes que devem seguir o bom exemplo das Cortes ou dos juízes inferiores... Lembremo-nos do *Plano Collor*. Um dia, um presidente da República bloqueou os ativos financeiros do País por meio de medida provisória! Quando de imediato os mais altos tribunais tomaram contato com isso, em nada impediram a ação. Quem resolveu o problema? Foram os juízes singulares no País. Anos depois, Collor não era mais presidente, a questão estava resolvida, a poeira tinha baixado, e então o STF heroicamente declarou inconstitucional o bloqueio. Relembremos a súmula 394: nem bem instalado o golpe militar de 1964, o STF entendeu que o foro por prerrogativa de função subsistiria mesmo que não houvesse mais função, ou seja, se uma autoridade cometesse um crime enquanto detivesse prerrogativa de foro, esta continuaria a existir mesmo depois de cessadas suas funções... Os ministros criaram *foro por prerrogativa de função sem função*... Esse absurdo antirrepublicano durou 35 anos... Noutro caso, tendo havido empate na votação do mandado de segurança que discutia a validade do *impeachment* do ex-presidente Collor, o plenário do STF adiou o julgamento e convocou três ministros do tribunal inferior, que, *estes sim*, efetivamente decidiram a mais alta questão que até então deveria ter sido enfrentada pela maior Corte Constitucional do País: se era válida a até então única destituição de um presidente da República feita conforme a Constituição...

Caso se deixe aos tribunais superarem suas posições, isso pode levar décadas, e não será nada fácil que o cidadão obtenha a superação do entendimento agora que os juízes inferiores serão docilmente compelidos a seguir a cômoda jurisprudência dos tribunais... Se, ao contrário, assegurarmos sua independência, os juízes locais melhor poderão levar em conta as peculiaridades dos casos concretos, graças a seu contato direto com as partes. Sacrificando-se sua independência, estiolaremos a evolução do Direito e perderemos sua autonomia, que, no mais das vezes, é maior que a dos mais altos tribunais, que não raro têm inserções e decisões de caráter até mesmo político-partidário.

Doravante, se um tribunal federal ou estadual editar um entendimento abstrato e genérico, sua decisão não só resolverá os recursos pendentes, mas imporá solução até mesmo para casos que *ainda sequer aconteceram*!

Ora, disciplinar *eventos futuros* é próprio da lei, não da jurisprudência!

O efeito vinculante dos precedentes no CPC é mera jurisprudência defensiva para desafogar os tribunais. Sem dúvida, é desejável tornar a jurisprudência previsível, estável e segura, mas não é rasgando a Constituição que melhoraremos a prestação da Justiça no Brasil.