

XVII Encontro dos Membros Aposentados do MPSP
Grupo de Estudos “Nelson Nery Junior”

O papel proativo do Poder Judiciário

Hugo Nigro Mazzilli

www.mazzilli.com.br

(15 setembro 2023)

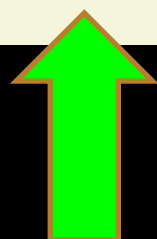
Este material:

www.mazzilli.com.br

Apresentação do *site* de Hugo Nigro Mazzilli

- [Artigos](#)
Estudos, artigos, votos e pareceres jurídicos do autor, já publicados.
- [Breve Currículo](#)
Um breve resumo do currículo do autor.
- [Informações](#)
Notas, entrevistas, relatórios, trabalhos publicados e outras informações.
- [Links](#)
Links para *sites* que comercializam obras do autor e para outros *sites* jurídicos.
- [Livros](#)
Resenha dos livros do autor, bem como outras indicações referentes à edição.
- [Programas de computador](#)
Softwares de computador feitos pelo autor, todos *freeware*.
- [O autor](#)
Outras informações e endereço de *e-mail* do autor.

[Notas breves](#) **novos!**



A tripartição de Poderes

- Desde a Antiguidade, com Aristóteles (“A Política”, III Séc. AC), ou posteriormente, com John Locke (“Segundo Tratado sobre o Governo Civil” – 1689-90), ou mesmo no *Bill of Rights* (a ação de governo supõe autorização do parlamento – 1689) — já se tem recomendado a divisão dos poderes do Estado para controlar a ação dos governantes
- Mas foi com Montesquieu (“O espírito das leis” – 1748) que houve a grande difusão da teoria tripartite com os contornos atuais (PL, PE e PJ) — distinguindo as funções de:
 - ◆ fazer a lei, administrar e julgar
- Como sabemos, essa *divisão* é vista hoje mais como algo meramente didático e pragmático, e não como uma divisão científica.
 - ◆ Com efeito, em essência, é una a soberania do Estado, daí ser uno o Poder estatal
- Na verdade, a chamada divisão de Poderes é antes um sistema pragmático de distribuição de atribuições para viabilizar um sistema de freios e contrapesos entre os órgãos de Estado, para controle recíproco de suas funções.
- Não se trata, no sentido próprio, de divisão substancial de algo que é por essência uno.



Assim, a chamada “separação” de Poderes

- Hoje é vista não propriamente como divisão ou distribuição de poderes, e sim como coordenação, colaboração, harmonia e exercício harmônico das funções de governo:
 - ◆ uma “atividade de colaboração”
- Trata-se de uma verdadeira “combinação de poderes”; não se trata de uma verdadeira “divisão” ou “separação”
 - ◆ Cf. Canotilho (Direito Constitucional e Teoria da Constituição), “do modo como estão combinados os poderes pode concluir-se em qual deles recaiu o benefício da divisão”.
- A necessidade de prevenir o arbítrio é o fundamento último dessa hipotética divisão ou separação funcional de poderes à guarda da Constituição.
- Daí porque, ao menos preponderantemente, quem faz a lei não é quem a executa nem julga se essa lei é ou não constitucional, e vice-versa — e está aí a base das democracias ocidentais.
- Mas a maneira pela qual a Constituição faz essa combinação deve ser estritamente observada, para garantia da própria democracia.



Riscos para o sistema

- Portanto, se dermos as costas a um sistema constitucional em que o Judiciário só pode legislar excepcionalmente e apenas pelo seu órgão máximo — é o que diz com todas as letras a Constituição de 1988 —, e, por via até mesmo de mera lei ordinária, se aceitamos sem discutir um sistema em que o Judiciário pode legislar por todos seus órgãos colegiados em todas as matérias como bem o queira — é o que diz com todas as letras o CPC de 2015 (é o sistema de precedentes, que confere uma *alegada* “previsibilidade, estabilidade e segurança” nas relações processuais)...
- estaremos violando o arcabouço constitucional e o próprio equilíbrio democrático.



No Brasil...

- Desde a República – já proclamada por golpe militar –, seguida por sucessivos golpes de Estado (Estado Novo, Ditadura de 64), tivemos sempre a **hipertrofia de um dos Poderes** em relação aos outros (como na última Ditadura, que cassou mandatos de parlamentares ou governantes, aposentou compulsoriamente ministros do STF ou cassou promotores e juízes, fechou o Congresso, legislou quando e como bem quis por meio de atos institucionais e decretos-leis)...
- Os últimos 40 anos: uma relativa estabilidade institucional
- **Mas...** houve e ainda há percalços, como aqueles que já levaram à destituição de 2 presidentes da República, à prisão de um ex-presidente, às agitações em 8 de janeiro de 2023...



Surgiu agora o papel “proativo” do PJ

- No quadro atual do País, o Judiciário não raro tem assumido um papel “proativo” — especialmente o STF —, que se tem valido do momento e ultimamente tem assumido um papel protagonista de alterações institucionais e sociais.
 - ◆ Proativo: “Que, por antecipação, identifica possíveis desenvolvimentos, problemas ou situações, permitindo adoção de atitudes ou medidas adequadas” (Aulete)
 - ◆ Barroso: “é uma atitude, uma maneira proativa e expansiva de interpretar a Constituição, levando alguns princípios abstratos para reger situações que não foram expressamente contempladas, seja pelo constituinte seja pelo legislador” (Migalhas, 5.685, 13-09-2023)
- Mas o STF está indo bem além do que meramente resolver casos omissos... chega a legislar autonomamente em relação à CF ou às leis vigentes, ou a administrar no lugar do administrador...



Consequências...

- O jurista português José Joaquim Gomes Canotilho acredita que o STF brasileiro está avançando em assuntos do Legislativo e do Executivo, num “**ativismo judicial exagerado que não é compreendido na Europa**”.
- - ◆ Como p. ex. nas **súmulas vinculantes** etc. (entrevista a Valor, 2009) [criadas por Emenda Constitucional e não pelo Poder Constituinte originário]
- Até um certo limite, **é admissível** que o Poder Judiciário tenha um papel proativo, **mas** deve haver **limites** para isso, caso contrário ocorre:
 - ◆ a) desbordamento do **princípio da demanda** e o Judiciário começa a agir verdadeiramente de ofício, passando por cima da iniciativa das partes e pondo a perder totalmente sua imparcialidade;
 - ◆ b) dispensa-se a existência de lei e **cria-se nova lei**, ou simplesmente se **contraria diretamente a lei vigente**;
 - ◆ c) fazem-se **investigações diretas** pelo Judiciário; prisões e julgamento de pessoas **fora da competência** constitucional do STF; **colaboração premiada** sem o titular privativo da APP; medidas cautelares **de ofício** ou apenas **propostas pela polícia**, que não é parte processual nem fala em nome do Estado em juízo etc.;
 - ◆ d) Desbordamento do conceito de “conexão” [Regimento Interno STF: “Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal **na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição**, ou delegará esta atribuição a outro Ministro”]. É preciso lembrar que o conceito excessivamente abrangente de conexão também foi utilizado na Lava-jato...



Há casos válidos de atividade proativa do PJ no controle de políticas públicas

- Especialmente nos *litígios estruturais* e nos *litígios estratégicos*
 - ◆ O objetivo dos processos estruturais é obter uma reforma estrutural num ente ou instituição para restabelecer um direito fundamental e implantar ou corrigir uma política pública, como nos *litígios decorrentes de grandes danos ecológicos* (p. ex., o rompimento da barragem de Brumadinho, em MG).
 - ◆ O objetivo dos litígios estratégicos (ou casos paradigmáticos) *consiste em escolher hipóteses especiais para submeter ao Judiciário, em casos que geram impacto social* (p. ex., um processo individual para reparação da vítima em caso de violação a direitos humanos: o recente processo contra o dirigente de equipe esportiva que beijou uma jogadora na boca sem o seu consentimento, ocorrido na Espanha).



Complexidade desses casos...

P. ex., uma ação ambiental: mudar um “lixão” de local, construir um hospital, reconstituir todos os danos provocados pelo rompimento de uma barragem...

- a) Antes de mais nada, os reparos ambientais de enorme vulto e extrema complexidade desafiam as regras do processo civil tradicional (como fazer o pedido se ainda não se sabem todas as responsabilidades e o dano ainda não se estabilizou? Como executar o *decisum* se são necessárias perícias durante a própria execução?...)
- b) A par disso, como poderia o Judiciário impor ao Estado providências fora das políticas públicas em vigor, ou, mais ainda, fora dos próprios limites orçamentários?
- c) Pode o juiz se imiscuir nessas questões? Investido para aplicar a Constituição e as leis, o juiz tem legitimidade para criar ou alterar, do jeito que bem queira, as políticas públicas do País?



Dentro de certa medida, o Judiciário pode mesmo decidir esses litígios, mas num papel proativo limitado

- Os chamados litígios estruturais ou os litígios estratégicos podem e devem, sim, ser ajuizados
- Mas desde que neles se encontrem justos limites, pois não cabe ao Judiciário administrar no lugar do administrador nem legislar no lugar do legislador.
- Identificando-se omissão ou desvio do ente público em tema de direitos fundamentais de caráter social, admite-se seja determinada a correção ou a implantação de políticas públicas.



Portanto... há requisitos para o Judiciário

- a) a política pública reclamada deve ter natureza constitucional;
 - b) é necessária correlação entre a política pública reclamada e os direitos fundamentais;
 - c) deve-se provar a omissão ou a prestação deficiente pela Administração Pública, sem justificativa razoável.
-
- E ainda deve ser obedecido mais um pressuposto:
 - Embora se devam flexibilizar os rigores processuais nos litígios estruturais e valorizar soluções consensuais com a participação das comunidades lesadas, em primeiro lugar o juiz tem de ater-se ao que foi pedido pelas partes, não podendo decidir fora daí (princípio dispositivo ou da demanda).



E deve mesmo haver limites ao Judiciário...

- Dos Poderes de Estado, é o menos democrático...
 - ◆ A investidura dos juízes:
 - ★ por concurso
 - ★ ou nomeação sem concurso...
- Inexiste controle externo em seus atos da atividade-fim
 - ◆ CNJ – só para os atos da atividade-meio
- Enquanto os membros do PE e do PL podem ser trocados de 4 em 4 anos pelo titular da soberania, no PJ o controle dos seus atos e dos seus membros... depende deles mesmos...
 - ◆ *Impeachment* no PJ é mais teoria que prática



Quando excessivo, o papel “proativo” do PJ gera liberdades inaceitáveis

- Casos concretos do STF (“toma o freio nos dentes”):
 - ◆ O **inquérito das fake news** corre há anos, de ofício e sob sigilo (Inq. 4.781/19);
 - ◆ Investiga diretamente, processando e mandando prender mesmo pessoas não sujeitas a foro constitucional por prerrogativa de função, numa interpretação excessiva de **conexidade**...
 - ◆ Já admitiu acordos de **colaboração premiada** tomados por órgãos outros que não o titular privativo da ação penal pública (ADIn 5.508 em 2019), voltou atrás (RG ARE 1.175.650-PA em 2023), mas voltou a admitir acordo tomado só pela polícia federal (caso Mauro Cid – decisão monocrática de 2023);
 - ◆ Cassou decisão de **indulto** que a Constituição pôs na competência exclusiva do chefe do Executivo (caso Bolsonaro – Daniel Silveira);
 - ◆ Fora dos casos autorizados pela Constituição, **cria normas abstratas** que são verdadeiras leis materiais: ex.: súmula sobre algemas; decisão de conflitos de atribuição no MP pelo PGR e CNMP; “represtinação” do velho art. 28 do CPP; recriação sem lei da contribuição sindical para o trabalhador mesmo não sindicalizado, desde que não se **oponha** a ela [ARE 1.018.459]
 - ◆ E tantos outros casos...
- Viola-se a separação de Poderes, descarta-se a investidura democrática, olvida-se a imparcialidade dos magistrados e a segurança do sistema...



Esse papel proativo é um fato...

- Mas não basta dizer que tanto o processo estrutural como o papel proativo do Judiciário são um **fato** ou uma **realidade** com a qual temos de conviver e com isso tacitamente aceitar que o Judiciário faça o que bem queira, impondo ou alterando políticas públicas a seu talante.
- Não se trata apenas de **questão acadêmica** discutir a separação de Poderes. É uma questão forense do dia a dia: basta ver as sucessivas decisões judiciais que invadem o campo da discricionariedade administrativa — e aqui, por óbvio, não estou falando das legítimas decisões que cassam atos administrativos ilegais.
- Estou falando, sim, do **erro em substituir o juízo de conveniência do legislador e do administrador pelo do juiz**, em matérias que a Constituição e as leis deram discricionariedade ao parlamentar e ao administrador. Estes foram eleitos diretamente pelo titular da soberania precisamente para tomar essas decisões, e só estes podem ser trocados de 4 em 4 anos pelo titular da soberania...



Em conclusão...

- Não se pode aceitar um Judiciário como Poder de Estado deslegitimado e incontrolável
 - ◆ Fora de sua função constitucional de aplicar a lei
 - ◆ Quebra-se sua imparcialidade
 - ◆ Olvida-se o princípio da demanda, que é garantia para as partes
- Nada disso se coaduna com os princípios democráticos e republicanos
- É preciso exercer o direito de crítica — meu artigo: *Limites do Judiciário* em <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/limitesjud.pdf>



✿ *Este material:*

www.mazzilli.com.br

