

Início a minha oração com dois temas da maior atualidade no universo jurídico e forense: o ativismo judicial e a insegurança jurídica.

Manejando com o apoio do sofisma de “uma interpretação conforme a Constituição”, precedentes do Supremo Tribunal Federal estão atravessando a linha divisória entre os poderes da República para legislar em casos concretos, dando ao dispositivo legal redação distinta do seu espírito e, conforme o caso, de seu próprio corpo. A *nouvelle vague* pretende afirmar-se nos usos e costumes jurídicos como forma de ascensão do Poder Judiciário na exegese e aplicação do direito positivo. É oportuno considerar que, na impossibilidade de se viabilizar o mandado de injunção, previsto constitucionalmente para suprir a falta de norma regulamentadora para o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, muitas decisões judiciais são proferidas para efetivar determinados direitos. Um dos exemplos é a ordem judicial para que o poder público forneça medicamento para o hipossuficiente, reconhecida a saúde como direito de todos e dever do Estado.

No entanto, forçoso é admitir que o ativismo judicial não é um modelo de exegese e sim uma técnica semântica que substitui a legalidade vigente pela convicção pessoal do juiz com o fim de ajustá-la ao preceito constitucional. Na verdade, porém, a expressão repetida em vários julgamentos tem o objetivo de alterar o texto legal, procedimento cuja competência é exclusiva do Poder Legislativo. É óbvio que a “interpretação” de que resulta conclusão frontalmente contrária à literalidade do texto, interpretação não é, mas pura e simples negação de seu sentido; desobediência ao seu claro comando. Tal extravagância de exegese é o mesmo quanto afirmar que onde se lê quadrado, deve-se passar a ler círculo; onde está escrito escuro, leia-se iluminado; no lugar de “a apelação terá efeito suspensivo”, entenda-se “a apelação não terá efeito suspensivo”. Valendo-se dessa curiosa (e perigosa) “técnica interpretativa”, os textos legislativos poderão, subitamente, ser ignorados em detrimento da confiança que devem inspirar as palavras da lei.

Na monografia “Judicialização e Ativismo judicial”, seus autores MÔNICA CLARISSA HENNING LEAL e FELIPE DALENOGARE ALVES afirmam que “no contexto brasileiro, com o avanço constitucional pós- 1988, pode-se dizer que o juiz deixou de se limitar a meramente aplicar a lei já existente, passando até a agir em substituição do legislador. Assim, tanto os juízes quanto os tribunais desempenham uma atividade mais criativa, o que ocasiona críticas sobre a possibilidade destes, muitas vezes, utilizarem-se menos da técnica e mais da política”.

Enquanto esse protagonismo tem o objetivo de atender a da justiça material na área dos direitos sociais e eventualmente em outros campos,

o mesmo exercício de construção é absolutamente inadequado em matéria criminal quando a interpretação afeta direitos e interesses do suspeito, indiciado ou condenado. Confirma tal posição irreversível o princípio da taxatividade da norma incriminadora, vedado o uso do costume e da analogia *in malam partem*.

Não se pode ignorar, porém, o fenômeno do poder criador da jurisprudência, que constitui uma generosa atividade caracterizada pela reiteração de julgados no mesmo sentido quanto à aplicação do direito aos casos concretos e que constitui a base para a elaboração das súmulas, do instituto da repercussão geral e dos recursos repetitivos de modo a provocar alterações legislativas que podem ser pontual (modifica ou revoga um dispositivo); setorial (quando envolve títulos, capítulos e seções) e global (quando traduz a mudança ideológica e técnica de todo o diploma legal como ocorreu com os novos códigos civil e de processo civil (Lei nº 10.406/2002 e Lei nº 13.105/2015) e também com a reforma da Parte Geral do Código Penal (Lei nº 7.209/1984) .

Desde logo, dois fenômenos jurídicos apresentam-se como opostos. De um lado, as decisões que ultrapassam os limites constitucionais e legais da jurisdição, e, de outro, a orientação para estabelecer “um compromisso com as decisões passadas” segundo o modelo da common law referido pela Professora Estefânia Barboza, Precedentes judiciais e segurança jurídica .

Um paradoxo institucional

Afrontando o dever elementar de guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 17 de fevereiro de 2016, ao indeferir o pedido de HC 126292 (SP), afirmou, por maioria de votos, que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. A orientação foi consagrada pelo plenário da Corte em regime de repercussão geral. no Agravo ao Recurso Extraordinário nº 964.246. E o mesmo ocorreu com o indeferimento de liminares em 5 de outubro de 2016, em Ações Diretas de Constitucionalidade propostas pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e pela Ordem dos Advogados do Brasil que procuravam reverter o precedente com base no art. 383 do Código de Processo Penal segundo a qual ninguém poderá ser preso enquanto a sentença condenatória não transitar em julgado.

No entanto o lamentável fenômeno do ativismo judicial assumiu contornos claros de insurgência com as decisões plenárias quando alguns ministros divergiram da maioria para conceder liminares em habeas corpus em favor de pacientes condenados em segundo grau de jurisdição. Essa conduta funcional atenta, obviamente, com a regra do art. 927, inciso V, do Código de Processo Civil. Dispõe a mesma que os juízes e os tribunais devem observar “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”. Tal mudança de entendimento não teria maior prejuízo para a segurança jurídica se o mérito dos pedidos fosse decidido em atenção ao princípio da razoável duração do processo como determina a Constituição Federal, mas isso não tem ocorrido. Como é elementar as delongas da prestação jurisdicional constituem lamentáveis modalidades de insegurança, merecendo lembrar a advertência do imortal RUY BARBOSA em sua antológica Oração aos moços: “Justiça atrasada não é justiça senão injustiça qualificada e manifesta”.

O grave problema da insegurança jurídica foi reaberto com notável intensidade diante da provável prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, condenado a 12 anos e 1 mês de reclusão pelo Tribunal Federal da Quarta Região pelos delitos de corrupção e lavagem de dinheiro. Surgiram movimentos de pressão para que a Ministra CÁRMEN LÚCIA, praticasse ato de ofício, pautando um julgamento com o indisfarçável propósito de modificar a regra da prisão antecipada. Tais expedientes obrigaram-na a declarar publicamente que o Supremo Tribunal Federal “não iria se apequenar”.

Outros exemplos do ativismo judicial têm ocorrido na maior instância judiciária do país como a decisão de que a condenação pelo Tribunal do Júri, órgão de primeiro grau, autoriza desde logo a sua execução e a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação. É inequívoca a usurpação de competência e a manifesta violação do clássico princípio da separação dos em manifesta divergência com o clássico princípio de separação de poderes, oriunda da Grécia Antiga e que teve em Montesquieu a sua clássica formulação.

Em artigo publicado no dia 18 do corrente mês, em espaço nobre do jornal O Estado de São Paulo, o consagrado mestre de Direito e membro da Academia Brasileira de Letras, CELSO LAFER diz muito bem:

(...)um dos ingredientes fundamentais da vida do Direito hoje no País é a incerteza jurídica. Essa incerteza vem minando um dos valores de um ordenamento democrático, que é a segurança das expectativas, descortinadora da calculabilidade das conseqüências das nossas próprias ações. A incerteza jurídica vem traduzindo na sua dinâmica atual uma gradual substituição do governo das leis pelo imponderável do governo dos homens – por mais bem-intencionadas que sejam suas condutas, inclusive o meritório combate ao cupim da corrupção.
(...)

Mas é imperioso salientar que a insegurança jurídica não pode ser neutralizada pela corrente do positivismo que reduz o direito apenas àquilo que está posto em nome de uma legalidade formal. O exemplo histórico nos remete à doutrina totalitária do legislador da Alemanha nazista que pregava a máxima: o juiz deve cumprir a lei como o soldado deve cumprir as ordens. A confiança naquele edifício do pensamento ditatorial ruiu frente ao entendimento de que existem inúmeras hipóteses de leis injustas e de um direito nulo. Para prevenir os males de uma exegese positivista em nosso país, o art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro que declara: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Abro espaço para a lúcida e corajosa crítica feita pelo Professor WILLIAM PUGLIESE, em sua valiosa monografia Teoria dos precedentes nas tradições jurídicas da common law e da civil law. São suas estas palavras:

“A insegurança jurídica e a absoluta imprevisibilidade das decisões judiciais, até mesmo no mais importante tribunal brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, tem instigado alguns juristas a refletir a respeito da necessidade de um sistema legal coeso, que possibilite ao jurisdicionado, ao menos, programar suas condutas de acordo com o Direito. Esta mesma mentalidade guiou o legislador na redação do novo Código de Processo Civil. Não é exagero dizer que a lei, por si só, tem sido incapaz de orientar as condutas da população, já que para alguns magistrados ela pode ser considerada inconstitucional, para outros, válida e para um terceiro grupo nem mesmo ser aplicável a determinado caso concreto. (...) Afim de proporcionar maior segurança ao jurisdicionado é preciso reconhecer um fato bastante simples: o direito deve ser o mesmo para todos, salvo em casos especiais que, na prática, se revelam como diferentes. (...) Agora, no Brasil, essa realidade começa a se aproximar, tendo em vista as alterações empreendidas pelo novo Código de Processo Civil no que diz respeito à previsibilidade e à segurança jurídica”.

No prefácio da primeira edição da magnífica obra *Precedentes obrigatórios*, um indispensável roteiro para mergulhar no assunto, o nosso eminente confrade, Professor LUIZ GUILHERME MARINONI, observa que: “A segurança jurídica, romanticamente desejada na tradição do civil law pela estrita aplicação da lei, não mais pode dispensar o sistema de precedentes, há muito estabelecido no common law, onde a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca deixou de ser percebida e, por isso mesmo, fez surgir o princípio de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo” (p. 13) Mas, conforme adverte o mesmo autor, não é possível considerar que toda decisão judicial é um precedente. Tais manifestações do Direito não se confundem. Só há sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados.

O nosso sistema judiciário já está se encaminhando para o reconhecimento e aplicação dos precedentes. Com efeito, desde 1964 passaram a vigorar, por iniciativa de uma comissão formada no Supremo Tribunal Federal pelos ministros GONÇALVES DE OLIVEIRA, PEDRO CHAVES e VICTOR NUNES LEAL, Ministros do Supremo Tribunal Federal os primeiros enunciados da súmula de jurisprudência dominante. Aquela extraordinária iniciativa prosperou para os demais tribunais que a adotarem em seus Regimentos Internos. A grande evolução surgiu com a instituição da Súmula de Efeito Vinculante, criada pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004 e com eficácia relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

O Código de Processo Civil contém disposições para dotar o ordenamento da indispensável segurança jurídica a exemplo do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976) e outros mecanismos com destaque para a regra do art.926 que dispõe: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável íntegra e coerente.” Outro dispositivo (927) acentua que os juízes e os tribunais têm o dever de observar as decisões do

Supremo Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses que especifica; os enunciados de súmula vinculante e outros indicativos de estabilidade dos julgados.

Invoco nesta passagem a escorregadia lição do professor universitário e político português, MÁRIO BIGOTE CHORÃO acentuando que um Estado de Direito meramente formal e uma democracia meramente puramente técnica, desvinculados do respeito da justiça natural, mostram-se incapazes de garantir a segurança das pessoas no que respeita ao núcleo essencial e intangível dos direitos e deveres fundamentais reclamados pela dignidade humana”.

Encerro estas palavras de boas-vindas aos novos acadêmicos propondo-lhes uma reflexão acerca da proliferação de monografias, dissertações, teses, cursos e manuais que revelam a mediocridade e a audácia editoriais. A falta de originalidade e de critérios científicos e técnicos de pesquisa e redação, além de outros fatores, são responsáveis pelo fenômeno massivo e dispersivo da informação que provoca o movimento ciclópico de títulos tais como um mercado persa, que cobrem fileiras desordenadas nas estantes e mesas gigantes durante a realização dos mais diversos eventos acadêmicos e profissionais. Outro aspecto revelador da penúria intelectual é o emprego exaustivo das fórmulas conceituais repetitivas e sem conexão com a realidade dos fatos em que devem se subsumir. Chama a atenção a subserviência de inúmeros autores ao fetichismo do Direito abstrato, concebendo as normas legais como proclamações otimistas e encarando o homem, o mundo e a vida com as lentes de Pangloss. A editoração desordenada e habitualmente inepta de inúmeras publicações que chegam ao mercado é um dos gravíssimos males do ensino superior em face do gigantesco número de cursos jurídicos em nosso país.

A propósito, o imortal filósofo e humanista, BOBBIO em sua brilhante Prefazione ao excepcional livro Direito e razão, de FERRAJOLI -que estabelece as linhas mestras de uma Teoria do Garantismo Penal - observa muito bem que o jurista não pode ser “un freddo e distaccato commentatore delle leggi vigente”.

Esse é um dos assuntos do maior relevo para que a nossa Academia possa e deva sobre ele meditar e emitir opinião com a indispensável colaboração dos novos. Porque a dispersão e a incompetência intelectual do escritor e do legislador são também fenômenos que comprometem a segurança jurídica.

Sejam todos muito bem vindos