

Seminário: “Independência e Ativismo Judicial: Desafios Atuais”

Painel: O conceito de independência do juiz

4/12/2017

Saudações.

Recebi com satisfação o convite dos Coordenadores Científicos deste evento, Ministro **Luís Felipe Salomão**, do STJ, e Conselheiro **Henrique Ávila**, do CNJ, para participar deste **Seminário: “Independência e Ativismo Judicial: Desafios Atuais”**, em especial deste Painel em que debateremos **“O conceito de independência do juiz”**, juntamente com a Ministra da Advocacia-Geral da União **Grace Mendonça**, e o jornalista **Fernando Rodrigues**.

O debate acerca do papel do Poder Judiciário é de extrema relevância nesta época em que a sociedade passa por verdadeiras revoluções no campo social, político e econômico. Valores que até recentemente eram amplamente aceitos passam a ser rejeitados, dando lugar a novos paradigmas, novos modelos de pensar e de agir, que, na maior parte das vezes, não encontram disciplinamento no nosso ordenamento jurídico.

Foi Montesquieu, em seu célebre “O espírito das leis”, publicado em 1748, que deu forma à tradicional separação dos Poderes do Estado no constitucionalismo ocidental, preconizando a ideia de três poderes harmônicos e independentes entre si, sendo eles o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

É clássica a doutrina que diz que ao Poder Legislativo cabe editar as leis, ao Poder Executivo cabe a Administração, e ao Judiciário a aplicação das leis.

No que interessa ao nosso debate, vale dizer que Montesquieu reservava aos juízes o papel de aplicadores das leis, ou seja, em sua visão, a margem de ação dos magistrados era limitada pela lei, pelo que era permitido ou vedado.

Com o passar do tempo, viu-se que essa visão estanque, de separação extremada das funções estatais, não era possível de ser posta em prática, e começou-se a admitir certas temperanças na atuação dos poderes do estado.

Na nossa Constituição Federal, está prevista a separação dos Poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, que são independentes e harmônicos entre si. E é também na Constituição que está previsto o princípio da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual não se pode excluir da apreciação do poder judiciário qualquer lesão ou ameaça ao direito.

Quando um juiz assume o seu cargo, após aprovação em concurso público em que são testados os seus conhecimentos jurídicos, ele promete solenemente cumprir a Constituição e as leis. Mas nem sempre existem leis disciplinando todos os aspectos da vida em sociedade, razão pela qual aos juízes é permitido julgar por analogia, com base nos princípios gerais do Direito e na própria Constituição Federal.

Daí decorre o que chamamos de independência do juiz. Note-se que tal independência não faculta ao juiz julgar de acordo com o seu exclusivo pensamento sobre determinada situação, segundo suas convicções pessoais. É a independência para dar solução às demandas sociais, com amparo no ordenamento jurídico, mesmo nos casos de inexistência ou lacunas das leis.

É exatamente das lacunas, da inexistência das leis, ou da interpretação extensiva das normas vigentes, que se abre espaço para o ativismo judicial, ou seja, para as decisões judiciais em que o Poder Judiciário desborda de sua função precípua de “aplicador” das leis, para dar soluções jurídicas para casos concretos que não se encontram claramente disciplinados nas leis que fazem parte do ordenamento jurídico.

O que podemos constatar diariamente é que os fatos da vida atropelam as leis vigentes. E isso é natural. A sociedade humana é uma consensual, estruturada segundo os conceitos e valores que determinados grupos de pessoas aceitam e praticam. Quando os valores são superados, quando surgem novos comportamentos sociais, não existem leis que digam o que é aceito e o que não é tolerado, ou seja, não existem leis que assegurem direitos e deveres.

Até bem pouco tempo atrás, se uma pessoa precisava se locomover nas grandes cidades, podia ir a pé, de bicicleta, carro particular, ou usando os meios tradicionais de transportes públicos, como táxis, ônibus e trens.

Até que alguém desenvolveu um aplicativo para celular – dois avanços tecnológicos recentes (celulares e aplicativos) – e permitiu que um proprietário de carro particular ofereça serviço de transporte, de forma remunerada, a qualquer pessoa que com ele se conecte por meio do referido aplicativo.

E agora? Não existem leis que digam se tal forma de transporte é possível, quais os direitos e deveres dos condutores e dos passageiros, se incidem tributos sobre tal atividade etc. etc.

A maior das revoluções que estamos assistindo é no campo da sexualidade. Até bem pouco tempo atrás, o padrão aceito em nossa sociedade era do homem e da mulher. Quando casavam, constituíam família, tinham filhos, geravam descendentes. A família constituída por homem e mulher está prevista em nossa Constituição Federal, que expressamente prevê que a família é a “base da sociedade” e tem “especial proteção do Estado”, que reconhece a “união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”.

Ora, todos nós sabemos que hoje as famílias não são formadas apenas por “homem e mulher”. Os homossexuais, que durante muitos anos foram marginalizados, que muitas vezes eram considerados pelas leis vigentes como criminosos, começaram a ser aceitos pela sociedade. E começaram a viver juntos,

como casais. E começaram a gerar os próprios filhos ou a adotá-los. São fatos sociais que se impõem, quer aceitemos ou não.

Acontece que a legislação sempre tratou de estabelecer direitos e deveres apenas a casais e famílias constituídos por homens e mulheres. Não existem direitos e deveres claramente estabelecidos para casais homossexuais no que diz respeito aos direitos sucessórios, às questões previdenciárias e tantas outras comuns a todos os casais e famílias.

Outra questão que ultimamente tem surgido diz respeito ao **direito à saúde**, previsto em nossa Constituição como direito fundamental.

No caso, me refiro aos medicamentos de alto custo, assim definidos pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA como passíveis de serem distribuídos gratuitamente à população pelo Sistema Único de Saúde – SUS, em especial às pessoas acometidas de doenças graves, como doenças cardíacas, câncer e outras moléstias cujo tratamento acarreta um pesado custo financeiro, que poucas pessoas têm condições de arcar em nosso país.

Acontece que, diariamente, surgem novos medicamentos para as mais diversas doenças, que não constam do rol de medicamentos do SUS para serem disponibilizados à população, os quais somente entram nas relações do Ministério da Saúde e da ANVISA após testes laboratoriais que às vezes demoram anos para serem concluídos.

Ora, as pessoas que estão doentes, muitas vezes às portas da morte, veem nos novos medicamentos a única possibilidade de cura, e, como os medicamentos são caros, dependem do poder público para a sua obtenção.

A pergunta que se faz é: diante das situações sociais que lhe são trazidas, o Poder Judiciário pode se negar a prestar a jurisdição? Pode se negar a dizer o Direito? Qual o limite de atuação do Poder Judiciário perante a omissão ou a lacuna de atuação dos poderes executivo e legislativo?

Em minha opinião, o Judiciário não pode se omitir. É o que a sociedade espera dele: uma solução para os conflitos sociais. Cabe lembrar que o Judiciário somente atua se for provocado, ou seja, são os cidadãos inconformados que recorrem ao judiciário como uma instância em que podem obter os bens da vida, os direitos que estão sendo sonegados pela inexistência de normas claras no ordenamento jurídico vigente.

Nesse momento é que o juiz deve exercer a sua independência, julgando os casos concretos e oferecendo a solução para as demandas que lhe são postas. É óbvio que os juízes têm limites em sua atuação, e este limite ele encontra na própria Constituição Federal e nos princípios gerais do nosso ordenamento jurídico.

O que não é possível aceitar é que as demandas da sociedade fiquem sem solução. Não é possível esperar que somente após um longo processo legislativo ou após os infindáveis trâmites burocráticos inerentes ao poder executivo uma pessoa ou um grupo de pessoas possa pleitear direitos que julgam inerentes à sua própria condição de cidadãos modernos.

Outra situação em que se fala de ativismo judicial é quando um juiz faz uma interpretação extensiva das leis vigentes.

Como exemplo, cito o caso de um recurso do qual fui relator no STJ, em que o INSS pleiteou o ressarcimento dos gastos que tinha com o pagamento de pensões instituídas por mulheres que foram assassinadas por seus maridos ou companheiros (REsp 1.431.150/RS, Segunda Turma, julgado em 23/8/2016, DJe 2/2/2017).

Explico: um homem mata sua companheira, que é contribuinte do INSS. Os dependentes dessa mulher jazem jus ao recebimento da pensão por ela instituída, que lhes passa a ser regularmente paga pelo INSS. Ocorre que a autarquia previdenciária pretendia obter o ressarcimento dos valores que pagava a título de pensão, cobrando do assassino, em ação regressiva previdenciária, por violência contra a mulher, o valor que despendia com o pagamento das pensões, em analogia com o disposto nos

arts. 120 e 121 da Lei n. 8.213/91, que lhe autoriza pleitear o ressarcimento dos benefícios pagos em decorrência de acidente do trabalho.

Notem que não havia lei expressa determinando a possibilidade de ressarcimento, mas a Segunda Turma, em uma interpretação extensiva da legislação, permitiu ao INSS obter o ressarcimento dos valores que despendia com o pagamento das pensões das mulheres assassinadas, por considerar que o agente que praticou o ato ilícito do qual resultou a morte do segurado deve ressarcir as despesas com o pagamento do benefício previdenciário, mesmo que não se trate de acidente de trabalho, nos termos dos arts. 120 e 121 da Lei nº 8.213/91, c/c os arts. 186 e 927 do Código Civil.

Voltando aos exemplos que mencionei anteriormente, não é possível que o direito à locomoção, os direitos inerentes às novas famílias que se formam, o direito à saúde, fiquem desamparados pela falta de normas.

É preciso que o Poder Judiciário atue, sempre que provocado, para estabelecer os limites da atuação estatal e das pessoas naturais em decorrência das novas tecnologias, dos novos pensamentos, dos novos valores que permeiam a sociedade e que não estão ainda formalmente disciplinados pelos demais poderes.

Não podemos perder de vista que esta atuação do Poder Judiciário, este ativismo como se costuma falar, não busca o protagonismo; os juízes não querem se sobrepôr, não querem invadir a esfera de atuação dos demais poderes. Os magistrados somente atuam quando são chamados e aplicam o direito às novas situações sociais ainda não disciplinadas pelos poderes originariamente competentes para fazê-lo, em estrito cumprimento ao seu juramento à Constituição, de recompor a harmonia no seio da sociedade.

Assim, em minha opinião, o ativismo judiciário, antes de ser uma intromissão nas atividades dos demais poderes, ressalta exatamente o papel do Poder Judiciário como de equilíbrio entre os demais poderes do Estado, sempre com vistas a

atender à população, de quem emana todo o poder, e em benefício de quem deve ser direcionada a atuação estatal.

Finalizando minha participação, parabenizo mais uma vez os organizadores deste evento, Ministro **Luís Felipe Salomão**, do STJ, e Conselheiro **Henrique Ávila**, do CNJ, bem como os meus companheiros de debate neste painel, Ministra da Advocacia-Geral da União **Grace Mendonça**, e o jornalista **Fernando Rodrigues**, pelas discussões aqui travadas, que, certamente, servem para desmistificar o propalado ativismo do Poder Judiciário.

Deus nos ilumine e ao Poder Judiciário, guardião das esperanças do povo brasileiro!

Muito obrigado!