

DIREITO & JUSTIÇA

STJ E ATIVISMO JUDICIAL

O colendo Superior Tribunal de Justiça recentemente fixou a tese destacada no Tema 988, em sede de recurso repetitivo, assim descrita: "O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação". Cediço, compete ao STJ interpretar a lei federal, nos termos do art. 105, III, letra "c" da Constituição Federal. A meu entender, não simplesmente deu interpretação à lei federal como lhe compete constitucionalmente, mas legislou, praticando notoriamente o denominado ativismo judicial, em outras palavras, exerceu atividade típica do legislador.

Como se vê, ao assim decidir inseriu indiretamente mais um inciso no artigo 1.015 do novo Código de Processo Civil, não previsto pelo legislador. Ora, não se pode interpretar lei federal para, na via jurisprudencial, criar lei em sentido estrito. Nosso sistema é positivista.

Como um dos membros da comissão de juristas nomeada pelo Senado, presidida pelo ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, ao elaborarmos o texto base ao Congresso Nacional, que o adotou, posso afirmar, como "legislador originário", que referido dispositivo legal é taxativo e não permite mitigação. O rol taxativo, também chamado de rol exaustivo, estabelece uma lista determinada, não dando margem a interpretações extensivas. E é extenso, cabendo das decisões não cobertas pelo AGI serem suscitadas em preliminar de apelação, pelo que não ocorre a preclusão (§1º do art. 1.009). A tese adotada, em verdade, deveria apenas ser motivo para enviar aos poderes constituídos como proposta de anteprojeto de lei, jamais como decisão judicial a ser adotada pelos Tribunais Federais, Estaduais e do Distrito Federal.

Não há lacuna jurídica por omissão, por isto, mesmo que relevantes os motivos para que o STJ pratique o ato, enquanto não aprovada lei no sentido material e formal, eventuais decisões judiciais que, em tese, gerem lesão ao jurisdicionado, como estabelecido no enunciado: "inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação", e que não comportem o agravo de instrumento e se inserirem nesta tese adotada pelo STJ,



JANSEN FIALHO DE ALMEIDA

» Juiz do TJDF e membro da Comissão de Juristas que elaborou o novo CPC

podem ser combatidos na via do mandado de segurança ou da reclamação. Portanto, existe remédio jurídico vigente para que tais situações sejam amparadas.

Destaque-se, ainda, segundo prescreve o NCPC, a apelação devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada, mesmo que não solucionadas pelo juízo "a quo" (art. 1013 e §§1º, 2º e 3º). Cumpre insistir que os casos de cabimento de Agravo de Instrumento, ao reverso do que descrito na tese aprovada pelo STJ, é de taxatividade restrita e não mitigada, bastando a leitura extensa dos incisos previstos no art. 1.015 e parágrafo único, dando ênfase ao inciso XIII, o qual dispõe seu cabimento a "outros casos previstos expressamente em lei". Repito: expressamente em lei. Jurisprudência é fonte de direito, mas não é lei.

Denote-se que os casos em que vem se

admitindo a aplicação do ativismo judicial, mesmo que rechaçada pela maioria dos operadores do direito, se aplica para a concretização de direitos fundamentais e excepcionalmente, somente quando há notória omissão legislativa no tema. No caso presente isso não se apresenta porque o legislador explicitou expressamente os casos de cabimento do AGI, levando as demais questões a serem apreciadas em preliminar de apelação, como predito. Não há omissão alguma. E esta opção legislativa se perze em razão da multiplicidade de recursos de agravo que sobrevinham aos processos, travando os seus julgamentos de mérito no primeiro grau, onde as partes recorriam de tudo, inviabilizando a célere e razoável duração do processo, elevada a garantia fundamental (art. 5º, LXXVIII, CF).

Para mais, a tese aprovada cria uma nova opção de interposição de agravo com critério de análise do julgador tipicamente subjetivo, ou seja, o que significa objetivamente a expressão "inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação"? Os Tribunais de 2ª instân-

cia ficarão abarrotados de postulações na via do agravo de instrumento com base nesse subjetivismo adotado na referida tese. Daí sairão inúmeras novas teses jurídicas do cabimento, tumultuando ainda mais os Tribunais com os infundáveis recursos que certamente advirão. Chegaremos ao ponto do col. STJ ter de fixar novas teses sobre esta tese, elencando os casos de cabimento, de tão aberta e subjetiva análise. Continuará legislando.

Em conclusão, o Poder Judiciário, ao criar por via reflexa dispositivo de lei de competência privativa da União (art. 22, I, CF), lei federal acerca de direito processual civil, com decisão de efeito notoriamente vinculante - porquanto obriga os juízes e tribunais a adotá-las -, pratica notoriamente ativismo judicial. Fere o princípio da Separação dos Poderes, insculpido no art. 2º da Carta Magna, viabilizando arguição de descumprimento de preceito fundamental (§1º do art. 102) junto ao Supremo Tribunal Federal, nos moldes do art. 1º e seguintes da Lei nº 9.882/99, regulamentadora do procedimento a ser adotado.

Direito Processual Civil