

# O poder do Juiz e a segurança jurídica

## *Entrevista com*

### **Marco Antonio Marques da Silva**

Mestre, Doutor, Livre-Docente e Professor-Associado em Direito Processual Penal da PUC/SP; Juiz de Direito Titular da 3ª Vara Criminal Central da Capital; Diretor-Adjunto da Escola Nacional da Magistratura; Diretor Cultural e de Eventos da Academia Paulista de Magistrados.

**PRISMA JURÍDICO** – No Brasil, o equilíbrio e a independência dos três Poderes são efetivos ?

**MARQUES DA SILVA** – Não há como aceitar o modelo de Estado Democrático de Direito sem acatar o equilíbrio e a independência dos Poderes constituídos da República Federativa do Brasil. É certo, contudo, que não podemos nos afastar da reconhecida inter-relação que a própria Constituição Federal proporciona quando do reconhecimento estrutural dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Existe a previsão de julgamento dos integrantes destes órgãos, em suas diferentes esferas federativas e de organização política, sempre por um Poder Judiciário independente, harmônico e imparcial. Há também a competência pela criação da legislação, inclusive constitucional, que representa os interesses e a expressão das necessidades do povo brasileiro, por meio de um Poder Legislativo e de um Poder Executivo, este o centralizador da administração das políticas públicas e da execução das tarefas do Estado. No sistema brasileiro, existe a possibilidade de funções não típicas de cada um dos poderes, como a edição de medidas provisórias pelo Executivo, a criação de Comissões Parlamentares de Inquérito pelo Legislativo, ou ainda a autonomia financeira e administrativa do Judiciário, sem que haja quebra da autonomia ou interferência de um na esfera do outro.

**PRISMA JURÍDICO** – Até que ponto fatores psicológicos e ideológicos podem influenciar o juiz no ato decisório?

**MARQUES DA SILVA** – O juiz não pode afastar-se de suas posições sociais e de suas experiências de vida na hora de decidir. A sua essência como julgador é ponderar, de forma racional e imparcial, como a sociedade aceita os fatos em análise, encontrando nas leis a solução mais justa para aquele caso em questão.

**PRISMA JURÍDICO** – A manipulação das palavras e as técnicas de argumentação são capazes de justificar qualquer sentença judicial?

**MARQUES DA SILVA** – A arte da retórica sempre foi essência do Direito – não há justiça sem convencimento. Mas, simplesmente escolher palavras adequadas, em uma técnica apurada de discutir o Direito e sua aplicação ao caso concreto, não é suficiente para satisfazer preceitos de justiça social. Só existe justificativa para uma sentença judicial, quando esta alcança os reclamos de uma solução adequada e justa para a questão levada ao Judiciário. Não existem argumentos, técnicas de linguagem ou mesmo mágicas capazes de justificar uma decisão que não faz justiça à prestação jurisdicional necessária.

**PRISMA JURÍDICO** – Ao ser concedida uma medida liminar, em seguida cassada por instância superior, e depois renovada por uma terceira instância, pode-se afirmar que o Poder Judiciário Brasileiro não oferece a segurança jurídica necessária para a estabilidade social?

**MARQUES DA SILVA** – A sociedade brasileira é composta de inúmeras realidades sociais; não existe uma fórmula única para a solução do conflito. O problema não está na ausência de uniformidade nas decisões de todas as instâncias. Aliás, se assim o fosse, de nada nos serviria o livre convencimento do juízo. Sob os olhos de cada julgador poderemos, com toda a certeza, encontrar uma visão única, individual, ainda que com mínimas diferenças

umas das outras. Assim, a insegurança jurídica não pode ser afastada, mas sua causa não está no convencimento pessoal de cada juízo, de acordo com sua análise do caso concreto, mas na possibilidade de inúmeras vezes o Poder Judiciário ser questionado a respeito da necessidade de uma única e uniforme decisão sobre determinada matéria. A possibilidade de contínuos reexames da mesma matéria, a princípio parecendo salutar, pode criar insegurança muito maior na prestação jurisdicional.

**PRISMA JURÍDICO** – Em termos de segurança jurídica, o juiz tem legitimidade para não aplicar uma norma considerada injusta, ou deve limitar-se a ser um ‘escravo da lei’?

**MARQUES DA SILVA** – A força da expressão ‘escravo da lei’ por si só indica uma consciência positivista em nossos julgamentos. A lei não foi idealizada para cada caso concreto; sua função está muito mais para orientadora do que para vinculadora. Reservar ao juízo a responsabilidade de levar o Direito ao caso concreto é reconhecer a necessidade de uma decisão individuada para cada crise estabelecida. Não há possibilidade de afastar o juízo do binômio lei-justiça, mas também não se pode transformá-lo em simples sancionador ou executor de normas. Ao juízo cabe a aplicação do justo e do adequado. Ainda que na legislação não se encontre solução adequada para determinada questão, ao juiz caberá a prestação da justiça. A segurança jurídica está na aplicação da justiça e não na aplicação da lei.

**PRISMA JURÍDICO** – Admitindo-se o caráter criativo dos atos de interpretação e aplicação da norma pelo juiz, o Direito deslizaria pelo terreno da arbitrariedade?

**MARQUES DA SILVA** – O juiz deve ser um árbitro sem ser arbitrário. Não deve haver receio em definir um posicionamento mais adequado e justo para um caso concreto. Solucionar os problemas é arbitrar, mediar, agir de acordo com o livre convencimento – esta é a função do juiz. Não há julgamento sem o

livre arbítrio e o livre convencimento, mas a motivação justa e legal é que legitima a decisão do juiz, sem o que não existe prestação jurisdicional adequada. Assim, a interpretação e a aplicação da norma passam, antes de mais nada, por um juízo de valor próprio do magistrado e que, em última instância, merecerá uma reavaliação na hipótese de não atender aos reclamos sociais para o conflito ou, ainda, se não for definida como adequada e justa.

**PRISMA JURÍDICO** – É possível conciliar a subjetividade do ato decisório judicial com a pretensão de segurança jurídica ?

**MARQUES DA SILVA** – Evidentemente que um dos objetivos da prestação jurisdicional deve ser alcançar a segurança jurídica. Não podemos aceitar que o ato decisório, naturalmente ligado ao entendimento pessoal, pautado na norma e nos elementos informadores da justiça, deixe de indicar um caráter vinculatório e, em algumas hipóteses, sancionador, que proporcione estabilidade às relações jurídico-sociais estabelecidas. A subjetividade na promoção da prestação jurisdicional importa, necessariamente, adequar a norma ao caso concreto, de acordo com os elementos de fato e de direito que levaram o juízo, em um exercício de seu livre convencimento, a proclamar uma decisão que considera justa e apropriada. Isto é segurança jurídica.

**PRISMA JURÍDICO** – O Poder Judiciário é simplesmente um instrumento de controle social ou teria uma vocação transformadora da sociedade?

**MARQUES DA SILVA** – Ser um instrumento de controle social é ter uma vocação transformadora da sociedade; atender às expectativas sociais de tempo e espaço é também transformar a sociedade. O Poder Judiciário, necessariamente, atua como integrante ativo da máquina impulsionadora do pensamento social. O entendimento jurídico de matérias que interferem nos direitos e obrigações do cidadão, a ampliação e a restrição destes direitos, as novas teorias de interpretação da norma e sua função social, tudo isso e muito mais

revelam que o Poder Judiciário deixou de ser considerado como apenas mais um dos integrantes do Estado de Direito. O Poder Judiciário desempenha papel relevante como orientador social e impulsor da evolução do ser humano na vida em comunidade.

**PRISMA JURÍDICO** – Se num Estado Democrático de Direito, todo o Poder emana do povo, seria viável no Brasil a eleição direta dos magistrados, tal como ocorre nos EUA ?

**MARQUES DA SILVA** – Primeiramente, existe um equívoco quando analisamos o sistema de indicação de juizes nos Estados Unidos. Na verdade, os juizes norte-americanos são selecionados de diversas maneiras: a mais comum é a indicação no âmbito estadual pelo Governador e, no federal, obrigatoriamente, pelo Presidente. Após assumir suas funções (de acordo com o Estado da Federação termos um mandato indicado em anos), o juiz estadual sujeita-se a um plebiscito, em que a sua manutenção por um outro período, ou de forma definitiva, pode ser acolhida. Caso isso não ocorra, o Governador ou a Assembléia Legislativa (ou órgão correspondente) deverá indicar outro magistrado para ocupar a vaga. Aliás, os juizes são, em regra, filiados ao partido político a que pertence o Chefe do Executivo, o que equivale a dizer que suas indicações são eminentemente políticas, atendidos os critérios mínimos exigidos para a função. Sabemos que um sistema como este, em um país de política e cultura diferentes, pode causar espanto. Todavia, dentro do sistema brasileiro, salvo melhor juízo, levando em conta as condições de estrutura, cultura, política e outras, parece-nos inviável, ao menos por ora.

**PRISMA JURÍDICO** – O controle externo do Poder Judiciário por órgãos independentes e entidades sociais representativas contribuiria para prover um nível de segurança jurídica aceitável pela sociedade?

**MARQUES DA SILVA** – Atualmente o controle interno no próprio Poder Judiciário, representado pela Corregedoria Geral de Justiça, tem demonstrado eficácia comprovada. A avaliação de desempenho

dos magistrados e dos funcionários do Poder Judiciário tem um acompanhamento assíduo e expressivo, com a aplicação de reprimendas sempre que houver necessidade. Isto quer dizer que não podemos falar em ausência de problemas, mas que estes problemas são acompanhados da seriedade necessária à sua solução, inclusive com a imposição de sanções aos infratores pelos atos cometidos. Ademais, importante frisar que, no tocante às verbas empregadas no uso da máquina judiciária e seus funcionários, o Tribunal de Contas do Estado desempenha um controle externo efetivo sobre as contas públicas deste Poder. Além disso, o Poder Judiciário, em nossa opinião, tem-se pautado na transparência e seriedade, tanto em suas decisões jurídicas quanto em suas decisões administrativas. Importante lembrar que um efetivo controle é feito pelas partes que se encontram nos processos, ou seja, pelos advogados, membros do Ministério Público e, sem dúvida alguma, pela sociedade em geral.

**PRISMA JURÍDICO** – A Lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais, criando as infrações penais de menor potencial ofensivo e introduzindo as figuras da transação penal, da suspensão condicional do processo e da composição civil, com reflexos na persecução penal, traduz um avanço do processo penal brasileiro (no contexto maior das alternativas penais) ou, ao revés, significa declaração de falência do sistema judiciário nacional?

**MARQUES DA SILVA** – Quando, em 27 de setembro de 1995, foi publicada a Lei 9.099, criando os Juizados Especiais Criminais e o instituto da Suspensão Condicional do Processo, alguns ‘arautos do apocalipse’ disseram que a criminalidade explodiria no Brasil; acreditamos que talvez o intuito tenha sido a normal resistência contra mudanças. Nos dias de hoje, as realizações alcançadas por esses novos institutos são inúmeras, seja no tocante à celeridade da prestação jurisdicional, seja nas respostas mais eficazes aos conflitos sociais. Tanto é verdade que foi editado um novo diploma legal, isto é, a Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2.001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais também no âmbito da

Justiça Federal. A adoção dos princípios da oportunidade regradada e da insignificância e o estudo das teorias da adequação social e da imputação objetiva têm permeado o dia-a-dia dos estudos jurídicos no Brasil. Podemos afirmar que a Lei nº 9.099/95 foi um passo importantíssimo em direção a uma modernização do sistema jurídico nacional.

**PRISMA JURÍDICO** – Nos Estados Unidos existem, hoje, aproximadamente 2.000.000 de pessoas presas, enquanto no Brasil esse número não chega a 300.000. Todavia, ao contrário do que seria imaginável, a Justiça daquele país continua mais célere que a nossa, e o sistema penitenciário norte-americano não se encontra caótico como o brasileiro. Perguntamos: quais as vantagens do sistema processual penal dos EUA em relação ao nosso ?

**MARQUES DA SILVA** – O que ocorre é que o sistema judiciário norte-americano dispõe de estruturas funcionais grandiosas; sua disponibilidade financeira é muito superior à nossa. Ademais, sua estrutura descentralizada, com sistemas judiciários estaduais independentes do sistema federal, a existência de crimes classificados como federais e crimes estaduais e a aplicação de penas mais severas para determinados delitos, inclusive de morte, em alguns Estados e não em outros, torna o sistema norte-americano muito diverso do nosso. Falar em vantagens nem sempre corresponde a falar de justiça. O sistema processual penal norte-americano dispõe de regras que permitem aos órgãos de acusação estatal abrir mão de acusações, inclusive de homicídios, em favor de prisões ‘mais importantes’ para a sociedade e para o Estado. Todas as demandas, inclusive as civis, têm garantido constitucionalmente a utilização de júri. A diversidade de organização não pára por aí. Juízos de verificação preliminar ou aceitação de causas, de acordo com uma análise prévia de provas, são regra no Judiciário norte-americano. A Suprema Corte dispõe de critérios subjetivos e da possibilidade de não aceitar a análise de determinadas matérias, apesar de existirem interesses sociais envolvidos. Assim, em princípio, podemos dizer que estabelecer as vantagens do sistema

processual penal norte-americano em relação ao nosso, antes de passar por uma necessária, imprescindível e profunda análise de todos os seus institutos, tem relação mais estreita com a questão do suporte estrutural e financeiro do que, realmente, com uma comparação que busque definir qual deles seria mais justo.

**PRISMA JURÍDICO** – Nos dias atuais assiste-se a uma verdadeira neurose coletiva engendrada pelas notícias, cada vez mais freqüentes, de crimes violentos. Como conseqüência, alguns pregam o endurecimento da repressão penal e a suspensão de algumas garantias processuais penais (em especial os recursos). O imperativo atual de segurança urbana pode cobrar como tributo uma ofensa ao devido processo legal, à semelhança do que a exigência de segurança nacional fez num passado não tão remoto? As alterações em marcha no Congresso Nacional caminham nessa direção?

**MARQUES DA SILVA** – Não existe posição política, jurídica ou social que possa ser acolhida como justificativa para qualquer tipo de violação de Direitos e Garantias constitucionalmente previstos. A consciência de nossos legisladores e a responsabilidade dos representantes do Poder Executivo e do Poder Judiciário não permitem que, a título de garantir a integridade das instituições, num discurso que parece muito com algumas manifestações de governos anteriores, sejam suprimidas garantias como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, em favor de uma suposta segurança pública. A questão da conscientização da população, que depende muito de políticas educacionais e culturais mais amplas, a respeito dos efeitos desastrosos que uma legislação violadora de direitos pode causar, principalmente sob a bandeira da busca de segurança pública para a população brasileira, necessita de apoio. A aventura da promoção de medidas ditatoriais e segregadoras de liberdade, como política adequada aos reclamos de segurança na sociedade, é defendida por inúmeros desconhecedores da verdadeira realidade jurídica do país. Alcançar o atual nível de consciência sobre os direitos do homem e do cidadão, no Estado Brasileiro, custou anos de obscuridade e batalhas memoráveis no campo da Justiça e da



Cidadania. O Congresso Nacional assume a função de representante dos interesses sociais, mas sua capacidade de adequar reclamos de segurança pública, direitos e garantias individuais e eficácia das leis sempre será testada por pregações ideológicas imediatistas e comprometedoras do Estado Democrático de Direito. Assim, cabe ao povo eleitor, culto e preparado, sustentar alterações pautadas na justiça e na legalidade, e exigir, de forma legítima, soluções constitucionais viáveis para o problema da segurança pública.

**PRISMA JURÍDICO** – Quotidianamente os veículos de comunicação estampam em suas telas e manchetes pessoas que sequer tiveram suas condutas apreciadas pelo Poder Judiciário. A chamada ‘Lei da Mordaça’ recebeu prontas críticas de vários segmentos da sociedade. Indagamos: seria possível conciliar-se a liberdade de expressão e informação com o direito à intimidade e à imagem de uma pessoa acusada de crime?

**MARQUES DA SILVA** – Sabemos de inúmeros casos em que a condenação pública ocorreu muito antes do processo judicial. Ocorrências desse porte infelizmente não causam mais espanto a uma população acostumada a entrevistas de representantes de alguns segmentos dos poderes públicos, promovendo diligências e levando à mídia informações desencontradas e sem fundamentos jurídicos sobre uma determinada pessoa em investigação. A responsabilização pelas manifestações públicas a respeito de delitos, seus suspeitos ou investigados, e das autoridades envolvidas exige uma cobrança da sociedade, na mesma medida em que esta exige segurança jurídica. A liberdade de informação e expressão deve sempre ser exercida com responsabilidade, ponderação e, acima de tudo, nos limites da legalidade. Sabemos quais são as conseqüências sociais de um indiciamento, de uma absolvição, de um simples inquérito arquivado, para a vida em sociedade: empregos perdidos, concursos obstados, oportunidades desperdiçadas pela submissão a um procedimento legal, ordinário e legítimo, mas às vezes desnecessário. Além disso, temos na mídia a exposição pública de pessoas envolvidas com algum delito. Os limites da liberdade de

informação são os da preservação da intimidade e da imagem do ser humano. A dignidade da pessoa humana, inerente a todo e qualquer cidadão, merece ser garantida. Sua violação deve ser punida, e sua desconsideração, banida.

**PRISMA JURÍDICO** – Nos últimos tempos vimos assistindo a uma crescente atividade investigatória por parte do Ministério Público e das Comissões Parlamentares de Inquérito, sem que, em contrapartida, tenham sido dilatados os mecanismos da defesa nessa fase antijudicial. A devida investigação legal é, necessariamente, pressuposto do devido processo legal subsequente ou inexistente tal vinculação?

**MARQUES DA SILVA** – Não podemos garantir, de forma absoluta, os mesmos princípios que orientam e tutelam o processo penal, durante a investigação criminal. A atividade investigatória, por sua própria natureza inquisitiva, visando apurar elementos suficientes que possibilitem a instauração do devido processo legal, exige o cumprimento de formalidades legalmente previstas. A violação de qualquer uma destas formalidades necessariamente deve ser considerada como falta sujeita à apuração de responsabilidade que pode, inclusive, comprometer o próprio procedimento investigatório. Acolher a devida investigação legal como pressuposto necessário do devido processo legal é, antes de mais nada, reconhecer que os direitos e garantias do cidadão, durante a investigação criminal, devem ser respeitados e preservados, bem como reconhecer que, apesar disso, não existe vinculação objetiva do processo penal com o trabalho investigativo, sob pena de comprometer o livre convencimento do magistrado. O que realmente existe é uma exigência da própria natureza da matéria probatória de que, nesta fase investigatória de colheita de elementos suficientes a proporcionar a persecução penal, a prova seja obtida dentro dos limites da legalidade e legitimidade, sob o risco de comprometer sua apreciação e conseqüente aceitação, como forma de segurança jurídica da sociedade, da aplicação dos princípios do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência.