

Terceira sessão

O judiciário na atual estrutura constitucional

Maria Tereza Sadek (org.)

SciELO Books / SciELO Livros / SciELO Libros

SADEK, MT., org. *O judiciário em debate* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. O judiciário na atual estrutura constitucional. pp. 80-109. ISBN: 978-85-7982-034-2. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>.



All the contents of this chapter, except where otherwise noted, is licensed under a Creative Commons Attribution-Non Commercial-ShareAlike 3.0 Unported.

Todo o conteúdo deste capítulo, exceto quando houver ressalva, é publicado sob a licença Creative Commons Atribuição - Uso Não Comercial - Partilha nos Mesmos Termos 3.0 Não adaptada.

Todo el contenido de este capítulo, excepto donde se indique lo contrario, está bajo licencia de la licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 3.0 Unported.

TERCEIRA SESSÃO

O Judiciário na atual estrutura constitucional

Moderador: Bolívar Lamounier
Expositores: Cláudio Lacombe
Mário Brockmann Machado
Plínio de Arruda Sampaio

Bolívar Lamounier

Iniciamos agora a discussão do último tema deste seminário, que é a posição do Judiciário na presente estrutura constitucional. Participarão desta sessão: o advogado Claudio Lacombe, o cientista político Mário Machado e o Dr. Plínio de Arruda Sampaio, ex-deputado federal. Peço ao Dr. Cláudio Lacombe que faça a sua exposição.

Cláudio Lacombe

O tema é a posição atual do Poder Judiciário na estrutura constitucional e as relações entre o Poder Judiciário e os outros poderes. Parafraseando o meu querido e saudoso amigo Otto Lara Rezende, posso dizer que o Judiciário está aonde sempre esteve: continua como titular do poder jurisdicional, o poder de jurisdicção, de dizer o Direito, de aplicar as leis. Dizia o Marquês de São Vicente que “forma o direito particular, a ordem civil que regula e compõe os interesses dos indivíduos entre si, na qualidade de particulares, e é o protetor dos direitos e interesses individuais da liberdade, da propriedade, da honra, da vida e de tudo que é caro aos homens como homens.” A República ampliou esse poder extraordinariamente. A Constituição de 1891, inspirada na americana, atribuiu ao Judiciário uma prerrogativa de natureza eminentemente política, qual seja, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos do governo. Investiu, portanto, o poder Judiciário no papel de árbitro na distribuição e equilíbrio dos poderes entre o Legislativo e o Executivo, bem como entre a União e os estados, e continuou como protetor da liberdade e dos direitos individuais e sociais assegurados pela Constituição. Essa função compete a todos os juizes, de modo geral, porque adotamos ainda no Brasil o controle concentrado e o controle difuso da constitucionalidade das leis. Mas o Supremo Tribunal Federal é a cúpula desse sistema, a que incumbe exercer o controle abstrato sobre a constitucionalidade das leis. E como é ele o titular da competência originária para julgar mandados de

segurança, de injunção e habeas corpus contra atos ou omissões do presidente da República e do Congresso Nacional, creio que é sobre ele que deve se concentrar a atenção de quem vai examinar o tema ora em debate.

As funções políticas dos tribunais de justiça estaduais são insignificantes. O controle abstrato das constituições estaduais e das leis estaduais é exercido diretamente pelo Supremo Tribunal. E como a competência legislativa estadual é muito reduzida, é raro que os tribunais de justiça tenham que exercer qualquer função de natureza política. Cabe-lhes apenas declarar, no exercício desse poder de controle concentrado, a inconstitucionalidade das leis municipais. A anulação dos atos dos governadores e secretários de Estado em mandados de segurança e “habeas corpus” não tem sido fonte de atrito com o Poder Executivo, porque o descumprimento da decisão pode sujeitar o Estado à intervenção federal, com o desprestígio do Executivo estadual. E na cúpula, no plano federal, portanto, que surgem os problemas quando o STF, no exercício de suas atribuições políticas – declarar a inconstitucionalidade das leis e dos atos dos outros dois poderes ou a ilegalidade desses atos – decreta a invalidade das leis e dos atos, frustrando a Como é fácil perceber, questões como essas têm um indisfarçável conteúdo político, envolvem valores e opções essencialmente políticas, são geradas por atritos inevitáveis provocados por confrontos de ideias, por choques de interesses, por razões de oportunismo, enfim, tudo o que há de conflito e que permeia o tecido das relações sociais submetidas ao ordenamento jurídico.

No Estado de Direito, esses antagonismos devem ser arbitrados pelos tribunais. Até hoje não se encontrou sistema melhor. Citando agora o ex-ministro Aliomar Baleeiro, “o Supremo Tribunal tem por missão precípua fazer prevalecer a filosofia política da Constituição sobre todos os desvios em que o Congresso, o presidente da República, estados e municípios e particulares se tresmalhem, quer por leis sancionadas, quer pela execução delas ou pelos atos naquela área indefinida de discricionarismo facultado, dentro de certos limites, àqueles poderes”. Não há um traçado claro e inconfundível dos limites deste discricionarismo, quer contra o legislador, quer contra o executor das leis. Há uma “terra de ninguém”, aí na faixa fronteira. Teoricamente, os limites estão na Constituição, mas esta nem sempre é clara. Então, cumpre ao Poder Judiciário interpretá-la para renovar, por exemplo, o alcance de dispositivos que pareçam envelhecidos, ou conservar aqueles que se deve manter estáticos segundo o espírito da Constituição, tal como interpretada pelo Tribunal.

O Tribunal funciona assim: ora como freio, ora como acelerador. Tudo isso é político. Como dizia um juiz da Corte Suprema americana, Robert Jackson, “toda decisão que declara como o povo deve viver ou que atinja suas instituições tem sentido político”. O Supremo Tribunal é, portanto, a expressão máxima de um poder político e assim, fatalmente, com os exemplos que relacionei, acaba por entrar em conflito com os outros dois poderes, conflitos de maior ou menor gravidade. Toda relação entre poderes políticos é tensa, são relações de tensão. Um famoso professor português, o Dr. Joaquim Canotilho, diz que “a Constituição é uma estrutura de tensões”.

Tenho duas observações. Em primeiro lugar, esses embates e confrontos não resultam de iniciativas do Poder Judiciário, que é um poder passivo, só exerce a jurisdição quando solicitado pelas partes. Em segundo lugar, esses conflitos só aparecem em épocas de crise, seja ela política, econômica, social, militar. Quando o Judiciário é chamado a intervir, ele contraria – como não poderia deixar de ser – uma das facções em luta, especialmente quando se opõe à mais poderosa.

Farei aqui um resumo das vicissitudes pelas quais passaram a Suprema Corte americana e o Supremo Tribunal Federal brasileiro, que ilustram o que acabo de dizer. A Corte Suprema americana teve uma atuação apagadíssima desde a sua criação até a nomeação do *Chief Justice* Marshall por Adams, no final de seu governo, em janeiro de 1801. Ela foi instalada em 1790 e até a nomeação de Marshall só tinha julgado 55 casos. Marshall lutara na Guerra da Independência, tivera uma missão diplomática temporária. Era um especulador de terras e foi deputado. Nunca fez curso jurídico regular, teve apenas dois meses de aula para poder exercer a advocacia. E foi ele, sem dúvida alguma, o artífice do prestígio que a Corte Suprema americana desfruta até hoje, como autor da doutrina da supremacia judicial, que permitiu a ela declarar a inconstitucionalidade das leis. A decisão pioneira, como se sabe, foi no famoso caso *Marbury versus Madison*, que provocou uma reação imediata do presidente Jefferson, que a considerou atentatória ao princípio da separação dos poderes. Marbury fora nomeado juiz de paz para o Distrito de Colúmbia, por Adams.

Madison, secretário de governo de Jefferson, governo que sucedeu ao de Adams, negou-lhe a posse. Marbury então requereu uma ordem de *mandamus* contra Madison à Corte Suprema. Habilmente, Marshall declarou ilegal o ato de Madison, mas entendeu que não podia deferir o mandado porque a lei judiciária de 1789, que atribuiu à Corte competência originária para julgar aquele tipo de caso, era inconstitucional. Foi então que ele desenvolveu a tese pioneira da invalidade ou

nulidade da lei contrária à Constituição. A imprensa e o Congresso, inspirados por Jefferson – que, aliás, detestava Marshall –, antes mesmo da decisão já ameaçavam a Corte com o *impeachment* de seus juízes se eles concedessem a ordem. Depois do julgamento, Jefferson passou imediatamente à ação, promoveu o *impeachment* do *Justice* Samuel Chase, acusado de facciosismo, de conduta arbitrária e até mesmo de desonestidade, acusações que aparentemente eram todas verdadeiras.

Mas não se atingiu no Senado o quórum para a decretação do *impeachment*, que ninguém naquela época tinha dúvida de que era um prelúdio do *impeachment* do próprio Marshall. Esse foi o grande perigo que a Corte passou nesse período, até 1835. Depois de Jefferson veio o presidente Jackson, que descumpriu uma decisão da Corte, que concedera um *habeas corpus* contra uma autoridade estadual. Expedido o mandado, o Estado se recusou a cumpri-lo; pediu-se a intervenção federal e o presidente Jackson respondeu: “John Marshall que o escreveu e assinou, que vá cumpri-lo”. A crise daquela época era a da consolidação da Federação, ou melhor, era a crise da supremacia da União, objetivo principal de Marshall, contra o qual reagiam os estados que defendiam a Confederação, apoiados até, a meu ver, na letra da Constituição.

O grande problema da segunda etapa da história do tribunal foi a escravidão. A partir de 1850, a campanha abolicionista começou a empolgar a opinião pública e a Corte se viu envolvida no conflito entre o Norte e o Sul. As fugas de escravos provocaram decisões favoráveis aos estados do Sul, abertamente descumpridas pelos estados do Norte. E a imprensa e o Congresso desfechavam críticas virulentas contra esses julgamentos. O momento culminante foi quando a Corte negou um *habeas corpus* ao escravo Dred Scott, declarando a sua ilegitimidade para requerer em Juízo por não ser cidadão, por não ser sujeito de direitos. Essa decisão foi um momento de grande desprestígio para a Corte, chamada pela imprensa e pelo Congresso como “a cidadela da escravidão”. Muitos historiadores, aliás, acham que o julgamento foi uma das causas próximas da Guerra Civil. Entre outros problemas, a decretação por Lincoln, por exemplo, da suspensão da garantia do *habeas corpus* foi considerada inconstitucional, mas a decisão não foi cumprida. Já depois da Guerra, a decisão do caso Milligan, subtraindo os civis à jurisdição das cortes militares, apesar dos protestos a ela dirigidos, foi obedecida.

No período seguinte, que vai até 1937, consolida-se a instituição do que se denominou, até pelo escritor francês Eduard Lambert, “o governo dos juízes”, em que a Corte se caracterizou, apesar da dissidência de alguns de seus principais juízes,

como Holmes, Brandeis, Frankfurter, Benjamin Cardozo, por um conservadorismo pétreo, diria melhor, um reacionarismo monstruoso. Utilizando a cláusula do “due process of law”, o Tribunal reagiu contra toda a legislação social, considerando inconstitucional a fixação de horários de trabalho, a associação sindical, negando a aplicação da lei antitruste às empresas, mas curiosamente aplicando a lei antitruste e considerando uma manifestação de abuso do poder econômico a União dos Chapeleiros, declarando inconstitucional as leis de fixação de tarifas de serviços públicos. Culminou isso tudo – a decisão que mais provocou protestos – com aquela que declarou a inconstitucionalidade da primeira lei do imposto de renda. Houve aí uma tentativa, no Congresso, de estender o “recall”, quer dizer, a remoção dos ministros da Corte Suprema pelo Congresso, ou então de revogação das decisões da Corte Suprema contrárias à Constituição. Esse projeto não passou.

Entre 1933 e 1936 a Corte torpedeou o “New Deal” de Franklin Roosevelt, declarando a inconstitucionalidade total e parcial das diversas leis em que se apoiava o programa, num total de 12 julgamentos. Aí houve uma reação violentíssima do presidente, que passou a bombardear a Corte quase que diariamente nos seus programas de rádio e no Congresso. Em 1937 Roosevelt propôs ao Congresso uma reforma do Judiciário, nela incluindo a modificação da composição da Corte, disfarçada numa proposição de caráter geral: a nomeação de juízes adicionais em todos os tribunais federais onde magistrados, ao atingirem 70 anos, não pedissem aposentadoria ou demissão.

Nessa ocasião, a Corte tinha seis juízes com mais de 70 anos. Nesse episódio é que se vê como era, e é até hoje, arraigada a devoção do povo americano à Corte Suprema. De todos os pontos do país, surgiram protestos contra o projeto. O Congresso resolveu fazer uma pesquisa de opinião, foram distribuídos 140 mil questionários e a maioria esmagadora das respostas desaprovou o aumento do número de juízes. Foi a própria Corte que recuou e a partir de 1937 modificou sua jurisprudência, acabando com a crise. Daí em diante não houve mais conflitos capazes de gerar uma ruptura institucional. Houve críticas à jurisprudência mais recente, em favor das minorias raciais e religiosas e do aborto, mas que não abalaram o prestígio da Corte; muito ao contrário, aumentaram-na.

No Brasil a história é parecida. A crise surgiu no primeiro período de funcionamento do Tribunal, na ditadura de Floriano Peixoto. O primeiro *habeas corpus* foi requerido por Rui Barbosa em favor das vítimas do Estado de Sítio decretado em 1892, que foi negado. Já o segundo, em favor dos civis que se encontravam no vapor Júpiter, que foi tomado pelo almirante Vandellkock, no Rio

da Prata, para intervir na Revolução Federalista do Rio Grande do Sul, foi concedido. Mas só foi cumprido porque a maioria dos passageiros era de americanos, alemães e espanhóis e anunciou-se que as embaixadas desses países iam protestar em conjunto se o governo resistisse à ordem judicial. Floriano reagiu de outra maneira: deixou o Tribunal praticamente parado durante quase um ano, não preenchendo as vagas que ali ocorreram. Em 1893, nomeou um médico como ministro do Tribunal, que ali ficou durante dez meses – um médico até muito ilustre, Barata Ribeiro –, até que o Senado desaprovasse a sua nomeação. Nomeou também dois generais, Inocêncio Galvão de Queiroz e Raimundo Everton Quadros, cuja indicação também foi rejeitada pelo Senado. Floriano deixou de cumprir a ordem de *habeas corpus* de 22 de setembro de 1894, concedida aos militares reformados que embarcaram na aventura do navio Júpiter para que não fossem processados na Justiça Militar.

O governo de Prudente de Moraes foi mais tranquilo. Mas com o assassinato do ministro da Guerra, general Machado Bittencourt, que defendeu Prudente de Moraes no atentado de 5 de novembro de 1897, o governo pediu e obteve o Estado de Sítio e desterrou para a Ilha de Fernando de Noronha diversos parlamentares. Em 16 de abril de 1898 o Supremo Tribunal concedeu-lhes *habeas corpus*, impetrado por Rui Barbosa, acolhendo a tese de que as imunidades parlamentares não se suspendem pelo Estado de Sítio. Houve uma agressiva reação de Prudente de Moraes e da imprensa governista.

Segue-se um período de tranquilidade até o governo do Marechal Hermes, que em 1911 se recusou abertamente a cumprir uma ordem de *habeas corpus* expedida em favor dos intendentes da Câmara Municipal do Rio. Daí até 1930 só houve uma crise grave, em 1927, quando foi concedido *habeas corpus* a Raul Fernandes para assumir o governo do Estado do Rio. A eleição de Raul Fernandes fora contestada por uma assembleia que se dizia eleita e que reconhecia como governador o major Feliciano Sodré, que tinha o apoio do Governo Federal. A concessão da ordem provocou uma grande anarquia, em Niterói, alimentada pelo Governo Federal, que decretou a intervenção federal no estado para não cumprir o acórdão. E Raul Fernandes renunciou.

Cada crise tem os ingredientes da época de sua eclosão, quase sempre de natureza política, econômica, provocada por fundamentalismo religioso, pelo radicalismo ideológico e até mesmo por razões de ordem pessoal, como às vezes ocorre no nosso regime, por fraqueza ou incompetência do Presidente da República. As primeiras escaramuças, como se viu, ocorreram na fase inicial da República, no

período de sua consolidação, sob uma ditadura eventual. As outras que surgiram, e que não foram tão graves, na década de 1920, quando imperava uma certa desordem, uma desordem institucional em consequência da pobreza dos quadros políticos, da ausência de substrato ideológico dos partidos. Essas crises eram realmente resultado do mandonismo de caciques locais, das rivalidades entre as oligarquias estaduais, da influência de “coronéis” e de caudilhos (como Pinheiro Machado).

O que se verificou em 1930, com a aposentadoria compulsória de seis ministros que haviam se manifestado contra os revolucionários de 1922, 1923, 1924 e 1925 não interessa, a meu ver, ao debate aqui, porque a medida foi tomada em momento de colapso da ordem jurídica. Getúlio cassou, revogou por decreto duas decisões do Supremo Tribunal, além da violência que foi a aposentadoria compulsória dos mesmos. Tampouco interessa ao presente debate o que ocorreu na vigência do AI-5, quando foram aposentados os ministros Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva.

De maior interesse para o tema em debate é investigar as razões dessa crise latente entre o Judiciário e os outros poderes. Dizia o ministro Aliomar Baleeiro, em seu estilo pitoresco: “As pessoas desconfiam de homem que usa saia”. Um cientista político americano disse, por sua vez, que a Corte Suprema é a instituição nacional mais venerada e a menos conhecida e compreendida.

O Poder Judiciário é realmente de tal maneira específico, mesmo no desempenho de sua função política – acho bom que assim seja –, que as suas relações com os outros poderes serão sempre, a meu ver, na melhor das hipóteses, cerimoniosas. Os poderes Executivo e Legislativo são exercidos por artesãos do mesmo ofício, cujas disputas levantam poeira, mas não causam abismos; são formados na escola da negociação, da composição, do temor reverencial à opinião pública e, como esta é volúvel, eles também são inconstantes, o que é compreensível. Além disso, eleitos direta ou indiretamente, consideram-se unguídos pela manifestação da vontade popular, consideram-se dotados de uma legitimidade superior à dos juízes. Da mesma forma, nos Estados Unidos, existem críticas dos políticos à Suprema Corte, vista como um órgão não eletivo que às vezes tem a pretensão de intervir na política através de pessoas responsáveis apenas perante a própria consciência. Jefferson dizia que a Corte era um órgão irresponsável (“*irresponsible power*”). A oposição do Tribunal às leis, projetos e atos aprovados pelas assembleias legislativas parece aos políticos uma atitude antidemocrática, a opressão de uma minoria sobre a maioria. No entendimento dos políticos, ainda que esse entendimento nem sempre seja claramente formulado,

aquela que é a garantia mais eficaz de todos os cidadãos contra o arbítrio de um poder, ou seja, a liberdade de consciência dos juízes, é às vezes visto como um alibi para a indiferença dos magistrados para com as aspirações do povo. Um caso recente parece-me exemplar: a reação do Congresso, com o apoio da imprensa e do governo, ao resultado do primeiro julgamento do mandado de segurança do presidente Collor contra a decisão do Senado, que decretou o seu *impeachment*. Os senhores sabem, está na memória de todos que se verificou um empate no primeiro julgamento. Esse empate foi tomado como um ato de falta de patriotismo; a meu ver, demonstrou que cada ministro votou de acordo com a sua consciência porque, nenhum deles tinha interesse em que houvesse um empate, que a decisão fosse desempatada por ministros do Superior Tribunal de Justiça. Parece-me, portanto, que os políticos reagem instintivamente contra esses cavalheiros que vestem saias pretas, que não compõem, não negociam, falam uma linguagem hermética, não respondem às aspirações populares, não têm compromisso com o mérito das leis ou programas de governo, mas apenas com a concepção que têm do Direito, expresso pela Constituição e que, a meu ver, não é tão sagrada para os políticos como o é para os magistrados, porque eles (políticos) têm em suas mãos o poder de alterar essa Constituição, respeitada a opinião pública.

Por isso, concluindo, acho que as relações entre o Poder Judiciário e os demais poderes foram, são e continuarão a ser relações de tensão, que podem chegar ao ponto de ruptura conforme a gravidade das crises institucionais em que esse conflito se verificar. É este o argumento que desejava trazer a este seminário. Obrigado a todos pela atenção.

Bolívar Lamounier

Nossos agradecimentos ao Dr. Lacombe por esta importante exposição. Passo em seguida a palavra ao Dr. Mário Machado.

Mário Brockmann Machado

Agradeço ao IDESP, nas pessoas do professor Bolívar Lamounier e da professora Maria Tereza Sadek o convite para participar desta reunião.

Dentre os muitos problemas suscitados pelas relações entre os poderes da República, decidi abordar um deles, que é o do controle externo do Poder Judiciário. Quero dizer, desde logo, que sou favorável a esse controle externo. Sei que o tema é bastante controverso e delicado. A própria pesquisa da professora Maria Tereza Sadek mostra que 86% dos juízes consultados se manifestaram

contrários à existência de um controle externo do Poder Judiciário. Sei, portanto, que estou pisando em terreno bastante sensível.

Passarei à leitura do texto que preparei para este seminário:

As relações entre os chamados “poderes da República” suscitam um grande número de questões importantes. Uma delas é a proposta de controle externo do judiciário, intensamente criticada pelos membros desse poder.

O discurso dos que se opõem a esse controle é costumeiramente baseado no princípio da separação de poderes. Penso, ao contrário, que interesses institucionais estão no cerne dessa objeção. Neste artigo, porém, decidi tomar tal discurso a sério, e argumentarei que, ao contrário do que se afirma, o controle externo do judiciário é não apenas compatível, como também requerido, pelo princípio da separação de poderes.

Farei isso mostrando que, para os autores clássicos na matéria, o objetivo da separação é a limitação dos poderes (razão porque vem associada a diversos mecanismos de controle mútuo), e não o isolamento e a expansão independente desses poderes.

Para tanto, abordarei de forma resumida o pensamento de Locke, de Montesquieu e dos constituintes norte-americanos, finalizando com breve comentário sobre a situação brasileira².

LOCKE

Historicamente, o princípio da separação de poderes se apresenta como fórmula de enfraquecimento do poder real absoluto³.

² As citações que se seguem tomaram por base tanto os textos originais, especificados abaixo, quanto as traduções apresentadas por Leonel Itaussu Almeida Mello, J. A. Guilhon Albuquerque e Fernando Papaterra Limongi in Francisco Weffort, org. *Os Clássicos da Política*. São Paulo, Ática, 1989, 1º volume. Os autores clássicos referidos não são, por suposto, os únicos a tratarem do tema. Kant, por exemplo, o abordou em sua *Metafísica dos Costumes*. Mas são os que maior influência tiveram sobre o pensamento constitucional moderno.

A discussão sobre relevância ou inutilidade de se estudar os chamados textos clássicos, bem como a sua própria identificação, atingiu nos últimos anos uma intensidade extraordinária. Para uma visão de conjunto atualizada sobre o tema, ver Arlene W. Saxonhouse, “Texts and Canons: The Status of the Great Books in Political Theory.” In Ada W. Finifter, Ed *Political Science: The State of Discipline II*. Washington, D.C.: The American Political Science Association, 1993, pp. 3-26”.

³ O Primeiro Tratado de Locke tinha como objetivo de contestar o livro de Robert Filmer, *Patriarcha*, que defendia a monarquia absoluta. As citações que se seguem são do Tratado. John

Refletindo sobre a história de seu país, Locke identifica dois poderes fundamentais: o de fazer leis, o legislativo; e o de executá-las, de fazê-las obedecidas, se necessário com o auxílio da força, que é o executivo. O judiciário não é destacado, ficando suas funções distribuídas entre aqueles dois. Locke fala ainda de um terceiro poder o de fazer a guerra e a paz nas relações exteriores, chamado de “federativo”, mas entende que, na prática, ele deva ficar nas mãos do executivo⁴.

O legislativo é visto como o principal poder do governo, mas é, por sua vez, subordinado ao poder supremo do povo na sociedade, que pode afastá-lo ou modificá-lo, se agir contrariamente ao encargo que lhe foi confiado, o mesmo valendo para o executivo⁵. E quem decidirá se os poderes do governo agem em desacordo ao encargo recebido? “A isto respondo: o povo será o juiz”, conclui o autor⁶.

Resumindo, portanto: o judiciário não está separado dos outros poderes; destes, o legislativo é o superior; mas todos estão subordinados ao consentimento popular Assim, o princípio da separação de poderes em Locke não fundamenta a tese da independência do judiciário.

MONTESQUIEU

Montesquieu trata da separação de poderes na parte de seu livro dedicada ao estudo “Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição”⁷. Não se trata, portanto, de uma discussão abstrata sobre como organizar o governo, mas sim de como melhor garantir a liberdade dos indivíduos contra os abusos de poder Para tanto, “é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder”⁸, pois a liberdade estaria perdida “se o mesmo homem, ou o mesmo corpo de notáveis, ou de nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as decisões públicas, e o de julgar os crimes ou as pendências entre particulares”⁹. A influência inglesa no pensamento de Montesquieu,

Locke, *Two Treatises of Government*. Edited by Peter Laslett. Cambridge: Cambridge University Press, 1960.

⁴ Os três poderes são apresentados no capítulo XII, parágrafos 143 a 148.

⁵ Capítulo XII, parágrafos 149 a 151, e capítulo XIX, parágrafo 243. A superioridade do legislativo era o princípio geral, mas situações especiais poderiam justificar o fortalecimento do executivo (“prerrogativas”, parágrafos 158, 159 sgs.). O pensamento de Hobbes não podia ser ignorado.

⁶ Capítulo XIX, parágrafo 240.

⁷ Montesquieu, *De L'Esprit des Loix*. Avec des notes de Voltaire, de Crevier, de Mably, de La Harre, etc. Paris, Garnier, s.d. (1927?).

⁸ *Ibid.*, p.151.

⁹ *Ibid.*, p.152.

como se sabe, é muito forte, e não por acaso a citação acima foi extraída do capítulo de seu livro que trata “Da Constituição da Inglaterra”¹⁰.

Isto dito, passa o autor a fazer uma análise do judiciário. Afirma que “o poder de julgar não deve ser atribuído a um senado permanente, mas sim exercido por pessoas extraídas do corpo do povo, em certos períodos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo requerido pela necessidade”¹¹. Desse modo, continua, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a um certo grupo social, nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer invisível e nulo”¹². Finalmente, afirma ser preciso “que os juízes sejam da condição do acusado, ou seus pares...”¹³.

Notem bem: o poder de julgar nem é permanente, mas temporário, nem é exercido por profissionais, mas pelo próprio povo. E não sem impiedade conclui Montesquieu: “Dos três poderes de que falamos, o de julgar é de certo modo nulo. Restam apenas dois”, referindo-se ao legislativo e ao executivo¹⁴.

Na sequência, argumenta Montesquieu que o executivo deve ficar nas mãos de um só, o monarca, enquanto que o legislativo, dividido em duas casas, deve ser confiado tanto ao corpo dos nobres, quanto ao que será escolhido para representar o povo¹⁵.

É dessa nova tripartição de poderes que Montesquieu então se ocupa, sugerindo diversos mecanismos de controle mútuo, para assim finalizar: “Eis aqui, portanto, a constituição fundamental do governo de que estamos falando. Estando o corpo legislativo composto de duas partes, uma conterà a outra por sua recíproca faculdade de vetar. Ambas serão limitadas pelo poder executivo, que será, por sua vez, limitado pelo legislativo. Esses três poderes, segue o autor, deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são obrigados a caminhar serão forçados a caminhar de comum acordo.”¹⁶

¹⁰ Trata-se do capítulo VI do livro XI.

¹¹ Ibid., p.153. Interessante notar que o autor utiliza a expressão “*puissance de juger*”, e não “*pouvoir de juger*”.

¹² Ibid., p.153. O autor usa o termo “*état*”, aqui traduzido por “grupo especial”.

¹³ Ibid., p.154. O princípio do julgamento pelos pares é muito antigo, podendo ser encontrado na Magna Carta de 1215, item 48: “Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus Pares segundo as leis do país”.

¹⁴ Ibid., p.156.

¹⁵ Ibid., p.156.

¹⁶ Ibid., p.160.

Fica, portanto evidente que o objetivo da separação de poderes, acrescida dos mecanismos de controle mútuo, é a sua limitação, e não a sua independência.

Ademais, além de excluir o judiciário da formulação final de sua proposta de engenharia política, Montesquieu ainda atribui ao legislativo competência para julgar em algumas situações especiais. Assim, alegando, como já se viu, que os réus devam ser julgados por seus pares, recomenda “que os nobres sejam levados a julgamento não diante dos tribunais ordinários da nação, mas diante daquela parte do corpo legislativo composta pelos nobres”¹⁷.

Com todas essas restrições, não é possível encontrar em Montesquieu a raiz histórica de um judiciário poderoso e independente.

O FEDERALISTA

Onde o judiciário aparece claramente como um poder separado do executivo e do legislativo é na Constituição dos Estados Unidos. E a melhor fonte de informação sobre os debates em torno da aprovação daquele documento legal é o conjunto de artigos publicados na imprensa da época por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, que passo a citar¹⁸.

Madison começa admitindo que a acumulação dos poderes legislativo, executivo e judiciário nas mesmas mãos, seja de um, de poucos ou de muitos, por razões hereditárias, de autoindicação ou eletivas, constitui tirania. Assim, a preservação da liberdade exige a separação dos poderes¹⁹.

Nesse sentido, Madison ressalta, explicitamente, os ensinamentos de Montesquieu, bem como a influência da experiência política inglesa. E nota que esta última não apresenta poderes totalmente separados e distintos uns dos outros, já que vários são seus mecanismos de controle e suas atividades conjuntas²⁰. Esse fato, argumenta Madison, está em

¹⁷ Ibid., p.159. Essa última recomendação de Montesquieu nos mostra como sua reflexão conjuga duas ordens distintas de problemas: de um lado, a separação de poderes propriamente dita; e de outro, o governo misto e a atribuição de instituições governamentais diferenciadas a atores políticos poderosos: a realeza, a nobreza e a burguesia. Voltarei a este ponto logo adiante no texto.

¹⁸ *The Federalist*. Introduced by William R. Brock. London, J.M. Dent Ltd, 1992. A Editora Nova Fronteira traduziu e publicou esses “artigos federalistas” em 1993. Ver também Max Ferrand, *The Records of the Federal Convention of 1787*. New Haven: Yale University Press, 1966.

¹⁹ Federalista nº 47, p. 247. Esta passagem deixa claro que, para a tradição liberal, pode haver tirania até mesmo na democracia, se os poderes forem acumulados nas mãos dos “muitos”, ainda que eleitos.

²⁰ Ibid, p. 247-248

perfeita consonância com as recomendações de Montesquieu – baseadas, aliás, no próprio exemplo britânico –, já que o filósofo francês não confunde separação com independência, conforme já vimos anteriormente. Por essa razão, Madison argumenta que os poderes devem estar “conectados e reunidos”, de tal forma a dar-se a cada um o controle constitucional dos outros²¹.

E por que não basta a simples separação de poderes? Porque, raciocina Madison, o poder é naturalmente usurpador, devendo por isso ser eficazmente impedido de ultrapassar os limites que lhe forem definidos²². Donde a necessária conclusão de que a estrutura interna do governo deve ser tal que suas diversas partes constituintes possam, por suas relações mútuas, ser os instrumentos que mantenham cada uma delas em seus próprios lugares²³. Como resumia Montesquieu, “é preciso que, pala disposição das coisas, o poder contenha o poder”.

Muitos e variados são, como se sabe, esses mecanismos de controle mútuo: o legislativo vota as leis, mas o executivo tem o poder de veto; o executivo elabora seu orçamento, mas quem o aprova é o legislativo; o executivo nomeia os ministros da corte suprema, mas só depois de aprovados pelo senado; o senado julga o impeachment tanto do chefe do executivo, quanto dos ministros da corte suprema, etc. Em suma: separação sim, mas não independência de poderes.

Com relação ao judiciário propriamente dito, havia muita resistência à criação de uma corte suprema como sua última instância. A tradição inglesa, que atribui tal função à Câmara dos Lordes, sugeria que ao novo senado fosse delegada essa responsabilidade. A principal razão da objeção era o perigo de que a corte suprema, caso fosse dotada de competência para declarar a inconstitucionalidade das leis, usurpasse poderes do legislativo.

Contra essa posição, Hamilton argumentava que tal poder do judiciário não era ilimitado, e nem poderia basear-se na interpretação do “espírito” da Constituição²⁴. Ao contrário, somente poderiam ser anulados atos do legislativo “contrários ao manifesto teor da Constituição”²⁵. Em outras

palavras: tal poder do judiciário só poderia aplicar-se a casos de “divergência irreconciliável”²⁶ e “evidente oposição” entre a lei e a Constituição²⁷.

Além disso, a justificativa para esse procedimento não era a superioridade do judiciário sobre o legislativo, mas a superioridade da Constituição sobre as leis. A Constituição é a vontade do povo, argumentava-se, enquanto que a lei é a vontade do legislador; donde a necessária hierarquia legal²⁸.

De qualquer forma, lembrava Hamilton, sempre restaria ao legislativo o poder de fazer o impeachment dos ministros da corte suprema – garantia de que seus poderes não seriam usurpados impunemente²⁹.

Ao fim e ao cabo, tal princípio não foi incorporado à Constituição, mas foi apesar disso fixado pela Suprema Corte em 1803, em marcante julgamento, permanecendo para sempre como tema gerador de fortes controvérsias.

Finalmente, cumpre lembrar que a discussão sobre separação de poderes nos Estados Unidos não mais se confundia com a questão do governo misto, ao contrário do que ocorria na Europa, como nos escritos de Locke e Montesquieu. Pois o novo país não tinha realeza e nobreza com que partilhar suas instituições políticas. A preocupação com a limitação do poder central resultava das condições estabelecidas pelos antigos Estados, fortemente autônomos, para entrarem na nova federação. A liberdade buscada, portanto, não era apenas dos cidadãos, mas também dos Estados que se uniam – os Estados Unidos. Donde a fragmentação do poder com base na engenharia política disponível, ainda que a realidade sociológica do país fosse outra.

BRASIL

Abordando brevemente o caso brasileiro, sabemos que a República sofreu forte influência constitucional norte-americana – a começar pelo novo nome político que lhe deu Rui Barbosa: Estados Unidos do Brasil. Assim, por exemplo, a Constituição de 1891 fortaleceu grandemente o judiciário, e a apresentou como um dos três poderes “harmônicos e

²¹ Federalista nº 48, p.253.

²² Ibid, p.253, 257.

²³ Federalista nº 51, p.265.

²⁴ Federalista nº 81, p.414.

²⁵ Federalista nº 78, p.399

²⁶ Ibid, p.400.

²⁷ Federalista nº 81, p.414.

²⁸ Federalista nº 78, p.401

²⁹ Federalista nº 81, p.416, e nº 79, p.406.

independentes entre si”, disposição que foi mantida por todas as Constituições posteriores, exceto a de 1937³⁰.

Apesar de seus aspectos positivos, essa influência, no entanto, era duplamente artificial: nem tínhamos realeza e nobreza para acomodar institucionalmente, posto terem sido aposentadas pela República; nem tínhamos que lidar com autonomias estaduais, já que as antigas Províncias faziam parte de um Império unitário. Dessa maneira, tomou-se a engenharia política requerida pelas características especiais de outras sociedades como se fossem dogmas de valor universal e atemporal.

Além disso, a expressão “poderes independentes” permite uma interpretação abusiva da teoria inspiradora da fórmula importada, pois o que se busca com a separação de poderes é a sua limitação mútua, enquanto que o que se obtém com a sua independência é uma lógica de expansão isolacionista. E com o isolamento podem vir a irresponsabilidade, o privilégio e o abuso.

CONCLUSÃO

Como é muito mais seguro e menos trabalhoso ser elite por decreto, como maliciosamente anotava Antonio Gramsci, é compreensível que os principais atores políticos desejem obter o status de Poder da República. Da mesma maneira, entende-se que os atores que tenham de fato alcançado essa posição sejam inclinados a congelar o mercado político, de tal forma não apenas a conservar permanentemente a vitória obtida, mas também a impedir a entrada de novos atores que possam representar concorrência ou ameaça.

A teoria da separação de poderes, acertadamente ou não, reconheceu a existência de três poderes. Ao longo da história brasileira, como se sabe,

³⁰ Também atribuiu-se competência ao judiciário para julgar a inconstitucionalidade das leis. O judiciário do Império não tinha essa competência, e, além disso, não conseguia controlar o contencioso administrativo, que retirava de sua apreciação as grandes causas públicas. E o Senado passou a julgar o impeachment dos ministros do Supremo Tribunal por crimes de responsabilidade. Para uma interessante documentação da permanência das ideias constitucionais de Rui Barbosa, ver Vicente Barreto, *O Liberalismo e a Constituição de 1988: textos selecionados de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1991.

Além das mudanças acima referidas, a República, extinguindo o poder moderador, adotou a federação, o presidencialismo, a eleição direta do presidente e dos governadores, e ainda por cima teve sua Constituição aprovada por uma constituinte! É incompreensível, diante da magnitude dessas transformações institucionais, que ainda haja quem pense a República como um simples golpe militar (Essa versão, não por acaso, foi difundida pela propaganda monarquista durante o recente plebiscito.).

outros atores tentaram conquistar essa posição. O imperador, que detinha o poder moderador Os militares, que, na República, tentaram ser os herdeiros desse poder moderador Os economistas, quando argumentam que a., questões econômicas são de natureza técnica, e que por isso não deveriam ser submetidas à discussão pública e à deliberação do legislativo (como durante os governos militares, ou quando dos “pacotes econômicos”, ou ainda quando propõem um Banco Central “independente”). E, mais recentemente, o Ministério Público, que vem transformando-se em quarto poder da República.

O princípio da separação de poderes é sábio, mas a identificação dos poderes a serem separados, o grau de sua autonomia, o tempo de permanência de cada um nesse status, e os mecanismos de controle mútuo são questões de natureza política geralmente resolvidas por meio de conflitos de intensidade elevada.

Hoje, um dos temas importantes da agenda política do país é a proposta de controle externo do judiciário.

Espero haver demonstrado, apesar da brevidade da exposição, que nada há no princípio da separação de poderes que desaconselhe, nem muito menos impeça, esse procedimento. Ao contrário: na tradição do pensamento liberal, separação não significa independência, pois cada poder deve controlar os demais.

Nem tampouco poderia a resistência a esse controle encontrar argumentos na tradição do pensamento democrático, pois, para este, qualquer que seja o status desses poderes, nenhum é independente em relação à cidadania soberana.

Em outras palavras: ou bem o judiciário é um poder da República, e neste caso não pode ser independente do soberano, que é a cidadania; ou é simples função técnica especializada (como a militar, a diplomática, a econômica, etc.), e neste caso não é um poder da República, podendo realizar-se no âmbito, por exemplo, do Ministério da Justiça (donde a ideia de um “poder técnico” ser ou simples *nonsense*, ou justificativa ideológica para um status político imerecido)³¹.

³¹ Veja-se, por exemplo, esta arrogante defesa do judiciário feita por um destacado advogado do Rio de Janeiro: “Me repugna a ideia de um Poder Judiciário responsável perante a opinião pública; ele é um poder técnico, e tem que ser independente para melhor interpretar a lei”. *O Globo*, 19 de setembro de 1993, p.10 (mesa-redonda “A Constituição em Debate”).

Em suma: a defesa radical da independência do judiciário não se baseia no princípio da separação de poderes, e nem encontra guarida nas tradições liberal e democrática. Deve-se, ao contrário, à simples defesa de interesses institucionais por parte de seus membros, que se constituem em um dos mais articulados e bem sucedidos grupos de pressão do sistema político brasileiro.

Portanto, o legislativo, no exercício de sua competência, pode e deve estabelecer seu controle sobre o judiciário, a exemplo do que já exerce em relação ao executivo³².

Bolívar Lamounier

Agradeço em nome de todos ao Dr. Mário Machado por esta substanciosa reflexão e com muito prazer passo a palavra ao D. Plínio de Arruda Sampaio.

Plínio de Arruda Sampaio

Acho que tenho que primeiro explicar por que estou aqui, porque eu talvez não devesse estar. Eu estudei Direito há... nem conto de tanto tempo. Acho que estou aqui porque fui relator do capítulo do Poder Judiciário na Constituinte, isto é, porque eu me atrevi a aceitar o convite que me foi feito pelo Dr. Ulysses Guimarães para essa função. O político, como sabemos, é um especialista em ideias gerais. Antes de vir a este seminário, eu estava noutro, sobre problemas da educação. Quando sair daqui, eu vou a uma discussão sobre cenários possíveis do Brasil em 1994. Como percebem, o político na verdade não sabe nada em particular. Assim, por favor, tenham paciência com o que vou dizer.

Cláudio Lacombe

O político não sabe, mas desconfia.

Plínio de Arruda Sampaio

Desconfia muito. É um especialista nisso. Então eu queria começar com uma observação do Lacombe: o Judiciário está onde sempre esteve e isso é uma pena. É uma pena porque a Constituinte (1987-1988) perdeu uma oportunidade

³² A Constituição de 1988 (art.49, X) estabelece a competência do Congresso para “fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”.

histórica importante e acho que vamos perder outra agora na revisão constitucional em curso, porque essa revisão é isso que vocês veem aí.

O ponto fundamental, que foi aqui citado tanto pelo Mário Machado como pelo Cláudio Lacombe, é que, na democracia, o poder controla o poder. Só o poder controla o poder. Não há nada mais que controle o poder, senão o próprio poder. E o controle de qualquer poder sobre os outros poderes é a garantia dos nossos direitos. Para que os nossos direitos sejam respeitados é preciso que o poder controle o poder. Nossos direitos são desrespeitados toda vez que um cidadão anda a 150 quilômetros na rua e nos causa um risco danado. Toda vez que um vizinho avança o muro em cima do nosso terreno, toda vez que alguém prejudica o nosso direito. É verdade isso, mas esses são casos particulares. Não reside aí a fonte mais importante de violação dos nossos direitos. Quem mais viola, e mais profunda e perigosamente o nosso direito, são os outros poderes. Ou é o Legislativo, com uma lei iníqua, muitas vezes feita por propósitos subalternos, ou o Executivo, com a prepotência da força de quem detém o poder financeiro e o poder da violência, da coerção. Essa é a ameaça séria e real ao nosso direito e é por isso que temos o controle da constitucionalidade, tanto das leis como dos atos.

É por isso que na Constituição nós quisemos – digo nós porque foi um grupo numeroso e bem assessorado, eu não me atreveria a propor sozinho um artigo da Constituição sobre o Judiciário – o que nós quisemos fazer foi reservar para o tribunal mais importante do país a competência constitucional. O Supremo seria um tribunal dedicado apenas a questões constitucionais. Por quê? Porque o nosso hoje cuida de coisas diversas, e assim não tem tempo para julgar rapidamente as questões constitucionais. O “seu” Collor está processado e o STF não tem tempo, porque antes tem um recurso, outro recurso, etc. Então, quisemos fazer um tribunal exclusivamente constitucional, e conseqüentemente, um tribunal composto de maneira distinta. Seriam nove juízes de diferentes origens, alguns originários do próprio Judiciário, para a gente ter aquela experiência do homem que julgou 20/30 anos, que tenha patente, que tenha a experiência da coisa feita no dia-a-dia do Judiciário e que adquira aquela sensibilidade da coisa jurídica; não só um conhecimento, mas uma sensibilidade, uma destreza, uma arte. A arte do cirurgião na manipulação das leis. E queríamos também que viessem pessoas indicadas pelo Executivo, bacharéis em Direito evidentemente. E queríamos que esses juízes ficassem lá oito anos e depois disso não fossem para lugar nenhum, fossem viver o chamado *ociumcum dignitatem*. Quem julgou por oito anos as causas mais importantes do país não precisa fazer mais nada, vai ser curador de entidades culturais, vai dirigir entidades de direitos humanos, vai ser como o ex-

presidente Jimmy Carter, correr o mundo para fazer o bem e aborrecer o mal. Não precisa fazer mais nada. Porque essa história de juiz do Supremo virar ministro e voltar a ser juiz não dá certo, não tem sentido.

Essa era a ideia. A ação direta de inconstitucionalidade, que a Constituição ampliou de uma maneira extraordinária, teria nesse tribunal o seu instrumento, correspondência necessária: um tribunal encarregado de controlar o poder do Legislativo e o poder do Executivo. Infelizmente, não conseguimos aprovar isso, houve muita emenda, muita pressão, porque isso daria o peso e o contrapeso. Teríamos um órgão com tremendo poder e tremenda capacidade de ação, para exercer aquele controle. O que saiu no final foi uma coisa meio mista, mas de toda maneira foi um avanço. Tanto foi um avanço que está sendo importante para o país a atuação do tribunal, apesar de limitado. Ou seja, ele não mudou de lugar, continua onde esteve sempre, está ali, mas com algumas modificações.

Minha segunda observação diz respeito a outra observação feita também pelo Lacombe. Ele diz que o político tem sempre uma desconfiança em relação ao Judiciário, pensa que o juiz usa a consciência como um certo álibi, e também disse que o político tem um temor reverencial da opinião pública. Eu sou filho de juiz, de modo que sou filho de um homem de saia, e um daqueles! Uma vez um repórter chegou para meu pai e disse assim: “Dr. Sampaio, o senhor não quer dar uma declaração sobre uma coisa?”. Ele falou: “Dar o quê? O que é isso, meu filho? Juiz só fala nos autos”. De modo que eu também sou dessa tradição: juiz só fala nos autos. Juiz não tem por que ter temor da opinião pública, não precisa saber o que pensa a opinião pública. Até certo limite. E aí eu gostaria de matizar. Acho que o político tem que ter temor reverencial da opinião pública, também até certo limite.

O juiz precisa ter um conhecimento mais profundo da realidade social, para ter uma certa ideia das consequências de suas decisões, que são consequências objetivas. Nossa tradição de Direito é positivista, uma tradição de interpretação literal da lei. O juiz não faz a lei e não deve fazer a lei. Essa história de sentença dada pela consciência do juiz pode tornar-se perigosíssima para os nossos direitos. Eu sou bem conservador quanto a esse ponto e discuti isso no Congresso. Acho que o juiz tem que olhar a lei e dizer o que está ali, não o que ele acha.

Mas isso até certo limite. A gente vê por aí liminares que são uma irresponsabilidade, que criam problemas enormes. Vocês provavelmente se lembram de uma decisão tomada por um juiz que causou um motim no Rio de Janeiro, uma verdadeira rebelião, e que teve que ser revertida rapidamente? Daí a

importância de que o juiz esteja dentro da sociedade, que conviva com a sociedade. E importante flexibilizar essa relação. Estou falando do bom juiz e do político sério, porque para o mau juiz e o político safado esses parâmetros não valem.

Permitam-me que lhes recorde os tempos do governo Carvalho Pinto, aqui em São Paulo. Estávamos fazendo um plano e os nossos arquitetos e urbanistas, estudando a cidade de São Paulo, disseram o seguinte: “Um fórum só na Praça Clóvis é impossível, não dá para entender”. Como íamos construir uma porção de cadeias na cidade, delegacias, etc. e íamos ter que desapropriar terrenos, surgiu alguém com a seguinte ideia: “Por que não desapropriamos terrenos maiores e fazemos fóruns distritais?”. Evidentemente, pensamos no assunto, os jornais publicaram e um dia meu pai chegou em casa e me disse: “Plínio, o tribunal está uma fera com vocês”. Isso para ele era a pior coisa que podia acontecer no mundo, para mim não era tanto, mas para ele o tribunal estar contra era uma barbaridade. Ele dizia: “O tribunal está muito contra vocês, diz que vocês estão inventando o “juiz de várzea”. Eu perguntei quem estava nisso. Ele disse fulano, fulano, fulano, que eram meus amigos, tinham me visto pequeno. Eu disse: “Diz para eles que os ponho num ônibus amanhã e vou mostrar onde é que eu quero fazer os fóruns e porque”. No dia seguinte chamei um cidadão, que hoje, aliás, é vereador aqui, o Chico Withaker. Pegamos um ônibus, convidamos 10 ou 12 juizes e ele os levou lá para a Vila Formosa. Todo mundo aqui sabe onde é a Vila Formosa e todo mundo sabe onde é aquela famosa torre daquele padre que teve um sonho e fez uma torre imensa do lado da igreja. Como aquele lado da zona leste é relativamente plano, naquela torre se tem uma visão extraordinária daquele mar de casinhas. Hoje já não é mais assim, mas naquele tempo era um mar de casinhas. Eu disse: “Chico, você pega os desembargadores, leva lá e põe no alto da torre para eles olharem”. Tínhamos proposto seis fóruns distritais. Eles voltaram tão entusiasmados que aprovaram a criação de 12. O fato é que não conheciam o lado de lá da cidade, porque nós pertencemos à classe social que mora do lado de cá. Digo nós porque também já fui promotor. Nós moramos para cá. Na hora em que um juiz dá uma liminar, ele precisa ter isso na cabeça.

Houve aqui uma importante observação sobre a necessidade de que os juizes não se envolvam. Eu também não sou muito favorável ao juiz ficar tomando cervejinha às 10 da manhã na Vila Maria para ser popular. Não gosto muito disso. O velho João Sampaio pegava ele. Não é isso que eu estou propondo. Não estou propondo a vulgarização do juiz. Sou favorável à cerimônia do juiz. Vou dizer a vocês que tenho certa dificuldade para chamar de você os meus colegas que hoje são desembargadores, porque fui criado nesse temor reverencial, na cerimônia que

o juiz deve ter e sou favorável a isso, acho que está certo. Mas uma coisa é o respeito e uma certa distância, outra coisa é saber, é conhecer, é entrar dentro da favela, do cortiço, é conversar lá embaixo para ter uma ideia, por exemplo, do que é o sindicato, para não pensar que é um bando de baderneiros e ficar impressionadíssimo com o nível técnico das discussões, como eu outro dia fiquei. Nesse sentido, acho que precisamos fazer um esforço sério para fugir um pouco desse positivismo frio de quem faz uma subsunção do fato à lei sem nenhum conhecimento da realidade em que esse caso está acontecendo.

Finalmente, gostaria de dizer algo sobre o tema abordado pelo Dr. Mário Machado, que é o problema do controle externo. Eu propus o controle externo na Constituinte. Propus uma fórmula que obteve maioria, mas não foi aprovada porque faltaram oito votos para o quórum, isto é, para a maioria qualificada.

Qual é o problema do controle do Judiciário? É o problema de que todo poder deve ser controlado por outro poder. Só o poder controla o poder. O Judiciário precisa ter um certo controle. Na consciência do juiz, no julgamento, na sentença? Absolutamente não. Impossível, não tem o menor cabimento. Mas é preciso ver que o Judiciário tem um outro papel. O Judiciário não é apenas o juiz que tem A contra B, um caso, um direito, pega aquele fato, aquele direito e escreve num papel que é assim. Não é só isso. Ele é um poder encarregado de prestar um serviço fundamental, um serviço que exige uma complexa organização administrativa e uma quantidade considerável de recursos.

Eu entendo que boa parte dessa terrível crise moral que se abateu sobre nosso país se deve à insuficiência e à ineficiência dos nossos serviços judiciários. É fruto dessa prestação jurisdicional reprimida, dessa demanda de jurisdição reprimida que temos no Brasil. Eu quase faria aqui um desafio de saber quem foi assaltado e tentou levar o caso à justiça. Tenho certeza de que nesta sala existem várias pessoas que devem ter sido lesadas nos seus direitos e fizeram o seguinte raciocínio: “Será que vale a pena?”. Como são pessoas de bom senso, concluíram que não vale a pena e preferiram sofrer, ou preferiram encontrar o chamado “*by pass*”, preferiram resolver por outra via. O acúmulo dessas outras vias é que engendrou o clima moral que estamos vivendo.

Para não cairmos no problema do espelho, quem controla o Judiciário? O órgão tal. E quem controla o órgão tal? Quem controla o órgão que controla? Qualquer órgão estável que se faça cria uma dificuldade muito grande. Seja porque a pessoa ali depois vai voltar a uma outra posição na qual ela pode ser sancionada, seja porque ela adquire uma vantagem comparativa evidente em relação aos demais.

Então a mim me pareceu que a melhor solução para o controle do Judiciário seria o controle disciplinar da conduta dos juízes (o controle interno do funcionamento da máquina) ficar com os órgãos que já existem no tribunal. Mas o presidente do tribunal teria que fazer, uma ou duas vezes ao ano – isso teria que ser estudado –, o que eu chamei de uma relação da justiça. Isso significa que ele teria que ir ao Legislativo e explicar por que a sentença tal absolveu ou condenou? Absolutamente não. Nem caberia discutir isso. Mas explicar, por exemplo, por que a distribuição de um processo na Justiça do Trabalho em Brasília demora um ano e meio e por que alguns advogados a obtêm em 15 dias? Por que há uma porcentagem considerável de detentos que ficam na prisão além do tempo da pena? O que é uma violência. Por que no Tribunal de Justiça de certos estados, 70 ou 80% dos funcionários administrativos são parentes dos desembargadores? Fatos como esses deveriam ser explicados à Nação. E a melhor coisa é explicar a um órgão (o legislativo) onde as pessoas não serão necessariamente as mesmas. Se fosse em 1988, eu provavelmente o arguiria. Se fosse agora, eu não poderia mais fazê-lo porque já não sou deputado. A rotatividade do Legislativo impediria que alguém tivesse a condição permanente de exercer esse controle. E esse controle seria apenas o da publicidade, o controle mais forte na democracia, que é o resultante de as coisas serem ditas em público. O peso de dizer em público aquilo que está errado. O presidente do tribunal teria que ir e ouvir um padrezinho do Tocantins perguntar por que um processo para punir o assassinato de um líder posseiro está há três anos parado no fórum tal. Vocês podem imaginar a força que teria essa pergunta na frente de deputados, de senadores, da televisão e da imprensa. Acho que isso bastava, não precisava mais nada. E isso não entra na consciência do juiz, não entra na prestação jurisdicional individual. Não entra no funcionamento de um órgão que tem a obrigação de prestar um serviço, que não está prestando esse serviço a contento, e essa é uma das causas da crise brasileira.

Debate

Bolívar Lamounier

Acho que todos perceberam porque a Maria Tereza Sadek, quando organizou este seminário, fez uma convocação veemente ao Plínio Sampaio para esta discussão. Tenho agora a satisfação de franquear a palavra para os debates finais.

Liliana Mercadante

Sou promotora de justiça criminal em São Paulo e também integro a diretoria do Movimento do Ministério Público Democrático. Minha pergunta é dirigida ao Dr. Plínio Sampaio. No momento em que se fala em controle externo do Judiciário e até em controle externo do Ministério Público, não parece um contrassenso que tenha surgido justamente nesse contexto uma emenda constitucional que dá ao Supremo Tribunal Federal o poder de fazer a lista tríplice para a escolha do procurador geral da República? O que causa uma estranheza maior é que justamente quando se está falando no controle do Judiciário surge uma proposta como essa, que parece ter como objetivo constringer as atitudes que o Ministério Público tem tomado, e que tiveram um salto qualitativo importante a partir do momento em que o procurador geral da República passou a ter mandato, por conseguinte pôde agir com mais liberdade, e agiu efetivamente em episódios recentes. Gostaria que o senhor tecesse um comentário sobre esse ponto, que me parece ser um gritante paradoxo.

Plínio de Arruda Sampaio

Concordo inteiramente, não tem o menor sentido isso. O Ministério Público está se tornando um verdadeiro quarto poder. É realmente um processo de construção constitucional, e um processo singular, que está acontecendo no Brasil: uma instituição que começa a ganhar corpo e se percebe que ela não tem lugar na tripartição clássica dos poderes. Nós tínhamos proposto o controle externo do Ministério Público da mesma maneira, e também nisso fui derrotado. Fui derrotado também no seguinte ponto: juiz e promotor não podem fazer política. Eu sei que todo mundo olha para mim e diz: “Que moral você tem se começou como promotor público e fez política a vida inteira?”. O fato de eu ter errado não quer dizer que não esteja errado. Realmente, com o poder que tem o promotor hoje não pode pertencer a um partido político, não pode ser candidato, não pode ser secretário de Estado. Não pode porque ele simplesmente gera uma extraordinária suspeição sobre sua atuação. É óbvio. Fui derrotado e vocês estão vendo os fatos. Acho que não tem o menor sentido, quebra totalmente a sistemática do instituto, a lista tríplice ser elaborada no Poder Judiciário. Isso tem mais cara de represália.

Alfredo Attié Jr.

Sou juiz de direito e pertenço à Associação Juízes pela Democracia. Minha pergunta é dirigida ao Dr. Plínio de Arruda Sampaio e ao Dr. Mário Machado. Eu não fui entrevistado na pesquisa, mas me enquadro naquela minoria que admite a crise do Judiciário e que é favorável ao controle externo. Evidentemente a um controle externo e não ao controle interno que está sendo inventado nessa revisão constitucional pelo deputado Nelson Jobim ou por aqueles que o assessoram ou apoiam. Será que não estaria faltando ao Poder Judiciário um projeto? Será que o que se cobra efetivamente do Judiciário não é uma verdadeira política de um poder e daí a necessidade desse controle para que a sociedade possa vir a participar dessa política? Para dar um exemplo que tem sido utilizado com frequência pelo professor Fábio Konder Comparato, há uma necessidade clara, na medida em que o Judiciário tem a obrigação de prestar jurisdição no que diz respeito às crianças e aos adolescentes, como se diz atualmente, de se criar varas de crianças e adolescentes em maior número até do que varas cíveis e varas penais. Há necessidade de se aparelhar o Judiciário para resolver essa questão da criança e do adolescente, que é uma questão fundamental. No entanto, não se vê esse empenho dos tribunais.

Outra preocupação minha: será que o controle externo na forma proposta pelo então deputado Plínio de Arruda Sampaio, que seria exercido pelo próprio Poder Legislativo, não permitiria um acordo entre esses poderes, tendo em vista que o Poder Legislativo também tem os seus defeitos graves? Não deveria o controle externo ser efetivamente exercido pela sociedade, por um mecanismo da sociedade, que controlasse efetivamente os poderes e não apenas o Poder Judiciário? Para citar novamente um autor clássico, Locke previa essa permanência do poder do povo para aparecer e revogar mandatos e recuperar, digamos assim, a sua capacidade de reconstituir o Estado.

Mário Machado

É uma questão bastante difícil. Minha reflexão foi sobre os fundamentos dessa problemática, não tenho amadurecido o *modus faciendi* (digamos assim, numa homenagem aos juristas presentes) ideal para o controle externo. Lembro que a Constituição de 1988, no artigo 49, inciso 10, atribui ao Legislativo o poder “de fiscalizar e controlar diretamente ou por qualquer de suas casas os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”. Quando falo em controle externo do Judiciário, não estou necessariamente falando na existência de um órgão.

Pode ser o próprio Legislativo; se ele controla o Executivo, por que não também o Judiciário? Mas não tenho uma reflexão amadurecida quanto a esse ponto.

Com relação a essa citação de Locke, que é importante, acho que ela deve ser tomada com certa cautela. De início, Locke nem tratava do Poder Judiciário. Ao tratar da separação de poderes, ele falava apenas do Legislativo e do Executivo. Em certo momento, ele fala de um terceiro poder, o de declarar a guerra e a paz, mas diz que isso no fundo deve ficar nas mãos do Executivo também. Afirma que o poder soberano é o Legislativo, que os outros devem a ele subordinar-se. Mas diz também que o próprio Poder Legislativo deve subordinar-se ao poder soberano do povo e que, se o Legislativo ou o Executivo ou ambos escapam à missão que lhes foi confiada, se desencaminham do encargo que lhes foi confiado, então o povo tem o direito de modificar ou afastar o Legislativo ou o Executivo. Quem decidirá se o Legislativo ou o Executivo deixaram de desempenhar suas funções? A isso Locke responde: “O povo será o juiz”. Aí está claro o fundamento da soberania que eu acho que se aplica ao Legislativo, ao Executivo e também ao Judiciário.

O problema é a cautela política que se requer, quando pensamos em remeter a solução desses conflitos institucionais frequentemente à consulta popular. Até que ponto as dificuldades encontradas no relacionamento institucional deveriam necessariamente levar à busca de uma solução externa, a todo momento, nas raízes, ou seja, na soberania popular? Essa é uma questão política delicada, em relação à qual a minha recomendação seria de cautela. Eu pessoalmente tenho uma admiração muito grande pela ideia da representação política. Minha tendência sempre é a do fortalecimento do Legislativo, ainda que em momentos cruciais, como no caso de um *impeachment*, deva-se ir diretamente ao fundo da soberania, via Legislativo ou via consulta popular. É uma maneira muito mais simples de resolver o problema hoje em dia. Afinal de contas, todos aqueles mecanismos que foram criados para o *impeachment* de um presidente resultavam de uma época em que havia uma enorme dificuldade em consultar a opinião pública. Se isso hoje em dia é tão fácil, não vejo muita razão para que o *impeachment* seja ainda decidido pelo Congresso. Poderia ser decidido pela soberania, isto é, pelo povo. Mas tenho certo receio de que um excesso de consultas diretas possa enfraquecer a representação via Legislativo. Mas, como disse, não tenho uma opinião definitiva sobre esses pontos.

Bolívar Lamounier

Por essa técnica, o presidente Clinton teria sido impedido em seu centésimo dia de governo. O Dr. Plínio Sampaio também quer se pronunciar sobre essa questão.

Plínio de Arruda Sampaio

O Legislativo é controlado pelo Executivo. O Executivo pode vetar a lei. Ele é controlado pelo Judiciário. O Judiciário declara inconstitucional a lei. Executivo e Legislativo são controlados pelo povo, porque de quatro em quatro anos têm que pedir para continuar. E são controlados pela opinião pública. Nesse sentido, eu penso que a soberania do povo brasileiro está assegurada, inclusive pelas liberdades constitucionais.

O controle que eu propus é o seguinte: o Legislativo não tomaria nenhuma medida, ele simplesmente permitiria que a sociedade organizada sentasse com o juiz, o presidente aqui, sociedade ali; presidente da Comissão de Justiça e Paz, presidente da comissão dos direitos humanos, toda essa cambada de que o Amaral Neto tem ódio. Sentava todo mundo ali, CIMI, associações indígenas, padres, freiras, líderes sindicais, posseiros, essa coisa “horrorosa”, sentava tudo ali e dizia: “Ô doutor, como é que é isso?”. É para o tribunal sentir. E os deputados olhariam, poderiam fazer suas perguntas e eventualmente a comissão de justiça da Câmara poderia fazer recomendações, que seriam aceitas ou não pelo Judiciário. Eu fiz questão (e esta foi uma das coisas que nós conseguimos) de que o Judiciário tivesse plena autonomia para fazer o seu orçamento e para se organizar. Ficou estabelecido que é preciso criar uma justiça especial para julgar expeditamente as causas mais simples, aquelas causinhas em que você diz: “Vem aqui, você não quer acertar com ele aqui?”. E que são importantes. Esses tribunais não estão sendo levantados.

O Tribunal de Justiça tem autonomia financeira para fazer o seu orçamento e levá-lo ao Congresso. Mas não, ele insiste em fazer isso através de uma providência administrativa do Executivo, pedindo um percentualzinho assim a mais. Numa reunião dessas a que me refiro, o juiz poderia responder o seguinte: “Não posso atender a sua demanda porque não tenho recursos”. E o deputado teria força para dizer o seguinte: “Ah, o problema é recurso? O senhor peça que nós damos”. Percebem como mudava? Esse mecanismo não permitiria suspender um juiz, suspender um tribunal, nenhuma atitude desse tipo. Permitiria ouvir e sugerir.

Miguel Chaia

Sou do Departamento de Política da PUC de São Paulo e editor da revista *São Paulo em Perspectiva*.

Considerando as exposições feitas nessa sessão, parece-me que a questão do Judiciário no Brasil, diferentemente da história inglesa ou norte-americana, não se coloca numa situação de fundação de um Estado, e sim de construção e aprimoramento das instituições. Ou seja, essa separação de poderes no Brasil adquire um significado muito especial. Antes de mais nada, trata-se de desequilíbrio de poderes. À medida que esse Estado vem se consolidando, podemos verificar que estamos tratando de um desequilíbrio de poderes, onde temos historicamente um Executivo extremamente forte, uma tendência a um presidencialismo muito forte e atuante, um Legislativo que teve durante o Império seu papel mais importante e tenta retomá-lo mais tarde, e um Judiciário que acaba se travestindo numa espécie de poder moderador. Na verdade, é quase que um terceiro ou quarto poder que passa a controlar os dois e os demais poderes. Aí é que vem a questão: a crise do Judiciário não aparece quando surgem vácuos de poder, exigindo nova conformação para essas instituições em crise? Por exemplo, quando a igreja ou o exército são chamados não respondem mais à necessidade de interferir como poder moderador. O Judiciário aparece, então, como tal, e entra em crise precisamente porque nessa situação, em função de um deslocamento com a sociedade, da forma até do ingresso dos juízes, acaba se afastando da sociedade. A crise então aparece com maior força. São essas as questões sobre as quais gostaria de ouvir as reflexões da mesa.

Andrei Koerner

Sou pós-graduando do Departamento de Ciência Política da USP. Eu gostaria comentar a exposição do Dr. Mário Machado. Acho que o motivo dessa questão da independência dos poderes é histórico. No início da República, se os juízes dessem um *habeas corpus* em que estivesse envolvido um ministro militar, ou no momento em que um militar estivesse na presidência, receberiam como resposta, como receberam, que o juiz extrapolou de suas funções e se meteu na esfera dos outros poderes. Portanto, ele era impedido de cumprir a ordem. Por isso foi construída uma teoria da separação dos poderes que diz o seguinte: os poderes são independentes e harmônicos entre si, e o Judiciário está excluído do caso político. Essa doutrina do caso político foi ampliada em relação à doutrina norte-americana das dimensões internas do Judiciário. Neste sentido, acho que existe

um motivo corporativo quando o Judiciário e os juízes contestam o controle externo. Mas essa questão da independência dos poderes e da exceção do caso político é invocada por militares, por regimes autoritários, exatamente para afastar o Poder Judiciário do controle dos atos dos outros poderes.

Na questão do controle da magistratura por órgão externo, gostaria de fazer uma colocação aos três palestrantes. O Dr. Eugênio Zafaroni colocou uma questão muito interessante: há que se considerar três funções dos órgãos superiores da magistratura. A primeira seria a de rever as decisões de primeira instância, a segunda seria o governo dos juízes, e a terceira seria o controle dos atos dos outros poderes. O problema da democratização, da construção de um Poder Judiciário democrático, seria separar essas três funções em órgãos diferentes. No que tange à questão do governo dos juízes, ele coloca que uma inovação importante no caso italiano é justamente a representação interna. Não existe diferença na medida em que os juízes de primeira instância, no início de carreira, têm condições de eleger seus representantes para esse órgão que faz o governo dos juízes. É uma diferença importante na medida em que se quebra a tendência corporativa e de reprodução das estruturas burocráticas do Judiciário.

Floriza Verucci

Sou do Conselho da OAB e do Conselho Estadual da Condição da Mulher de São Paulo. Esses questionamentos estão ocorrendo hoje no Brasil. Questionamos o Poder Executivo, depois o Poder Legislativo, que continua sob questionamento, e agora o Judiciário, o que é uma novidade, e é muito importante esse questionamento. Pergunto se é realmente possível discutir o equilíbrio dos poderes, do controle entre os poderes, sem tentar também elucidar a questão da Federação no Brasil?

Cláudio Lacombe

Respondendo à primeira questão, realmente a doutrina da supremacia judicial, elaborada por Marshall, foi para estabelecer o Poder Judiciário como árbitro, como poder moderador, árbitro do equilíbrio e da distribuição dos poderes entre o Executivo, o Legislativo e entre a União e os Estados, além de guarda das liberdades. O Poder Judiciário entra em conflito com os outros poderes quando surge a crise política ou a crise social. Ele não toma iniciativas, porque é um poder passivo, só se manifesta quando é provocado por particulares, pelo próprio governo, pelos partidos políticos. Ele pode se envolver na crise. Conforme a

decisão, se ele desagrada uma das facções em luta, pode provocar uma ruptura institucional. Mas não necessariamente. Aqui no Brasil, nunca uma decisão do Poder Judiciário provocou a ruptura. O Judiciário foi vítima de crises institucionais, nunca agente produtor de tais crises. Quando uma crise eclode, e o Poder Executivo não está de acordo com a decisão do Judiciário, não a cumpre. O Judiciário é um poder desarmado, não tem como fazer cumprir a sua decisão. Eu citei o presidente Andrew Jackson que se recusou a cumprir uma decisão da Corte Suprema, e o próprio Lincoln. Isso realmente não tem solução institucional. Na hora em que estoura a crise, é o salve-se quem puder.

Plínio de Arruda Sampaio

Vou fazer um comentário sobre a Federação, como sugere a Floriza Verucci. Fica uma sugestão ao IDESP para que faça um estudo sobre a Federação. Eu fui criado com um temor reverencial total. A Federação para mim sempre foi sagrada. Mas quando me tornei deputado, comecei a me perguntar: que federação? Historicamente, este país não tem federação. A Federação americana formou-se a partir de vários Estados, de oligarquias que foram capazes de construir Estados, porque tinham duas coisas: dinheiro e exército. Quem não tem dinheiro e não tem exército, não tem Estado. Essas oligarquias se reuniram e fizeram uma confederação, brigaram, deu um pau daquele tamanho, e aí fizeram um pacto, que foi o Pacto Federativo. Aqui não tivemos isso. Tivemos oligarquias que foram mantidas sob controle por um poder unitário e que nunca construíram elas mesmas os seus Estados. O Piauí tem exército, tem condição de comprar um canhão? Então, eu acho que precisamos repensar isso. Não tenho condição de aprofundar agora este assunto, mas gostaria que o IDESP organizasse um debate sobre isso.

Bolívar Lamounier

Está aceita a sugestão. Quero encerrar este seminário agradecendo a presença de todos e salientando que este trabalho sobre o Judiciário, sobre as instituições ligadas à Justiça, sobre as profissões ligadas à Justiça, ainda é muito incipiente no Brasil. É incipiente no próprio IDESP. Outras instituições estão trabalhando nessa área, desenvolvendo estudos muito promissores, mas penso que a soma desses esforços ainda é modesta. O diálogo entre os profissionais e instituições dessa área com as ciências sociais ainda está engatinhando. Para nós do IDESP, este é um programa de longo prazo. Não é um seminário, não é uma pesquisa, é um programa que desejamos desenvolver, com o objetivo de contribuir para o aperfeiçoamento da Justiça no Brasil.

Além de agradecer a presença e a colaboração de todos, quero reiterar, em nome do IDESP, o pedido de que colaborem conosco, que nos ajudem, porque este é um campo ainda muito pouco explorado. Só poderemos prosseguir e produzir alguma coisa útil se continuarmos a contar com a colaboração de todos vocês. Muito obrigado e até a próxima oportunidade.