

**O JUDICIÁRIO COMO PODER POLÍTICO
DE GOVERNO: UMA INTRODUÇÃO
À EXPERIÊNCIA BRASILEIRA***

.....
* Discurso pronunciado na Universidade de Craiova, Romênia, em 25 de maio de 2001, na solenidade em que lhe foi conferido o título de Doutor *Honoris Causa* pela mencionada Universidade.

Carlos Mário da Silva Velloso*

Magnífico Reitor da Universidade de Craiova, Professor Mircea Ivanescu, Eminente Professor Ion Patroe, Exmo. Sr. Embaixador do Brasil na Romênia, Jerônimo Moscardo, Exímios Srs. Professores que compõem a Egrégia Congregação da Universidade, meus eminentes colegas brasileiros, autoridades civis, militares e eclesásticas, alunos da Universidade, minhas senhoras e meus senhores.

Recebo, com muita honra, o título de doutor *honoris causa* que me está sendo conferido pela Universidade de Craiova. Credito-o à generosidade dos nossos irmãos romenos do que ao meu mérito pessoal. Brasileiros e romenos estão cada vez mais próximos e é, na verdade, grande a admiração que devotamos ao bravo povo da Romênia, um povo que ama a liberdade e que jamais deixou de lutar por ela. A revolução de 1821, chefiada por Tudor Vladimirescu, constituiu-se num marco na libertação da Romênia. Essa revolução nacionalista pugnou, também, pela justiça social e foi ela completada com a revolução de 1848. Em 1918, véspera da Constituição de Weimar, que realizou o compromisso dos direitos individuais com os direitos sociais, os romenos realizaram a união de todos num só Estado. Mas o ideal libertário dos romenos não ficou apenas aí. Contemporaneamente, quando os brasileiros celebravam o primeiro aniversário de sua Constituição, promulgada em 5 de outubro de 1988, os romenos fizeram eclodir, em dezembro de 1989, uma nova revolução, cujos lances maiores assistimos, no Brasil, pela televisão, que afastou a ditadura e fez raiar no território romeno o sol da liberdade.

Também os brasileiros, posto não termos sido submetidos à opressão na forma como o foi o bravo povo romeno, souberam, nos diversos momentos em que tentaram tirar-lhe a liberdade, resistir e fazer prevalecer o seu ideal libertário. Hoje, praticamos eficaz regime democrático, sob uma Constituição democrática. Não há

* Presidente do Supremo Tribunal Federal, Professor-Emérito da Universidade de Brasília, UnB, e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC-MG.

democracia sem juízes independentes, sem Judiciário forte. Deixem que fale, Senhoras e Senhores, o presidente do Supremo Tribunal Federal a respeito do Judiciário brasileiro, cuja chefia lhe cabe, sobre o Judiciário como poder político de governo, especialmente sobre a experiência brasileira.

O Judiciário, o Legislativo e o Executivo, como Poderes políticos iguais, são a marca definitiva do constitucionalismo brasileiro. Não foi assim ao longo dos cento e dez anos da República, mas, cada vez que as forças antidemocráticas quebraram a regra, a reação foi imediata e irresistível.

Decisões executivas implementando constituições editadas e aplicadas pelos governos não eleitos no fim da década de 1930 e nos anos entre 1964 e 1985 foram constantemente questionadas nos tribunais, sob as cláusulas do devido processo e da igualdade perante a lei, particularmente no tocante aos direitos individuais.

1. Assim, o Judiciário brasileiro teve um papel relevante na construção da *rule of law*. Desde os primeiros dias da República, os tribunais têm sido o último recurso contra a desobediência à lei pelas autoridades executivas e pelo Congresso.

Na década de 1890, civis julgados por cortes militares e condenados ao exílio no oeste da Amazônia obtiveram *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal. O mesmo aconteceu, em algumas ocasiões, ao final da década de 1930, o que levou o governo Vargas a criar um tribunal de salvação nacional, fora do Poder Judiciário.

Foi o Tribunal Superior Eleitoral, uma Corte de jurisdição nacional, que administra as eleições locais e nacionais, que decidiu, após a queda de Vargas, que a Assembléia Constituinte eleita pelo voto popular em 1946 detinha poder constituinte originário para votar uma nova constituição.

Durante o regime militar de 1964-1985, o Tribunal Superior Militar, uma corte de jurisdição nacional, reformava, freqüentemente, decisões das cortes militares de primeira instância, condenatórias de civis sob leis militares; e os civis, que, além disso, apelavam para o Supremo Tribunal Federal, tinham os seus recursos providos em quase todos os casos. O Tribunal Federal de Recursos, uma corte federal de apelação de jurisdição nacional, sistematicamente conferia mandado de segurança para garantir aos exilados políticos brasileiros a obtenção de passaportes nos consulados no estrangeiro. Desnecessário dizer que o Supremo Tribunal Federal manteve todas essas decisões.

Juízes em todas as instâncias nunca deixaram de revogar decisões executivas em termos de direito administrativo, previdência ou tributação, sobre o fundamento de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

A confrontação, iminente ou potencial, impôs uma política de alta contenção ao Judiciário, particularmente ao Supremo Tribunal Federal. A opção política externamente debatida entre seus juízes, na década de 1960, foi manter o Judiciário aberto, porquanto pior seria deixar os indivíduos e a sociedade sem um juiz. Esta política revelou-se a melhor no longo curso da história. Mesmo em seu momento

mais crucial, em janeiro de 1969, quando três dos seus juízes foram aposentados e afastados da Corte, por ordem militar, e dois outros preferiram se aposentar.

2. A atual Constituição, de 1988, confere ao Poder Judiciário um *status* político muito claro. Sua principal função, segundo a Constituição, é controlar o Executivo e o Legislativo. Nenhuma decisão da administração ou do Legislativo fica fora do controle judicial.

São quatro as principais cláusulas que impõem tal dever aos juízes em todas as instâncias. As primeiras duas foram extensamente estudadas em várias experiências constitucionais, o devido processo e a igualdade sob a lei (Constituição, artigo 5º, I, LIV e LV). A terceira estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (Constituição, artigo 5º, XXXV).

A quarta cláusula impõe “moralidade” como canon de direito positivo à administração (Constituição, artigo 37, caput e artigo 5º, LXXIII). Essas cláusulas conferem ao Judiciário o controle da discricionariedade da administração pública.

Tradicionalmente, a *judicial review*, ou o controle judicial, não incluía uma avaliação dos propósitos dos meios e das oportunidades da administração na implementação de políticas ou leis. Os juízes eram mais preocupados com o aspecto procedimental do processo de decisão. Não é mais assim. Construída a moralidade como conjunto de regras de conduta da administração, que permite um juízo subjetivo além das normas legais estritas, os juízes têm anulado escolhas políticas com base na motivação insuficiente.

As cláusulas da “lesão potencial” e da “moralidade” permitiram aos juízes suspender importantes projetos governamentais, tais como a privatização de companhias de energia elétrica, serviços de telefone, bancos e outras empresas públicas. O fato de o Supremo Tribunal Federal ter revogado algumas dessas liminares não invalida o argumento. Em outras palavras, nenhuma política pública relevante hoje em dia é debatida sem a participação, às vezes agressiva, do Judiciário.

3. Juízes em todas as instâncias têm o poder de declarar nula qualquer lei ou decisão administrativa contrária à palavra ou ao espírito da Constituição. Assim fazem preliminarmente – *incidenter tantum* – antes de decidir o processo no mérito, no controle difuso de constitucionalidade, segundo o modelo norte-americano surgido no famoso *Marbury versus Madison*, de 1803, e adotado no Brasil a partir da República, em 1889.

O Supremo Tribunal Federal tem a última palavra sobre a Constituição Federal. A maior Corte de cada Estado-membro, o Tribunal de Justiça, tem a palavra final na Constituição estadual, mas o Supremo Tribunal pode ser chamado a rever a decisão, em caso de alegação de ofensa à Constituição da República.

Quando final, a decisão *incidenter tantum* do Supremo Tribunal Federal vincula apenas as partes do processo. Para que a lei seja definitivamente afastada, com efeito, *erga omnes*, o Senado Federal deve editar um decreto, mediante provocação do Supremo Tribunal.

4. O Supremo Tribunal Federal, como Corte de último recurso, tem jurisdição originária para o controle da constitucionalidade, *in abstracto*, no sistema de controle concentrado. São quatro procedimentos para este efeito:
- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. A iniciativa pode ser do Presidente da República, das Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou de uma Assembléia Estadual, de um governador de Estado, do Procurador-Geral da República, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados, de partido político com representação no Congresso, de Confederação Sindical ou de associação de classe de caráter nacional. Neste caso, a decisão final da Corte vincula *erga omnes* e o efeito é *ex tunc* (Constituição, artigo 102, I, a; artigo 103, caput). Desde a promulgação da Constituição de 1988, a Corte já decidiu cerca de mil e quinhentos processos desta natureza;
 - b) a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. O Presidente da República, as Mesas do Senado Federal ou da Câmara ou o Procurador-Geral da República podem iniciar o procedimento. A decisão final da Corte obriga *erga omnes*, e, conforme expressamente indicado na Constituição, vincula os demais Tribunais e o Poder Executivo (Constituição artigo 102, I, a, e § 2º, artigo 103, § 4º). A finalidade, ou o propósito desta ação é dar ao Executivo e ao Congresso um procedimento sumário para ter a constitucionalidade das leis mais importantes asseguradas pela Corte desde a sua edição, de forma a evitar disputas judiciais de alto custo e demoradas, particularmente no sistema de reforma administrativa e econômica;
 - c) a arguição de descumprimento de preceito fundamental (Constituição, artigo 102, § 1º), que foi regulamentada por lei (Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999), pode ser iniciada por aqueles legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade e tem por finalidade corrigir o descumprimento de preceito fundamental da Constituição decorrente de ato de qualquer dos três ramos do Governo (Lei nº 9.882, artigos 1º e 2º).

Esta ação é um último recurso, isto é, não se aplica quando houver outro meio para garantir um preceito fundamental (Lei nº 9.882, artigo 4º, § 1º). Esta cláusula ainda deve ser mais extensamente explicada pela Corte. Não significa qualquer cláusula constitucional, mas apenas aquelas que a Corte considera essenciais à razão mesma do sistema constitucional, à estabilidade mesma do sistema constitucional, tais como a forma republicana de governo, o regime federativo ou algumas das garantias individuais: *habeas corpus*, mandado de segurança ou direito de petição.

- d) a ação de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva a norma constitucional (Constituição, artigo 103, § 2º). A lei do salário-mínimo é um caso que bem a explica. A Constituição estabelece que o

valor do salário-mínimo deve atender às necessidades vitais básicas dos trabalhadores e suas famílias, incluindo habitação, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência (Constituição, artigo 7º, inciso IV).

Um partido político argüiu a inconstitucionalidade, por omissão, da lei que fixava o salário-mínimo num valor, segundo se argumentava, notoriamente inferior ao requisito constitucional. Uma vez que a Corte não tem poder legislativo, nem gerencia a bolsa nacional, limitou-se à sua função constitucional de “notificar o Poder competente”, o Legislativo, “para adotar as medidas necessárias” para implementar a exigência constitucional (Constituição, artigo 103, § 2º).

5. A natureza política do Judiciário também se reflete na sua jurisdição sobre relações internacionais. Embora o Legislativo aprove tratados, acordos e outros atos internacionais (Constituição, artigo 49, I) e o Executivo edite os decretos que os incorporem ao Direito nacional, a palavra final sobre sua validade cabe ao Judiciário. A natureza internacional desses documentos não impede que os Tribunais os confrontem com a Constituição e os anulem no que com ela incompatível.

Conflitos entre país estrangeiro ou organização internacional, de um lado, e a União Federal, o Estado-Membro, o Distrito Federal, um território federal, de outro, são julgados originariamente pelo Supremo Tribunal Federal. Também assim as extradições requeridas por governos estrangeiros, a ratificação de sentenças judiciais estrangeiras e o *exequatur* às Cartas Rogatórias (Constituição, artigo 102, e, g, e h).

Os Juízes Federais de primeira instância julgam litígios entre países estrangeiros ou organização internacional, de um lado, e uma municipalidade ou indivíduo domiciliado ou residente no Brasil, de outro. Também decidem conflito resultante de tratado ou contrato assinado entre a União Federal e um país estrangeiro ou organização internacional (Constituição, artigo 109, II e III).

6. Juízes de primeira instância, no sistema federal e estadual, são selecionados em procedimentos públicos que incluem exames escritos e orais sobre quase todas as disciplinas do Direito. Juízes das Cortes de apelação são escolhidos entre os juízes de primeira instância, advogados e promotores, estes últimos na proporção de um quinto dos juízes de carreira, pelo sistema de mérito. O traço político torna-se relevante na escolha de juízes para as Cortes de jurisdição nacional. Dentre elas, o Supremo Tribunal Federal, em particular, dada a natureza da sua jurisdição. Seus membros vêm de vários âmbitos profissionais: juízes de carreiras, advogados, membros do Congresso Nacional que sejam juristas e professores de Direito. Embora bem reconhecidos em suas profissões, de prestígio em suas profissões, sua escolha indubitavelmente revela uma compatibilidade política com o Presidente da República e com a maioria no Senado que deve aprovar a nomeação.

Atualmente, integram a Corte dois juízes oriundos do Parlamento: Ministros M. Corrêa e N. Jobim; dois eram advogados, ambos ex-Procuradores-Gerais da República: Ministros M. Alves e S. Pertence; um integrava o Tribunal Superior do Trabalho: Ministro M. Aurélio Mello; um veio do Ministério Público: Ministro C. Mello; um era Ministro do antigo Tribunal Federal de Recursos, que foi sucedido pelo Superior Tribunal de Justiça: Ministro Néri; um era desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo: Ministro S. Sanches; dois eram Ministros do Superior Tribunal de Justiça: Ministros C. Velloso e I. Galvão; um veio do Tribunal Federal da 4ª Região corte federal de apelação: Ministra Ellen Gracie. Os Ministros Néri, Velloso e Galvão são juízes de carreira, nela ingressaram como juízes federais. Seis dos Ministros são professores universitários.

7. Em resumo, o Poder Judiciário no Brasil tem um papel ativo na construção de uma sociedade civil livre e democrática. As ameaças contra a *rule of law*, tornam-se uma lembrança distante do passado e os problemas presentes são principalmente operacionais: juízes assoberbados com a crescente carga de processos, custos judiciais que freqüentemente excluem porções significativas da cidadania da proteção judicial, constrangimentos orçamentários em razão de acordos financeiros internacionais, dentre outros. Que estes desafios sejam compartilhados por tantos outros sistemas judiciais não significa consolo.

O Judiciário e o Congresso estão empenhados, no momento, na aprovação de emenda constitucional que busca resolver alguns desses problemas. Dois mecanismos de índole processual são desejados pelo Judiciário: a súmula vinculante, que vinculará as cortes inferiores e a administração pública às decisões definitivas do Supremo Tribunal, inspirada no *stare decisis* dos sistemas judiciais do *common law* e a adoção de um procedimento seletivo dos recursos, com vistas a acabar com os recursos automáticos à Corte Suprema (*writ of certiorari*). Ambos esses institutos fortaleceriam o papel político do Supremo Tribunal Federal como corte constitucional e de último recurso.

Diferenças à parte, os brasileiros estão engajados no fortalecimento do Judiciário, porque estão convencidos de que esse ramo político do Governo concorre, sobremaneira, para o fortalecimento da cidadania, pois é o Judiciário que torna realidade os direitos e garantias constitucionais, sem o que não há falar em democracia.