*O PODER JUDICIÁRIO NA NOVA CONSTITUIÇÃO**

Josaphat Marinho**

1. Problema predominante. 2. Composição sem anomalia. 3. Competência do Superior Tribunal de Justiça. 4. Posição do Supremo Tribunal Federal. 5. Competência ampliada do Poder Judiciário. 6. Múltiplos problemas. 7. O Judiciário e a Constituição.

1. *Problema predominante*

Situar O Poder Judiciário na nova Constituição é menos descrever-lhe a anatomia, que examinar a natureza e a dimensão de suas funções. Nas constituições e nas leis, mesmo quanto aos Poderes, a multiplicidade de órgãos não corresponde sempre a vigor de competência. Sob o regime da Carta outorgada de 1937, a estrutura do Poder Judiciário era complexa (art. 90), mas o Presidente da República, por decreto-lei (1.564, de 5.9.39), cassou acórdão do Supremo Tribunal Federal, e a presença do Tribunal de Segurança Nacional anulava, por artifícios, a competência da Justiça regular, em matéria penal. Vigente a Carta de 1967, a composição do Poder Judiciário continuou diversificada (art. 107), porém a superposição dos atos institucionais impediu ou reduziu por longo tempo o exercício de atribuições normais das diferentes jurisdições. Já o legislador francês de 1958, embora cedendo à reivindicação de De Gaulle de rever a Constituição de 1946 por processo estranho ao nela estabelecido, votou a Lei Constitucional de 3 de junho, mas estipulou, entre outros princípios, que "a autoridade judiciária" devia "permanecer independente, para assegurar o respeito às liberdades essenciais" (art. único, item 4.º). E a Constituição superveniente, que sobrevive, dispôs nessa conformidade, dentro das peculiaridades do sistema francês, proclamando a autoridade judiciária "guardiã da liberdade indiividual" (arts. 64 a 66).

Esses fatos mostram que a primazia não está na amplitude da construção, antes reside na solidez de suas vigas. No arcabouço bem delineado, embora num espaço restrito, a inteligência e a técnica encontram condições para traços funcionais surpreendentes. Também na arquitetura jurídica, não é a extensão da lei, mas a energia e o sentido social de suas

*Exposição feita a convite e por sugestão da Associação dos Advogados de São Paulo, na cidade de São Paulo, em 29.9.88.

**Professor Titular na Universidade de Brasília.

normas que lhe conferem perenidade. E lhe transmitirão maior eficácia, se o texto revestir-se de razoável sistematização. De regra, o instrumento legal que reflete ordenação lógica estende fortemente o alcance de suas determinações, como o Código Civil francês – o Código de Napoleão. Não há que esperar, contudo, de nenhuma edificação legislativa efeitos uniformes e indesviáveis. "O direito é muito humano para pretender o absoluto da linha reta", conforme observa, objetivamente Jean Carbonnier.[1]

2. *Composição sem anomalia*

À luz dessa idéia de perfeição relativa das normas, cumpre ver como se corporifica e sobretudo se projeta o Poder Judiciário na Constituição de 1988.

Embora não primando por obediência à boa técnica legislativa, quer na disposição das matérias, quer na nitidez em enunciá-las, o texto aprovado define sem anomalia a composição do Poder Judiciário. Ampliou-a com a criação dos Tribunais Regionais Federais (art. 112, III), devendo cinco deles ser instalados no prazo de seis meses (art. 27, § 6.º, do Ato das Disposições Transitórias), e com a determinação de localização de um Tribunal Regional do Trabalho, pelo menos, em cada Estado (art. 112). Ampliou-a, principalmente, com a instituição do Superior Tribunal de Justiça (art. 92, II), para o qual foram deslocadas competências hoje exercidas pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, houve a transferência do julgamento dos conflitos de jurisdição entre quaisquer tribunais e entre tribunal e juiz de primeira instância; dos conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União ou entre autoridades judiciárias de um estado e administrativas de outro, ou do Distrito Federal, ou entre as deste e as da União; bem como da apreciação, agora em recurso especial, e não extraordinário, das causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos estados, do Distrito Federal e dos territórios, quando ocorrer contrariedade à lei federal, declaração de validade de ato de governo local contestado em face da lei federal, ou interpretação divergente da de outro tribunal (art. 105, I, *d, g,* e III, *a, b, c*).

3. *Competência do STJ*

Relevante é considerar a competência conferida ao Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, "o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal" (art. 105, *h*). Mesmo afastadas as situações de incumbência dos outros órgãos da Justiça, é complexa a competência do Superior Tribunal de Justiça: 1) porque se refere, de modo genérico e indeterminado, a "atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta"; 2) porque há de ser exercida em consonância com o inciso LXXI do art. 5.º, de acordo com o qual o mandado de injunção será concedido

[1] Jean. Carbonnier, *Flexible droit.* Paris, Lib. Gén. de Droit et de Jurisp. 1971. préf., p. 2.

"sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania". Demais, a impropriedade técnica da expressão "norma regulamentadora" – que lembra regra de índole administrativa e incompatível com a dignidade das cláusulas constitucionais, que, corretamente, *se complementam ou regulam por lei* – tornará mais difícil e grave a tarefa do Tribunal. Caber-lhe-á indagar, para decidir com segurança: que "órgão, entidade, ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, pode editar 'norma regulamentadora' do alcance de um preceito fundamental, e o motivo de sua omissão; em que condições a inércia no uso da 'atribuição' torna 'inviável' o exercício dos direitos e prerrogativas constitucionais, e quais dessas faculdades as suscetíveis de proteção, bem como fixar a natureza da 'norma regulamentadora' cuja 'falta' propicia o mandado de injunção?" E não é de somenos delimitar o conteúdo da decisão, sem uma lei de caráter geral.

Trata-se, pois, de competência cuja prática é irredutível a operação linear, exigindo, antes, pesquisa, mesmo sumária, de circunstâncias e interpretação larga e penetrante da Constituição. O Superior Tribunal de Justiça nasce, assim, com uma perspectiva histórica a que seus membros haverão de permanecer atentos, para evitar perigosas frustrações no meio social.

4. *Posição do STF*

Parece próprio assinalar, entretanto, que a criação do Superior Tribunal de Justiça e a densidade de sua competência constitucional não diminuem a importância do Supremo Tribunal Federal. Dele foram extraídas competências diversas, algumas das quais em rigor já inadequadas para a alta Corte, por envolverem o desate de questões comuns e de direito privado. Não se lhe reduziu a imagem de Tribunal da Federação. O solene reconhecimento de que lhe cabe, "precipuamente, a guarda da Constituição" (art. 112), significa erigi-la ao ápice do sistema institucional, de cuja culminância devem ser protegidos os direitos contra todas as parcialidades e deformações. Fortalecem o exercício dessa competência genérica os poderes que irradiam de regras especiais para o julgamento:

– da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, *a*), ampliada quanto a seus titulares (art. 103);

– do mandado de injunção requerido por "falta" da norma reguladora de atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *q*);

– do recurso extraordinário oposto a decisão que afronte a Constituição Federal (art. 102, III, *a*).

Note-se, ainda, que, por disposição expressa, "declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias" (§ 2º do art. 130). Logo, diante da competência constitucional do Supremo Tribunal, não há autonomia de Poder, nem jurisdição própria, que escapem ao aresto superior, apurada a omissão. Decerto que a autoridade do Supremo

Tribunal não é absoluta, que autoridade absoluta não se deve admitir no regime democrático, no Estado de Direito. Mas, assegurando, como deve assegurar, a liberdade de informação e de esclarecimento, e observando, para si mesmo, para os cidadãos e para todas as esferas de decisão política e administrativa, que são "objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil", entre outros, "construir uma sociedade livre, justa e solidária" e "garantir o desenvolvimento nacional" (art. 3º, I e II), a Corte Suprema dispõe de formidável poder de consolidação da ordem jurídica e democrática. Obedecendo a princípios constitucionais, poderá erguer obstáculos legítimos ao procedimento condenável das entidades públicas e dos indivíduos.

Maior é o campo de jurisdição do Supremo porque, além das questões tipicamente constitucionais, lhe compete processar e julgar:

– nas infrações penais comuns, o Presidente e o Vice-Presidente da República, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, e nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os membros dos Tribunais de Contas da União, os Chefes de missão diplomática de caráter permanente e os Ministros de Estado (art. 102, *b* e *c*), salvo, quanto a estes, nos crimes de responsabilidade conexos com os do Presidente e Vice-Presidente, que são da competência do Senado Federal (art. 52, I);

– o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o território (art. 102, I, *e*);

– as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta (art. 102, I, *f*);

– os conflitos de jurisdição entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal (art. 102, I, *o*);

– o *habeas-corpus*, se paciente qualquer das pessoas mencionadas quanto aos crimes comuns e de responsabilidade, de sua competência, e o mandado de segurança e o *habeas-data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Tribunal (art. 102, I, *d*).

Guarda o Supremo Tribunal, portanto, posição nitidamente preeminente no quadro do Poder Judiciário, e até revigorada, por sua qualificação explícita como Corte Constitucional.

5. *Competência ampliada do Poder Judiciário*

O Poder Judiciário, no seu conjunto, emerge robustecido da nova Constituição. Assegurou-se-lhe autonomia administrativa e financeira (art. 99). Conferiu-se aos Tribunais a competência de prover, na forma prevista na Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição (art. 96, I, *c*). Deferiu-se ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça a iniciativa de propor ao Poder Legislativo "a criação e a extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros, dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver, dos serviços auxiliares, e os dos juízos que lhes forem vinculados" (art. 96, II, *b*). Igual faculdade lhes foi outorgada para "a criação ou ex-

tinção dos tribunais inferiores" (*c*). E se reservou ao Supremo Tribunal Federal a iniciativa da lei complementar que "disporá sobre o Estatuto da Magistratura", em que se desdobrarão, logicamente, as regras adequadas ao mecanismo judicial, observados os "princípios" desde logo estabelecidos (art. 93).

Múltiplas cláusulas específicas, enfim, reforçam a estrutura e a competência do Poder Judiciário. À medida que essas prescrições forem executadas com serena firmeza, com equilíbrio e visão político-social, a tendência natural será fortalecer o organismo judicante.

Ocorre, mais, que mandamentos distintos, uns sobre reconhecimento de novos direitos individuais e coletivos, sociais e políticos, ou de especificação dos modos de garanti-los, outros criadores de instrumentos como o mandado de segurança coletivo, o *habeas-data* e o mandado de injunção, ampliam as oportunidades de ação judicial e de prestação jurisdicional. Confluem, pois, para gerar condições favoráveis ao prestígio dos órgãos da Justiça, visto que os aproximarão da sociedade, de seus interesses e conflitos.

Assim repercute a enunciação dos deveres impostos ao Estado em garantia do direito à educação (art. 208), ou para assegurar a "efetividade" do direito "ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo" (art. 225), tanto quanto a "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa" (art. 7º, I). Acima de convicções pessoais sobre tais situações, é conseqüente admitir-se que preceitos dessa índole, propiciando o exercício do direito de pedir, alargam a competência do Poder Judiciário.

E, repetindo tradição do direito público brasileiro, duas normas completam com relevo esse sistema: segundo uma, "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada"; de acordo com a outra, "não haverá juízo ou tribunal de exceção" (art. 5º, XXXVI e XXXVII). Se esta última norma merece o apoio de todas as consciências livres, a outra, já que não reservada ao âmbito da lei ordinária, poderia ter delimitado o campo do direito adquirido, para evitar excessos prejudiciais ao interesse público e social. De qualquer sorte, ambos os cânones concorrem para dilatar a esfera de ação do Poder Judiciário organizado.

6. *Múltiplos problemas*

Sem dúvida, a extensão da competência administrativa e judicial delineada ou permitida criará ou poderá criar múltiplos problemas aos órgãos instituídos para exercê-la. No campo da administração dos Tribunais como na garantia da prestação jurisdicional, questões e dificuldades surgirão, a partir da interpretação dos textos correlatos, que não deverão ser considerados isoladamente.

Se o Poder Judiciário conquistou autonomia administrativa e financeira, nem por isso terá autoridade incondicionada no uso dos recursos disponíveis. Além de sujeito à fiscalização financeira e orçamentária geral (arts. 70 e 71), haverá que atentar nos ordenamentos específicos que forem estabelecidos. Prevê a Constituição que leis definirão o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais (art. 165). Estipula, também, que caberá a uma comissão mista permanente de Senadores e Deputados apreciar essas matérias e as "contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República, bem como "examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos", além de exercer "a fiscalização orçamentária" (art. 166, § 1º, I, e II). Dispõe,

ainda, o texto constitucional, de modo amplo, que "a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar" (art. 169). Nos termos do § 1º do art. 167, "nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade", sendo esta regra de amplitude irrecusável. Ora, se ao Poder Judiciário foi outorgada autonomia administrativa e financeira, e se daí resulta elaboração orçamentária mais complexa, sendo previsível a execução de serviços que exijam planos, é lógico que as normas enumeradas lhe mereçam consideração especial. Mesmo que os planos plurianuais, diretamente vinculados ao Executivo, não venham a abranger a administração do Judiciário, estará este submetido às regras de fiscalização orçamentária e deverá coordenar-se com os outros Poderes para observância do limite de despesa com pessoal.

Será, porém, no exercício da função de julgar que os órgãos da Justiça defrontarão questões permanentes, algumas extremamente delicadas, tendo em vista a falta de sistematização e a amplitude da Constituição, suas contradições e as exceções ou limitações formuladas a princípios gerais. Está determinado, como já o vimos, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". É o *princípio*. Mas o § 1º do art. 217 prescreve que "o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei". Compreende-se a cautela, que haverá de ser concebida, entretanto, de forma que não torne inútil a proteção judicial. Se, a exemplo, as instâncias da justiça desportiva se prolongarem no tempo, caracterizando-se a "lesão" ao direito discutido, permanecerá o Judiciário impedido de apreciar a matéria? Também proclama a Constituição que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" (art. 5º, § 1º). Pergunta-se: todas "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais", e incondicionalmente? Decerto, em princípio, a maioria das normas constitucionais tem aplicação imediata, e José Afonso da Silva oferece, a esse propósito, esclarecimentos ponderosos.[2] A eficácia das normas, no entanto, depende de seu conteúdo e de sua projeção no quadro jurídico e social, para que, aplicadas abstratamente, não perturbem a finalidade geral do direito e do Estado. Haverá quase sempre uma indagação a fazer e a ser elucidada, e essa tarefa, tormentosa é do Juiz. Ainda os preceitos mais genéricos ou incisivos suscitam controvérsia na sua incidência, como a que provocou, e permitiu abrandamento, o art. 18 das Disposições Transitórias da Constituição de 1934, aprovativo dos atos do Governo provisório e de seus delegados nos Estados e impeditivo da apreciação deles e de seus efeitos.

Outras vezes o texto não é claro, e ao Juiz cabe dar-lhe nitidez. É o que sugere o § 3º do art. 75. Segundo a redação mantida, os Ministros do Tribunal de Contas da União "poderão aposentar-se com as vantagens do cargo quando o tenham exercido efetivamente por mais de cinco anos". Parece, portanto, que o exercício efetivo do cargo, por cinco anos, basta para legitimar a aposentadoria. E se o Ministro não dispuser de tempo de serviço anterior e contar apenas 50 anos de idade, aposentar-se-á ainda assim? Se lei não esclarecer a particularidade, o ônus será da Justiça, dado que a aparente liberalidade se afigura inadmissível.

[2] Silva, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais* 2. ed. São Paulo, RT, 1982.

À semelhança dessas, outras questões poderão ser propostas, em demonstração dos encargos que correrão à conta do Poder Judiciário.

7. *O Judiciário e a Constituição*

Assinalável é que, apesar das dificuldades, de regra não é facultada ao juiz, singular ou colegiado, a recusa de decidir. Antes, o que se lhe impõe, comumente, é o dever do contraste entre a norma e os fatos para extrair dessa operação o resultado concreto, que se traduz na sentença. Nessa pesquisa da verdade, o juiz não deve ser conservador, no sentido de resistente às transformações necessárias, nem revolucionário, como propugnador de soluções bruscas. Exercitando a autonomia de raciocínio, com energia e prudência, há de buscar o equilíbrio, que concorre para o desenvolvimento ordenado.

Mantendo a atitude de pesquisador da certeza justa, nesse período crítico da vida brasileira, poderá ajudar a que a nova Constituição se afirme como instrumento criador da estabilidade institucional e da paz coletiva. Ora apenas interpretando as normas, ora lhes imprimindo o alcance compatível com a natureza do sistema construído e com as necessidades gerais mutáveis, o Poder Judiciário complementará, no labor constante, o trabalho da Assembléia Constituinte. Criticando ou apoiando, não sendo servos de sua letra nem adversários de suas idéias, os órgãos judicantes analisarão a Constituição com o propósito de fazê-la viva, dinâmica e duradoura. É essa também forma de alicerçar as revisões que se mostrem convenientes.

Tanto mais oportunidade terá de acertar o julgador quanto lhe dê esclarecida colaboração o advogado, privado ou público. Se a provocação dos interessados, apesar de sua natural parcialidade, oferece condições para descoberta da verdade nas dobras do conflito, o juiz terá facilitada sua missão. Essa colaboração será adequada na medida em que os advogados não pleiteiem a submissão passiva aos termos da Constituição, ou a pura rejeição dela, num preceito ou no seu sistema. As posições ideológicas influem na decisão, mas o juiz não pode ignorar a lei que aplica, ainda que por meio dela construa a solução que lhe pareça justa. Observando que, queiramos ou não, somos herdeiros de uma história, sobre a qual pesam todas as contingências do mundo, Simon adverte e aconselha, com sabedoria: "Há um dever de probidade e de justiça na revolta contra o mal; mas há também um dever de fidelidade e de prudência em não recusar no seu conjunto uma civilização que representa, por um tempo certo e num dado lugar, a vitória e a oportunidade do homem".[3] É o caso. Sejam quais forem as divergências que tenhamos – cada qual de nós e os juízes – com a nova Constituição, esta é o pacto aprovado pelos representantes do povo e que passará a reger o destino comum do Estado e da sociedade. Conseguintemente, cumpre a cada cidadão transmitir-lhe um sopro de vida, mesmo lhe apontando impropriedades. Dos juízes não se há de esperar atitude de rebeldia, inconciliável com sua postura. É possível ser independente, sem negação absoluta.

Não se deverá restringir aos advogados, aliás, esse concurso produtivo. Na implantação de novo regime constitucional, a Nação e a Justiça precisam de apoio do povo ao sistema,

[3] Simon, P.H. *L'esprit et l'Histoire.* Paris, Armand Colin, 1954.

para que este possa crescer e frutificar. O que Rui ensinou em 1903, há 85 anos, portanto, aos alunos do Colégio Anchieta, continua exato para todos os brasileiros: ... "bem frágil barreira são as Constituições, quando os povos não firmam debaixo delas o seu teto".[4]

Baseados na lição de erros passados e corroborando a ação construtiva do Poder Judiciário, façamos agora da Constituição o "teto" de todos os brasileiros, para que não sobrevenha, outra vez, a vitória da violência.

[4]Barbosa, Rui. *Discurso no Colégio Anchieta (1903)*. Rio de Janeiro, Casa de Rui Barbosa, 1981. p. 46.