

A MODERNIDADE DO JUDICIÁRIO COMO FORMA DE GARANTIA DA DEMOCRACIA

Paulo Fernando Silveira^(*)

I — O indivíduo e o Estado

Para *Aristóteles* (Política), o Estado precede ao indivíduo, como a família. Seria, a meu ver, como o tijolo em relação à casa. Quer dizer, o tijolo, embora elemento singular, só tem sentido quando cumpre sua destinação final: a obra.

Para outros, porém, o Estado é o coroamento histórico do desenvolvimento político do homem. Deve ser entendido como “conceito historicamente concreto e como modelo de domínio político típico da modernidade” (*Canotilho*).

O relacionamento do indivíduo com o Estado (ou aquele que o representa) é explicado através de várias teorias, como a da origem divina do poder do rei, que deu suporte às monarquias absolutas, onde o rei impunha, sem limites, sua dominação política. “O Estado sou eu” (*Le État C'est moi*), dizia Luiz XIV.

Por força do Iluminismo, surgiu a doutrina contratualista democrática, pela qual o povo teria transferido ao Estado todo o seu poder político, sem dele abdicar contudo. Essa corrente se desdobra em duas: a) da soberania nacional: a nação, como complexo indivisível, é que é titular da soberania (*Sieyès*); e b) da soberania popular: pela qual ela pertence a todos os componentes do povo. A propósito, ensina *Rousseau*: “por esse contrato, o homem cede ao Estado parte de seus direitos naturais, criando assim uma organização política com vontade própria, que é a vontade geral. Mas, dentro dessa organização, cada indivíduo possui uma parcela do poder, da soberania, e, portanto, recupera a liberdade perdida em consequência do contrato social”.

(*) Juiz Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais e autor do livro “Devido Processo Legal”.



Há diversas outras teorias, entre as quais a da soberania do Estado, de origem germânica (*Jellinek, Hegel*) pela qual o povo seria mero elemento da estrutura do Estado, ao lado do Governo e do território; aqui não é o povo que possui o Estado, mas o Estado que possui o povo.

Em síntese, qualquer que seja a teoria adotada para fundamentar a criação do Estado, o indivíduo acha-se sujeito, desde o nascimento até a morte, à sua dominação inafastável.

A história comprovou também alguns fatos: a) o homem, que ocupa o poder, naturalmente procura impor sua concepção política; e b) o Poder, quando sem limites, transforma-se em arbítrio; c) para conter o abuso do poder há necessidade de oposição ativa; d) o exercício pleno da cidadania é o modo mais legítimo e eficaz de limitação do Poder Estatal.

Relembre-se a advertência de *Montesquieu*: “a liberdade política somente existe nos governos moderados. Mas nem sempre ela existe nos governos moderados. Só existe quando não se abusa do poder, mas é uma experiência eterna que todo homem que detém o poder é levado a dele abusar: e vai até onde encontra limites. Quem o diria? A própria virtude precisa de limites. Para que não se abuse do poder é necessário que pela disposição das coisas o poder limite o poder”.

II — Federalismo

O regime democrático adotado em nosso país assenta sua estrutura constitucional em três colunas: a) o federalismo; b) a separação dos poderes e; c) a garantia dos direitos individuais.

Diz a Constituição que o Brasil é uma república federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, todos autônomos. A *União* surge com função de representação estatal externa e pessoa jurídica de direito público interno (CF, arts. 1º e 18).

O federalismo é a pedra angular do sistema, porque reparte o poder entre o governo central e o dos Estados de forma equilibrada, de modo a evitar a concentração do poder, que conduz à ditadura.

Jefferson defendia, como característica vital de um bom governo, a gradação da autoridade, com divisão específica das atribuições, de modo que se colocasse “sob cada um o que seus próprios olhos podem dirigir”, evitando-se, com a fiscalização direta, a malversação do dinheiro público, a corrupção e a tirania. Como é óbvio, os americanos historicamente têm desconfiado da concentração do poder num governo central.

O federalismo permite, ainda, que os Estados-membros sejam autênticos laboratórios sociais e políticos, onde as intervenções podem ser testadas separadamente, multiplicando as oportunidades e minimizando os perigos de fracasso. O federalismo revitaliza e harmoniza os governos inferiores, que cuidam mais diretamente com as necessidades sociais.

Da conceituação do federalismo, três princípios se erigem como seus pilares: a) desconcentração do poder entre os entes políticos; b) intervenção mínima do governo central, como exceção (poderes enunciados) competindo ao Estado-membro todos os demais restantes (poderes remanescentes); c) equilíbrio de poderes entre o ente central e os periféricos.

Foi considerando tudo isso que o *Justice Black* da Suprema Corte americana, citado por Tony Freyer, asseverou: “Nosso conceito de federalismo assenta-se na política básica de evitar concentração excessiva de poder no governo, federal ou estadual”. O *Justice Brandeis* tinha a seguinte visão do federalismo americano: “Unidade é, certamente, essencial para o nosso sucesso. Mas as essencialidades da unidade variam de acordo com o tempo, o lugar e o objetivo do nosso esforço. A unidade não implica necessariamente uniformidade, como também não implica necessariamente concentração de poder. Os fins pelos quais nos unimos, às vezes são melhores obtidos pela diversidade de meios e métodos do que pela uniformidade. Eles podem ser algumas vezes melhor obtidos pela distribuição do poder do que por sua concentração”. Combateu a centralização excessiva: “a presente tendência centralizadora deve ser sobrestada, se quisermos alcançar os ideais americanos, devendo ser substituída pelo inteiro desenvolvimento da vida através de atividades em diversos Estados e localidades”.

Paul Mishkin salientou: “As funções políticas decorrentes de um real e forte federalismo têm se transformado em alguma coisa mais importante do que no passado. Por funções políticas, eu quero dizer as funções dos governos dos Estados (e locais) como fortalezas do pluralismo e da liberdade. Os Estados têm um papel como autônomos centros de poder — e como poder de base — que não são sujeitos ao controle hierárquico pelo poder central”. Referindo-se à função do federalismo no campo político, observou que: “A preservação da autonomia estadual — ou soberania ou integridade — numa extensão suficiente para providenciar poder de base insular e alternativo, é importante mesmo no curso regular dos negócios. Ele supre os meios pelos quais as idéias, programas e candidatos diferentes daqueles dominantes a nível nacional podem emergir, desenvolver e adquirir força”.

Pelo princípio minimalista, o governo central deve intervir o mínimo na vida do povo, que deve ser governado, em princípio, pelos estatutos municipais e leis estaduais. Quanto menos lei federal, melhor. A lei local, por estar mais próxima da realidade vivenciada, será mais respeitada e cumprida.

Desse modo, o indivíduo deveria sujeitar-se a aproximadamente 90% de leis locais (estaduais e municipais) e, apenas, a 10% de leis federais.

Compete ao povo, no exercício da cidadania, evitar a quebra do equilíbrio federativo, que no Brasil ocorre pela atribuição indevida à *União* de poderes nitidamente de competência estadual ou municipal.

ENTES POLÍTICOS DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA (CF — ARTS. 1º E 18):

União

Estados-membros

Municípios

Observação:

1) Predominância do interesse próprio de cada ente político.

2) Prevalência da legislação federal sobre a estadual e municipal, exceto:

Em relação ao Estado-membro: sobre as competências e princípios estabelecidos que não lhe sejam vedados pela Constituição (poder remanescente — CF, art. 25, § 1º).

Em relação ao Município: sobre os poderes definidos indicativamente, relacionados sobre assuntos de interesse local (CF, art. 30, inciso I).

Em relação a ambos: sobre matéria tributária privativa de cada ente federado.

3) Competência material e legislativa privativa da União (enumeração dos poderes — CF, arts. 21 e 22).

Nota — Há excesso de centralização com quebra do equilíbrio federativo. Ex.: Direito material concentrado na União.

4) Competência material comum da União, Estados e Municípios (CF, art. 23).

5) Competência legislativa concorrente da União e Estados (CF, art. 24).

União — normas gerais (§ 1º)

Estados — a) Suplementar (§ 2º)

b) Plena: à falta de normas gerais (§ 3º)

c) A superveniência de normas gerais federais suspende a eficácia da lei estadual no que lhe for contrário.

6) Competência de enumeração exaustiva a cada ente político na área tributária, ficando a competência residual para a União (CF, arts. 145/156).

7) Cooperação no que se refere à repartição da receita tributária:

a) participação em impostos de outro ente (IR na fonte, servidores dos Estados e Municípios).

b) participação em receita partilhada segundo a vinculação ao fato gerador do ente beneficiado — ITR, IPVA, ICMS.

c) participação em fundos — FPE e FPM.

8) Órgãos de atuação regionais: Sudam, Sudene etc.

Obs.: A inclusão do Município como ente federativo constitui inovação do Direito Constitucional brasileiro.

III — Separação dos poderes

“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, reza a Constituição Federal (CF — art. 2º).

A separação dos poderes constitui fórmula última e refinada de contenção do poder, servindo como poderoso controle contra ações arbitrárias. A idéia nuclear, que embasa a separação dos poderes, é a de se evitar a tirania em virtude da concentração do poder em uma pessoa ou grupo dominante. Pelo princípio da separação dos poderes, estabelece-se o equilíbrio do poder (*balance of power*), a ser mantido entre os três ramos do governo: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. A teoria tripartida dos poderes, como princípio de organização do Estado constitucional, é uma contribuição de *Locke* e *Montesquieu*. Este último se apóia naquele e, equivocadamente, no que supõe ser a realidade constitucional inglesa, formula sua doutrina da separação dos poderes: um Estado onde os três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) estariam modelarmente separados e mutuamente contidos, de acordo com a idéia de que o poder detém o poder (*Le pouvoir arrête le pouvoir*).

Os Artigos Federalistas (*The Federalist Papers*) enfatizaram outra virtude na separação dos poderes, ou seja, o crescimento da eficiência e da efetividade governamental. Sendo limitadas as funções especializadas (legislativas, executivas e judiciárias), os diferentes ramos do governo desenvolvem a habilidade e o senso de orgulho em seus papéis, que não seriam alcançados ou superados de outra forma. Eles pensavam que o governo nacional seria mais eficiente se fossem separadas as funções executivas das legislativas. Uma segunda razão para dividir o poder — mencionado com ênfase por *Madison* — era a prevenção da tirania.

Como as opções e ações políticas desenvolvidas pelos outros ramos governamentais se realizam através da lei, aí deve recair o controle político pelo Judiciário. Inere-se que a palavra final (o teste ácido) sobre a qualidade dos atos dos outros dois Poderes, em confronto com as intenções assentadas na Constituição, remanesce com o Judiciário. Ao Judiciário foi constitucionalmente outorgado o poder de dizer o que a lei é, na feliz frase de *Marshall*: “é infaticamente área de atuação e dever do departamento judiciário dizer o que a lei é ...”.

Confirmando esse entendimento, enfatizou *Hamilton*: “é muito mais sensato supor que os tribunais foram concebidos para ser um intermediário entre o povo e o Legislativo, de modo a, entre outras coisas, manter este último dentro dos limites atribuídos a seu poder. A interpretação das leis é o domínio próprio e particular dos tribunais. Uma Constituição é de fato uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juizes. Cabe a eles, portanto, definir seu significado tanto quanto o significado de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo. Caso ocorra uma divergência irreconciliável entre ambos, aquele que tem maior obrigatoriedade e validade deve, evidentemente, ser preferido. Em outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao estatuto, a intenção do povo à intenção de seus agentes”.

Não existem mais, na esfera dos outros ramos governamentais, ações exclusivas, não apreciáveis pelo Poder Judiciário, que é o intérprete último da vontade constitucional (controle da constitucionalidade das leis).

Contudo, o Legislativo pode emendar a Constituição visando superar uma decisão incômoda do Judiciário. Pode também editar lei ampliando ou esclarecendo o fundamento judicial adotado.

A fim de sossegar os espíritos quanto a uma ditadura do Judiciário, comentou: “Todo aquele que considerar atentamente os diferentes poderes perceberá que, num governo em que eles estão separados, o Judiciário, pela natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição, por ser o menos capaz de transgredi-los ou violá-los. O Executivo não só dispensa as honras como segura a espada da comunidade. O Legislativo não só controla a bolsa como prescreve as regras pelas quais os deveres e direitos de todos os cidadãos serão regulados. O Judiciário, em contrapartida, não tem nenhuma influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa; nenhum controle tem sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Pode-se dizer que não tem, estritamente, força nem vontade, mas tão-somente julgamento, estando, em última instância, na dependência do auxílio do braço Executivo até para a eficácia de seus julgamentos”.

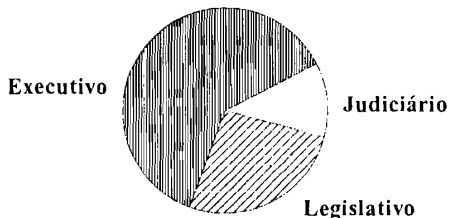
PODERES DA UNIÃO, INDEPENDENTES E HARMÔNICOS ENTRE SI (CF, ART. 2º)

Legislativo — Executivo — Judiciário.

Notas:

- 1 — Repartição igualitária dos Poderes Políticos do Estado.
- 2 — Os Poderes Legislativo e Executivo atuam representando a vontade da maioria, enquanto que o Judiciário, como Poder não eleito, defende os interesses da minoria.
- 3 — Proporciona a fiscalização e controle pacíficos de um Poder sobre os demais (*Checks and balances* — freios e contrapesos).
- 4 — Veda o predomínio de um (ou de dois) sobre os demais (ou do outro).
- 5 — Reduz o fisiologismo político do Congresso Nacional, passando o Judiciário, como terceiro Poder, a intervir nas decisões políticas (checar as limitações constitucionais).
- 6 — Preserva a democracia.
- 7 — Evita o golpe de Estado e a ditadura.

Divisão real aproximada dos Poderes da União no contexto político atual



Notas:

- 1 — Está havendo edição exagerada de medidas provisórias inconstitucionais por ausência dos pressupostos de “relevância” ou “urgência”.
- 2 — Com isso, há usurpação das funções indelegáveis do Legislativo.
- 3 — Resulta, faticamente, em concentração de poderes legislativos e executivos em um só ramo do Governo.
- 4 — Ocorre, ainda, o esvaziamento do poder fiscalizador do Congresso Nacional (orçamento e tributação do povo).
- 5 — O Judiciário, ao emprestar irrestrita fidelidade à lei, inclusive às medidas provisórias, dá legitimidade aos atos do Executivo nelas fundamentados, sem antes confrontar sua validade com a Constituição.
- 6 — O Judiciário não exerce sua função constitucional delimitadora da ação política dos outros poderes, máxime o Executivo (*to check*).
- 7 — Daí o crescimento desproporcional, impróprio e perigoso da força política do Executivo.
- 8 — Há, então, aumento do risco de ditadura (ameaça à democracia) pela perda do equilíbrio entre os poderes.
- 9 — O Judiciário ainda se auto-excluiu, de modo absoluto, do exercício do controle sobre o mérito do ato administrativo, com a adoção do princípio de que o juiz não pode substituir o administrador no uso do poder discricionário. Tal fato coloca o ato administrativo acima da lei, cuja constitucionalidade pode ser sempre cotejada. O mérito do ato administrativo deve ser anulado pelo Judiciário quando não for evidentemente razoável, ferindo os interesses da comunidade. O Judiciário só não intervirá quando houver pura escolha política.

IV — Freios e contrapesos (*checks and balances*)

A doutrina dos freios e contrapesos (*checks and balances*) teve sua origem na Constituição americana. Na lição de *Robert F. Nagel*, por ela combinou-se o princípio da separação dos poderes com o *balance*, que tem como antecedente o governo misto da Grã-Bretanha, onde a realeza compartilha algumas das funções legislativas e onde à aristocracia foram dados o poder de julgar e o de fazer leis na Casa dos Lordes. *Balance* envolve a partilha do poder entre os ramos do governo e um ativo controle de um pelo outro. Sua função tem sido a de bloquear o controle popular sobre a edição das leis e assegurar a representação dos interesses de classe ... a doutrina do *Judicial Review* (controle de constitucionalidade das leis) permite ao Judiciário partilhar e controlar (*check*) o poder de ambos os ramos governamentais: Legislativo e Executivo.

Mediante a combinação da doutrina da separação dos Poderes com o princípio dos freios e contrapesos, cada ramo do governo foi provido de independentes meios de exercer *checks on and to balance* as atividades dos outros dois, garantindo que nenhum corpo em que se desdobra o poder político possa exercer autoridade ditatorial sobre os trabalhos do governo. Os poderes dados pela Constituição a cada um são delicadamente controlados pelo poder dos outros dois, evitando os excessos.

Através dos freios e contrapesos, em combinação com a separação dos poderes, procura-se proteger o cidadão contra o surgimento de governo tirânico, ao estabelecer múltiplas cabeças de autoridade no governo, as quais se posicionam uma contra a outra em permanente batalha. A intenção da Carta é negar a uma delas a capacidade de permanentemente consolidar toda autoridade governamental em si mesma, enquanto permite no todo o desenvolvimento tranqüilo do trabalho do governo.

A propósito eis a lição de *Peter L. Strauss*: “Em teoria, a junção de todas as funções governamentais em uma só autoridade, não controlada pelas outras, é um convite à tirania. A interpenetração das funções e a competição entre os ramos protegerão a liberdade ao prevenir à adição irreversível do poder final em um só deles”. Como escreveu *Madison* nos Papéis Federalistas, a essência reside em “dar àquele que administra cada departamento os meios constitucionais necessários e motivos pessoais para resistir ao predomínio dos outros”.

Do mesmo modo, assim se manifestou *Charles L. Bluck*: “O que um governo de poderes limitados precisa no começo e para sempre, ao utilizar os meios de satisfazer o povo, é tomar todos os passos humanamente possíveis para permanecer dentro do seu poder. Isso é condição de sua legitimidade, e sua legitimidade, ao longo do tempo, é condição de sua própria vida”.

V — *Devido processo legal*

Mas a contenção do poder também se expressa através do princípio do “devido processo legal”. Remonta ao preceituado no § 39 da Magna Carta Inglesa, de 1215, com a redação da versão atualizada de 1226, quando ali foi dito que nenhum homem será privado de seus direitos ou bens, senão através de um julgamento legal, *verbis*: “Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu *status* de qualquer outra forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra”.

Esse conceito, impregnado de justiça e decência, foi transplantado para a Constituição Americana de 1787, onde através da Emenda 5, inserida no *Bill of Rights*, prevê que “ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal”.

O princípio foi adotado pela Constituição Brasileira de 1988, com quase oito séculos de atraso, quando dispôs no art. 5º:

“LIV — ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Esse dispositivo constitucional vem complementado pelo inciso LV, assim editado:

“LV — aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Indissolúvelmente vinculado ao devido processo legal, sendo, inclusive, meio próprio para sua verificação, encontra-se a obrigação de toda autoridade (militar, policial, civil: administrativa ou judicial) de fundamentar suas decisões, a fim de se aferir não só sua legalidade estrita, mas também a justiça e moralidade do ato.

A Constituição Federal trata do assunto no art. 93:

“IX — todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;

X — as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”.

Não obstante a garantia da motivação dos atos administrativos e pronunciamentos judiciais não constar tecnicamente das cláusulas pétreas, cujo núcleo é imodificável através de emendas à Constituição (CF, art. 60, § 4º), acha-se evidentemente aí incluída, por agregar-se inseparavelmente ao princípio do devido processo, que faz parte das garantias fundamentais.

Embora inscrita no capítulo destinado ao Poder Judiciário, essa garantia, imantada pelo devido processo e pela cláusula da igual proteção, se estende, como obrigação inafastável, a toda autoridade da Administração Pública.

Também, o direito à igualdade (“Todos são iguais perante a lei ...” — CF, art. 5º) não se materializa juridicamente por si só, necessitando do manejo do processo, como instrumental garantidor de sua existência onde, tanto no aspecto processual como no substancial, encontra-se abrangido pela cláusula milenar do devido processo legal (*Due process of law*).

Significa dizer que todas as garantias fundamentais outorgadas pela Constituição — inclusive a coluna mestra da igualdade, colocada como a maior de todas, tirante o direito à vida, por já estar incorporada no devido processo — passaram a se vincular direta e objetivamente à cláusula do devido processo, num vínculo de sujeição, a qual passou a dominar aquelas.

VI — Dualidade

O princípio do devido processo legal como instituto de defesa do indivíduo apresenta duas faces: uma processual e outra substantiva.

Através do devido processo legal procedimental exige-se o tratamento igualitário das partes no processo, o direito ao contraditório e à ampla defesa, encampanando, na esfera criminal, o princípio da inocência e a vedação de o acusado produzir prova contra si, materializado no direito de permanecer calado.

Portanto, privilegia-se a ampla defesa, o contraditório, a motivação das decisões administrativas e judiciárias, o direito ao recurso, ao julgamento justo.

A segunda é forma de contenção do poder dos outros dois ramos governamentais pelo Poder Judiciário, através da inconstitucionalização de leis ou de atos administrativos, em confronto vertical, como normas periféricas, com a regra matriz constitucional.

No âmbito substantivo, o devido processo autoriza ao Poder Judiciário, no exercício de seu poder político como ramo do governo, aferir, a um tempo, a razoabilidade da lei, bem como exercer escrutínio estrito (suspeitar da lei) relativamente àquelas que violem as liberdades civis individuais, exercendo o controle sobre os outros dois departamentos do governo, através da doutrina dos freios e contrapesos (*checks and balances*).

Ao interpretar a Constituição, outros direitos individuais podem ser aflorados pelo Judiciário da zona de penumbra constitucional como emanações de correntes do princípio do devido processo legal.

VII — Controle pelo Judiciário

O Judiciário, como poder fracionário político independente, exerce os freios e contrapesos através do controle da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos.

Esse controle se instrumentaliza através da cláusula do devido processo legal, que em sua forma substantiva permite ao Judiciário aferir e valorar politicamente a razoabilidade dos atos e opções dos outros ramos governamentais, em face do espírito e princípios que fundamentam a Carta Política.

O juiz, como agente político, manifesta, ao interpretar a Constituição, julgando o caso concreto, seu modo pessoal de visão do mundo, conservador ou progressista.

É tão legítima essa postura do Poder Judiciário, como demonstra a História Constitucional Americana, que o Judiciário, lá, assentou dois modos de se encarar a lei em face da Constituição:

- a) Leis abordando aspectos econômicos: são consideradas em princípio constitucionais, salvo se o demandante demonstrar que a lei não é razoável aos olhos de um cidadão comum (princípio da razoabilidade das leis);
- b) leis que atingem direitos civis: são consideradas *a priori* suspeitas, merecendo do Judiciário um exame mais severo e estrito quanto à sua constitucionalidade. Aqui compete ao Estado demonstrar um relevante interesse público de modo a justificar que os direitos individuais sejam afetados ou restringidos.

Vê-se que através da cláusula do devido processo legal pode-se facilmente alcançar, entre outros, os seguintes objetivos:

a) dar nova dimensão à luta do indivíduo pela sua libertação, fornecendo como ferramenta jurídica o princípio do devido processo legal, que representa uma das maiores conquistas do homem no sentido de, de um lado, ter um julgamento justo e imparcial e, de outro, conter a atuação estatal dentro de limites aceitos pela sociedade democrática;

b) evidenciar que o poder estatal deve ser exercido limitadamente dentro do contexto democrático, dando-se relevância às salvaguardas da separação dos poderes e do controle de um sobre os outros dois ramos, através da doutrina dos freios e contrapesos (*Checks and Balances*);

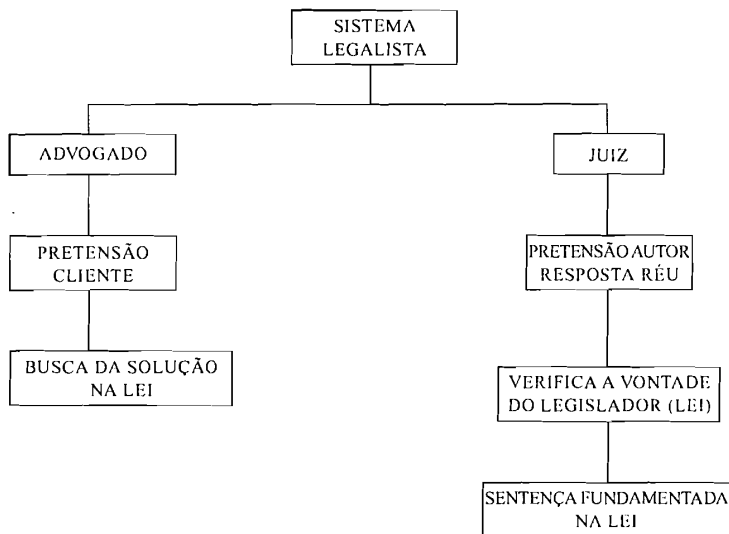
c) revelar a existência de algumas estruturas privilegiadas em situação de incompatibilidade com a democracia, que se assenta, sobretudo, na igualdade com a liberdade, visando ao aperfeiçoamento das instituições políticas;

d) reavaliar, dentro dessa conjuntura, a posição do Poder Judiciário, sugerindo-se uma mudança substancial: o juiz deixará de ser apenas um técnico em Direito passando a atuar como agente político, em correta correspondência com sua participação fracionária do poder estatal. Adotando essa nova postura, o juiz deixará de ser um mero aplicador da lei, tornando-se, antes de tudo, um defensor das instituições democráticas e realizador da Justiça. Assim, o Poder Judiciário passará a controlar efetivamente a atuação dos dois outros ramos do governo e, de outro lado, ao confrontar verticalmente a lei (regra periférica) com a Constituição (norma matriz), dará prevalência à realização dos preceitos da Lei Fundamental, realizando, com isso, a vontade do povo, que é a fonte primária de todo poder estatal;

e) democratizar o próprio Poder Judiciário, introduzindo nele a participação popular, dando-lhe maior legitimidade, de tal modo que sua atuação também fique sujeita ao debate e controle públicos.

Evidentemente essa abordagem não esgota a profunda e ampla dimensão da cláusula do devido processo, cujo mundo fascinante deverá ser descoberto e palmilhado por todos que amam a liberdade e detestam o arbítrio, que é o inimigo maior da cidadania.

I — MODELO DO PENSAMENTO JURÍDICO ATUAL
QUANTO À ATUAÇÃO JUDICIAL



Observações:

- 1) Sistema fechado e esclerosante: a lei não acompanha a velocidade das mudanças dos fatos da vida.
- 2) Falta de compromisso do advogado e do juiz com a justiça.
- 3) O juiz é um mero técnico do Direito; torna-se aplicador cego da lei.

4) O Judiciário atua fora da realidade social, deixando de ter legitimidade como poder público independente.

5) Há completa submissão do Judiciário ao Legislativo, em detrimento da independência dos poderes.

6) O Judiciário, como poder não eleito, não atua em defesa da minoria excluída dos benefícios da lei, supostamente editada em favor da maioria. No Brasil, onde ocorre hipótese inversa — a grande maioria se encontra marginalizada dos benefícios concretos do país — o Judiciário atua, ao só observar a lei, em benefício de uma minoria privilegiada, encastelada historicamente no poder.

7) O sistema legalista força a necessidade de mais leis para adequar as antigas aos fatos sociais novos (cobrança constante ao Legislativo).

8) São feitas críticas indevidas ao Legislativo pela falta de renovação dos códigos.

9) O legalismo favorece a edição exagerada de medidas provisórias pelo Executivo, com usurpação das funções do Legislativo e do Judiciário.

10) A sociedade fica paralisada aguardando leis para normatizar os fatos sociais (cerceia-se a iniciativa privada, com engessamento das atividades, principalmente do comércio).

11) Acontece desprezo à Constituição (vontade do Povo), que é simplesmente ignorada ou esquecida, homenageando-se somente a lei (vontade dos representantes do povo).

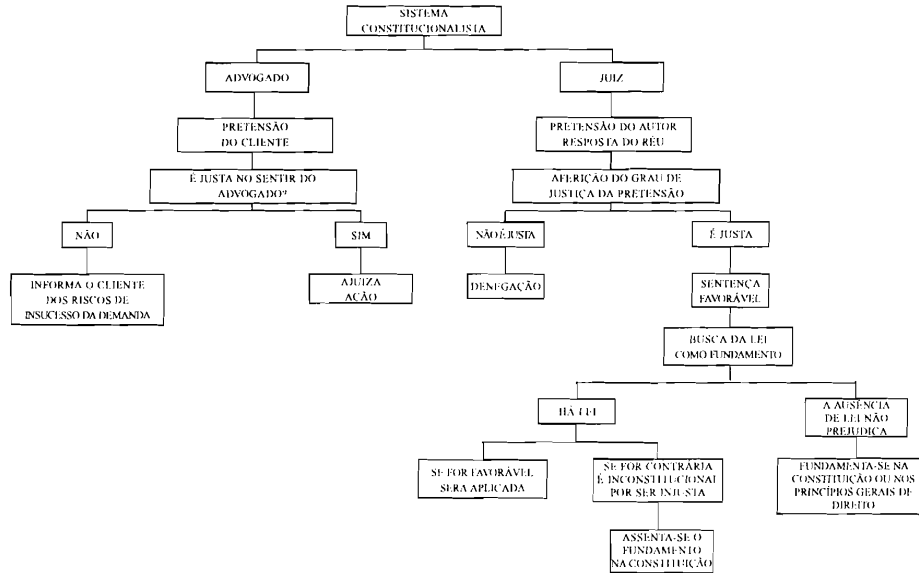
12) Prevalecem os interesses de minoria privilegiada (Congresso Nacional) em virtude de defeitos na Lei Eleitoral no tocante à efetiva e proporcional representação política da maioria, que não acontece.

13) Há comprometimento da democracia, favorecendo-se a ditadura.

14) A lei é única fonte do direito.

15) Nas universidades, os diversos ramos do Direito são estudados autonomamente sem indagação de sua validade em face da Constituição (enfoque privatístico).

2 — MODELO DO PENSAMENTO JURÍDICO DA MODERNIDADE
SOBRE A ATUAÇÃO JUDICIAL, IMEDIATAMENTE APLICÁVEL COM BASE NO SUBSTANTIVO DEVI-
DO PROCESSO (*SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW*)



Observações:

1) Constitui sistema aberto e renovador: dá vida e substância à lei ou à Constituição.

2) O juiz torna-se agente político, realizador da Justiça efetiva, como membro de um dos poderes políticos da República.

3) Surge o compromisso dos atores judiciais (parte, advogado e juiz) com a Justiça, fundamentalmente com base na Constituição (sempre justa) com a qual deve ser cotejada a razoabilidade da pretensão.

4) Ocorre a prevalência da Constituição (vontade do povo) sobre as leis (vontade dos representantes do povo), já que o representante não é maior que o representado.

5) O Judiciário, como poder não eleito, atuará em defesa das minorias excluídas dos benefícios da lei, editada em favor da maioria, supostamente representada pelo Congresso Nacional. No Brasil, onde ocorre hipótese inversa — a grande maioria se encontra marginalizada dos benefícios do país (iguais oportunidades na luta pela aquisição dos bens materiais e desenvolvimento das faculdades intelectuais) — o Judiciário defenderá os interesses da maioria, inconstitucionalizando as leis que ofertem privilégios às minorias.

6) Legitima-se o Judiciário como poder político independente, como último intérprete autorizado da Constituição (dizer o que a lei é).

7) Põe-se em relevância que a fonte de validade da lei é a Constituição, com a qual deve se harmonizar sob pena de inconstitucionalidade.

8) Preservam-se os interesses da maioria, favorecendo-se a democracia, eliminando-se o risco da ditadura proveniente do Executivo.

9) Há desnecessidade de mais leis, eis que o Judiciário julgará o caso com lei ou sem ela, fundamentando-se na Constituição Federal e nos Princípios Gerais de Direito, apoiando-se, para isso, no substantivo devido processo legal (*substantive due process of law*).

10) O Legislativo passa a exercer suas funções primárias: controle dos gastos do orçamento pelo Executivo e Judiciário (CPI e TCU) e proteção do indivíduo contra imposições tributárias excessivas por parte do Executivo.

11) Torna-se regra transparente a limitação efetiva dos Poderes, já que cada um agirá dentro de sua esfera de ação (independência), sujeito ao controle dos demais pelo sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

12) O sistema favorece a íntima conexão das decisões judiciais com a realidade social.

13) Emergem, como consequência, maior liberdade e agilização do comércio, à míngua de entraves legais ou por falta de lei.

14) A decisão judicial, não obstante conter elevada carga subjetiva de justiça, limita-se e vincula-se, objetivamente, ao preceituado na Constituição e aos princípios gerais de Direito.

15) A jurisprudência transforma-se, também, em fonte do Direito ao lado da lei (*stare decisis*) forcejando o efeito vinculante.

16) Nas Universidades, os ramos periféricos do Direito são estudados em sua íntima conexão com a Constituição (norma matriz) fonte de sua validação (visão eminentemente de Direito Público).