

Das limitações ao Poder Judiciário no Direito Constitucional Brasileiro

SUMARIO — Submissão ao princípio da legalidade — Processo de escolha dos membros — Composição — Originalidade do Júri Popular — Razão e sentido das garantias de que goza o Poder Judiciário — Sua função — Hierarquia das normas — Poder sob a lei. — O que é a interpretação das leis — Sentido do preâmbulo das Constituições — Invocação da livre interpretação como necessidade do tempo — Conseqüente rebeldia contra o princípio da legalidade — Conseqüências relativas ao regime democrático — Inconvenientes da chamada interpretação construtiva, sociológica ou livre — O art. 114 do C.P.C. — As lições de Carnelutti e Orozimbo Nonato — Os artigos 4.º e 5.º da nova Introdução ao Código Civil — O exemplo do New-Deal — Ordem Jurídica e Constituição — Que é democracia — O problema da limitação do Judiciário — Limitação interna — Limitação funcional dos Poderes — Inconstitucionalidade do art. 114 do C.P.C. — O art. 5.º da nova introdução ao Código Civil viola o princípio da legalidade — Possibilidade, na Norte-América, de alteração, pelo Congresso, do número de membros da Corte Suprema — Impossibilidade, no Brasil — Quando e como pode ocorrer demissão de um Ministro do Supremo — O art. 200 da Constituição como limite ao arbítrio — Art. 46 e 99 da Constituição — O poder do Executivo de indultar ou comutar a pena como limitação ao Judiciário.

J. PINTO ANTUNES
Professor catedrático da Faculdade de
Direito da Universidade de
Minas Gerais

O Poder Judiciário, tal como o Legislativo e o Executivo, está submetido ao princípio da legalidade. É um poder subordinado à lei. Só pode julgar de acôrdo com a lei.

Enquanto, porém, os titulares dos demais poderes são eleitos diretamente pelo povo, os do Judiciário são escolhidos por processo diverso; a seleção deles, obedecidas certas exigências constitucionais, é feita pelo Poder Executivo, e em se tratando dos Ministros do Supremo, participa da nomeação o Senado Federal.

De fato, o Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze ministros, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal.

Os membros dos demais tribunais são escolhidos por processos variados mas, sempre, com a participação do Executivo que lava o decreto de nomeação. As promoções, salvo os casos de restarem direito de antiguidade no exercício do cargo, são feitas, igualmente, pelo Executivo, embora num caso e noutro — de nomeação e promoção, seja exigida uma colaboração do próprio Judiciário com a formação de listas que contém a liberdade do Executivo no preenchimento dos cargos.

O júri oferece, porém, originalidade na composição; o corpo de jurados é selecionado pelo titular do Poder Judiciário na comarca. A escolha do tribunal se processa por sorteio e, em seguida, seleção entre os sorteados, pelo representante do povo e o do acusado. Mas o representante do povo, entre nós, é por nomeação do executivo, embora precedida de provas e outras formas de seleção.

Esta ausência do povo na escolha do Judiciário e a presença multiforme do Executivo nos atos de nomeação e promoção criam um problema para as liberdades fundamentais. Vimos que toda a mecânica das instituições tem por objetivo a garantia dos direitos individuais; esta é fim; aquela é meio.

A divisão dos poderes, a independência deles, a limitação dos poderes, enfim, constitui a técnica constitucional que adotamos para garantir as nossas liberdades fundamentais. A origem popular do Executivo e Legislativo constitui a primeira condição que limita as possibilidades do abuso.

Orá, em se tratando do Judiciário falta esta origem popular que é fator de independência. Por isso é que o legislador constituinte, em compensação, se esmerou em assegurar garantias a seus membros como sejam a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade dos vencimentos (art. 95).

Com tais medidas essenciais e outras de menor tomo, corrigem-se os riscos de integral subordinação do Judiciário ao Executivo, assegurando-se aos seus membros independência de julgamento.

Constituído o Judiciário, com as garantias de independência, cabe a êle a aplicação da lei nos casos de controvérsias. E nesta função de realizar o direito está adstrito à hierarquia das normas; compete-lhe negar a aplicação de uma lei mas somente quando em contradição com outra de categoria mais elevada; a todas sobreleva a lei constitucional.

Eis aí, no respeito da hierarquia das leis, o primeiro e principal limite à sua atividade específica de aplicador do direito aos casos controvertidos. Mas, neste ponto, sofre da limitação comum a

todos os poderes: — a lei, ou melhor — as leis, na ordem da sua hierarquia, disciplinam, limitam todos os poderes, inclusive o Judiciário; é êle um poder **sob** a lei, como qualquer outro.

A interpretação da norma não é criação de direito; é, simplesmente, explicação do seu conteúdo, desenvolvimento das suas virtualidades, tudo dirigido pelo espírito do regime, o sentido profundo da Constituição, segundo as suas origens na consciência do povo que a determinou. O preâmbulo das constituições é a expressão do clima espiritual em que se impregnaram os espíritos dos constituintes. Por isso é fonte segura para a interpretação das grandes decisões do regime.

Nestes últimos anos o exemplo da hipertrofia do Executivo animou o Judiciário que lhe seguiu a trilha. E o Judiciário sentiu-se, a modo dos executivos ditatoriais, **solutus legibus**, livre das cadeias da lei, pela livre interpretação que invocou como imposição das necessidades do tempo.

Tocamos num grande problema de técnica do regime democrático porque se refere à rebeldia de um dos poderes a se submeter ao princípio da legalidade, oriundo da divisão dos poderes e supremacia da Constituição.

Cada poder, nos momentos de crise do sistema democrático, procura monopolizar a fonte do direito positivo: — o Legislativo, pela conservação indeterminada, no tempo, do Poder Constituinte, tal como aconteceu na revolução francesa; o Executivo, pelos decretos-leis — cria e aplica a norma sem respeito à divisão funcional dos poderes e à hierarquia legal preestabelecida por outro poder; e o Judiciário, por sua vez, que devera ser o maior servo da lei, pela técnica da interpretação **construtiva**, cria, de fato, a lei, para depois aplicá-la ao seu alvedrio.

Estas manifestações são tôdas expressões da mesma reação ao princípio da separação e limitação dos poderes e, por consequência, de rebeldia contra o sistema democrático que é, por essência, um regime de subordinação estrita à lei elaborada e aplicada segundo uma mecânica de pesos e contrapesos políticos.

Pela chamada interpretação construtiva, sociológica ou livre, o sistema jurídico perde toda sua estabilidade e as suas principais propriedades para a garantia dos direitos fundamentais — a certeza e a precisão. Ao invés de informar o mundo das relações é informado por êle ao arbítrio do intérprete das circunstâncias. O juiz se transforma em sociólogo e segundo as impressões do meio, assim, **origina**, a lei. A lei **legislada** é mero pretexto; veículo ôco de conteúdo, por onde se escoia a filosofia do magistrado. No fim, cada juiz tem a sua lei, como se fôra legislador do caso particular.

Diz o **Código de Processo Brasileiro**, de 18 de setembro de 1939, e, por conseguinte, símbolo de uma época:

Artigo 114 — Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fôsse legislador.

Aliás, CARNELUTTI já concluiu de forma incisiva:

"che il rapporto si regoli secondo equità vuol dire si regola como vuole il giudice (1)".

O Snr. Ministro OROZIMBO NONATO, também antigo professor da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, com esta dobrada autoridade ensina e julga nêstes termos:

"Se a lei não é suficiente para revelar as regras jurídicas tôdas, e se a analogia, em qualquer dos seus graus (e na sua expressão mais elevada, a **analogia juris**, ela forma, segundo WINDSCHEID, a parte mais nobre da interpretação) falha, há que procurar solução em região ainda mais soberba e cuja designação varia — o direito natural, a unidade orgânica do direito (SAVIGNY), a natureza das coisas (STOBLER, REGELSBERGER), "super-legalidade" (JOSSELAND), princípios gerais, etc., tudo sem fazer da jurisprudência, como dizia IHERING, a matemática do direito e sem relegar ao obliuio o fim social das leis e das instituições... (2)".

O Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 (note-se a data — 1942), que deu nova Introdução ao Código Civil, contém dois preceitos que legalizaram a liberdade judicial, nêstes termos:

"Art. 4.º — Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acôrdo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito".

Agora, o mais importante:

"Art. 5.º — Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Êste espírito que domina, contemporaneamente, os titulares do Judiciário, todos sabem o que êle significa para os regimes democráticos. O **New-Deal de Roosevelt**, em contradição patente com a Constituição americana, de princípios liberais, do século 18, foi, a princípio, declarado inconstitucional, mas, logo depois, graças às interpretações sociológicas ou construtivas, foram havidas por constitucionais, em novo exame, as medidas intervencionistas que determinava.

Nem as constituições rígidias resistem a esta investida do Judiciário — legislador (**judge made-law**).

Esta super-legalidade que invoca, como no caso do eminente Ministro brasileiro, acima citado, é, em última análise, um **solutus catena**, uma fuga ao princípio universal da legalidade que, nos regimes democráticos, cobre, contém e limita a atividade de todos os poderes. E é êste princípio que faz da democracia um Estado de direito, um govêrno da lei e não dos homens.

Confessar, admitir, que o sistema jurídico da Nação é insuficiente para disciplinar a riqueza das espécies, incapaz de prever, na

sua disciplina, a variedade das relações, é declarar a falência da ordem jurídica do país e pregar o regime das leis posteriores ao fato.

Nega-se, com a doutrina da interpretação construtiva, que a disciplina legal da sociedade seja consequência de uma ordem jurídica, i. é — uma "unidade que resulta da disposição conveniente de muitas coisas".

Nos regimes democráticos o princípio da ordem é a Constituição, que contém diversas ordens subordinadas à ordem suprema da Lei máxima.

Se cada aplicador do direito **constrói** a sua norma, segundo a **própria** filosofia social, é inútil a **ordem** jurídica da Constituição que o povo **ditou** à atividade de todos os poderes. A Constituição, que contém os termos da procuração, segundo os quais o povo consente em ser governado, transforma-se em letra morta, porque os governantes passam a governar como se fôsem titulares de uma procuração em **causa própria**. E esta espécie de procuração, no direito público, é a feição da autocracia; o poder que a desempenha não está **sob** a lei, mas **sobre** a lei e, por isso, é um poder tirano.

A **superlegalidade** invocada é uma evasão declarada às malhas do ordenamento jurídico, que é uma hierarquia de normas presidindo a ordens parciais, dentro da grande **Ordem constitucional**.

O Judiciário **sobre a lei** é um Poder Constituinte em função permanente. E esta é a técnica dos poderes ilimitados que caracteriza a ditadura de um grupo ou de um poder político.

Democracia é o regime **sob** a lei impessoal, abstrata e universal, dentro dos limites de um Estado. E lei criada pelo povo, não a **propósito**, individualmente concebida e destinada, mas para a disciplina das **relações-tipo**; não para a ocasião, eventualmente criada, mas para o futuro.

Por conseguinte, o problema de **limitação** do Poder Judiciário está no submetê-lo à lei, ao princípio da legalidade, para que êle seja um govêrno do povo, **pelo** povo, na esfera da sua competência.

Internamente, o Judiciário, tal como o Legislativo em duas câmaras, se limita reciprocamente, através dos graus de jurisdição; as instâncias, com os recursos sucessivos, garantem a propriedade da lei à espécie **sub-judice**. E como jurisdição suprema, sobre tudo e todos, está o Supremo Tribunal Federal que pelo recurso extraordinário (art. 101, III) assegura a unidade jurídica nacional, mantendo incólumes os primeiros princípios da ordem jurídico-constitucional escolhida solenemente pelo povo brasileiro em Assembléia Constituinte.

E a Constituição nacional não deixa dúvidas sobre a limitação funcional dos poderes quando recomenda, de forma categórica, o seguinte:

Art. 36.º — São poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

§ 1.º — O cidadão investido na função de um dêles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição.

E para acentuar, mais ainda, esta determinação, acrescenta, no § 2.º a seguinte proibição:

"É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições".

É o próprio Poder Legislativo, muitas vezes, o responsável direto ou indireto desta delegação de poderes de legislar ao Poder Judiciário e mesmo ao Executivo. Ao fixar as normas legais êle o faz com palavras vagas, através dos chamados "standards legais" os quais são termos equívocos que permitem interpretações livres, à vontade do intérprete. Isto, quando não delega, expressamente, o seu poder originário aos demais poderes e, então, o regulamento do Executivo, *solutus legibus*, tem a amplitude da lei, e da mesma maneira, a decisão do magistrado é legislação no caso particular.

O artigo 114, do **Código de Processo Civil**, autorizando, na hipótese que assinala, a função legislativa ao juiz, é uma pretendida derrogação ao princípio da separação dos poderes e que não foi prevista pela **Constituição**; por isso, é inconstitucional e não mais se coaduna com o sistema democrático brasileiro.

E a regra de interpretação do artigo 5.º da nova **Introdução ao Código Civil**, pelo seu sentido doutrinário universal, é uma velada violação do **princípio da legalidade** que tem na separação dos poderes a condição, por excelência, do seu império.

Mas se, pelo recurso extraordinário, afinal, a Suprema Corte controla todos os poderes, quem controla a Suprema Corte, que "is the final arbiter of the meaning of the Constitution? (3)".

"Há, sem dúvida, diz RUI BARBOSA, freios a esta supremacia arbitral, que de certo, não confere à Corte Suprema os foros de **sobereana da Constituição**. Consistem êles no receio da opinião pública, no risco da acusação parlamentar (**impeachment**) e no arbítrio, reconhecido ao Congresso, de alterar o número dos membros da Corte Suprema, freios êstes dos quais o último não existe entre nós, onde a Constituição do país, art. 56, fixou em quinze membros a composição do Supremo Tribunal Federal (4)".

Isto dizia o Mestre a respeito da Constituição de 1891, mas pode-se repetir a lição para a de 1946.

De fato. Os Ministros do Supremo estão sujeitos, tal como o Presidente da República, à demissão, por crimes de responsabilidade.

Compete, privativamente, ao Senado Federal não só processar, como também julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, segundo as expressões textuais do **artigo 62, n.º II**. Nêste caso funcionará como Presidente do Senado o do Supremo Tribunal Federal,

que só proferirá sentença condenatória pelo voto de dois terços de seus membros (§§ 1.º e 2.º).

Não poderá o Senado (diz o § 3.º, do mesmo artigo) impor outra pena que não seja a da perda do cargo com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo da ação da justiça ordinária.

A democracia é, também, um regime de responsabilidade e a ela não se pode furter nem o máximo intérprete das leis que é o Supremo Tribunal Federal.

Em verdade, também, pela Constituição de 1946, **artigo 98**, o Supremo Tribunal é composto de 11 membros. E êsse número, diz ainda o mesmo artigo, só poderá ser elevado por lei, **mediante proposta do mesmo Tribunal**.

Sem dúvida, esta cautela do consentimento do próprio Tribunal para que seja elevado o número de seus membros, dá à nossa Corte Suprema um poder muito mais forte e um prestígio muito mais elevado que o concedido à Corte Suprema americana.

Nos Estados Unidos, "Lincoln, para vencer a oposição tenaz que fazia a magistratura Suprema aos seus atos de grande energia humanitária, conseguiu que as Câmaras elevassem o número de juizes e nomeou três homens da sua confiança, filhos dos Estados do Norte. Houve duas vagas e criaram um lugar novo, do que resultou declarar-se constitucional o bloqueio dos portos do Sul, por cinco votos contra quatro; reformou-se a decisão anterior (5)".

Foi ainda o que se deu, em nossos dias, com a política do **New Deal de Roosevelt**. Condenada pela Corte Suprema, de início, foi, depois, declarada constitucional, com o aumento do número de Ministros e preenchimento das vagas com os juristas da afamada doutrina das interpretações **construtivas**...

Aqui, foi o Judiciário-legislador posto ao serviço do Executivo, com o consentimento expresso das Câmaras; das Câmaras, porque aprovaram os legisladores das duas casas do Congresso a reforma do número dos Ministros e, outra vez, do Senado, consentindo na nomeação dos amigos pessoais do presidente.

E a "jurisprudência interessada" tornou constitucional o até então havido por inconstitucional...

Êste fato, que examinaremos posteriormente, é a conseqüência da influência do grupo majoritário do partido, na destruição da velha técnica democrática da separação dos poderes.

Os sub-títulos que o Presidente Roosevelt deu à sua obra — **The Public Papers and Addresses** (6), são expressivos: ao 4.º volume **The Court Disapproves — 1935**; e ao 5.º volume: **The People Approves — 1936**".

Em virtude do artigo 98 da Constituição, como vimos, tais fatos não são possíveis no Brasil porque a elevação do número de Minis-

tros poderá ser feita pela lei, mas desde que a **proposta** parta do próprio Tribunal.

A mera substituição dos Ministros é insuficiente; é demorada e não podendo ser reeleito o Presidente (art. 139, I, a), dificilmente terá tempo para fazer as substituições necessárias no quadro fixo do Tribunal Supremo.

Por conseguinte, para a limitação do Judiciário, para que o seu poder não se transforme em **soberano**, só temos a opinião pública e o **impeachment**. Na prática, é muito pouco. E' nada. A solução política dos americanos, através do Legislativo, é mais eficiente e a prova é a sua larga utilização na história do país.

O **artigo 200** da Constituição exigindo, nos tribunais, maioria absoluta dos juizes para se pronunciar a inconstitucionalidade, não deixa de ser limite a esta poderosa função de árbitro da legalidade dos atos, conferida, pelo nosso regime, ao Poder Judiciário. Tal peculiaridade do constitucionalismo brasileiro, que nos veio da Constituição de 1934 (art. 179), constitui um progresso na técnica democrática da limitação dos poderes. Outrora, simples maioria ocasional bastava para embarcar a vigência das leis havidas por infringentes do Texto Máximo.

Entre nós, outra medida constitucional torna ainda mais decisiva a força do Supremo. E' a resultante do disposto no **artigo 46**: "incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal". Assim foi cortada cerce a possibilidade do Executivo conseguir a mudança da jurisprudência, isto é, — a interpretação da lei segundo os seus interesses políticos quando, antes, fôra um ato declarado inconstitucional, no julgamento "in specie".

E' fato que a declaração da inconstitucionalidade em tese, ou a anulação da lei, ficou, em última análise, nas mãos de uma das câmaras legislativas — o Senado e, este, pode suspender o seu juízo até a modificação da jurisprudência se processar, com o decurso do tempo e as substituições normais de Ministros, pela aposentadoria e morte dos reacionários, pois a nomeação depende do beneplácito do mesmo Senado (art. 99). Mas, outra vez surge a impossibilidade prática de tudo isto: — dificilmente o Senado, conservador, deixará de confirmar a inconstitucionalidade da lei afirmada pelo Supremo e, depois, a impossibilidade da reeleição do Presidente é incompatível com esses processos longos, examinados em hipóteses.

Agora, quando um partido perdura no poder, detendo o Executivo e Legislativo por anos seguidos, então, é possível que, pelos processos normais de preenchimento de vagas no Tribunal, por correligionários da mesma grei, se obtenha a mudança de jurisprudência, na forma procurada. Basta que o Senado não se utilize da faculdade constitucional de revogar a lei fulminada, em espécie, pelo Supremo e dar

tempo ao tempo para que os Presidentes sucessivos, do mesmo partido, façam as normais substituições dos Ministros da Côrte Suprema.

Todavia, recordemos, mais uma vez, a existência do **artigo 217** da Constituição que, pelo seu **parágrafo 3.º**, permite ao Legislativo ordinário, pelo quorum de dois terços dos seus membros, reformar a Constituição.

Então, muito mais simples é dominar o Supremo por esta via. Contando o Executivo com uma maioria de dois terços, em cada casa do Congresso, êle reformará o **artigo 98**, elevará o número dos Ministros à sua vontade, e, depois, preencherá os lugares com os juristas "construtores" da lei segundo o padrão oficial...

Há ainda outra forma pela qual o Executivo contrasta o Judiciário. O Poder Judiciário condena. O Executivo pode indultar ou comutar a pena (art. 87, XIX). E isto é um contrapêso do Executivo ao Judiciário, o que quer dizer — uma limitação ao discricionarismo dêste Poder.

Seja como fôr, o Judiciário, mesmo a Côrte Suprema, não é um poder sem limitações na Constituição de 1946.

Eis aí o signo de que temos, à vista, uma técnica democrática no exercício do govêrno.

- 1) *F. Carnelutti*, Teoria del Regolamento Collettivo, Pádua, 1930, p. 24, n.º 12.
- 2) *Acórdão*, na *Representação* n.º 95; *Revista Forense*, Rio, 1949, vol. 124, p. 85.
- 3) *Thayer*, The American Doctrine of Constitutional Law, *Harward Law Review*, 1893, vol. VII, p. 148.
- 4) *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos e ordenados por *Homero Pires*, S. Paulo, 1933, vol. IV, p. 343, nota 3. *Sôbre o mesmo assunto: Dicey*, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Paris, 1902, p.p. 155-6.
- 5) *C. Maximiliano* e os autores que documentam a sua afirmativa: — *Comentários à Constituição Brasileira*, Rio, 1948, II, p. 305.
- 6) Vols. 4 e 5, *New York*, 1938.