

JUSTIÇA & CIDADANIA

CONSTITUIÇÃO

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
1988

SEUS DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS



**VI Seminário sobre
a Criminalidade e o
Sistema Penal Brasileiro**

**A Biodiversidade
e o Direito**

Carta de Gramado

HOMENAGEM AO PRESIDENTE DO STF

No jantar em homenagem ao Presidente do STF, oferecido pela magistratura do Rio de Janeiro, os Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio Mello, presidente e vice daquela Corte de Justiça foram agraciados pela revista *Justiça & Cidadania* com o troféu D. Quixote



REFLEXÕES SOBRE O PAPEL DA INDEPENDÊNCIA DO JUDICIÁRIO NO ESTADO DE DIREITO.

I – GENERALIDADES. II – VÍCIOS DO RACIOCÍNIO JUDICIAL: SUBORDINAÇÃO DE FATO. III – VÍCIOS DO RACIOCÍNIO JUDICIAL: SUBORDINAÇÃO DE DIREITO. IV – CONCLUSÃO.

Mário Pimentel Albuquerque

GENERALIDADES

Sobradamente conhecido é o desenlace a que conduz o controle do Poder Judiciário a partir de toda e qualquer instância ou poder estranho ao mesmo: um juiz sumamente burocratizado, dotado de uma independência exclusivamente *externa*, e o que é pior, cultural e politicamente integrado no âmbito do poder.

De pouco interesse para a avaliação da legitimidade da CPI do judiciário, bem como do alcance de suas consequências futuras para a estabilidade constitucional, resulta ser, presentemente, a advertência que TOCQUEVILLE fazia de que uma exagerada concentração de poder no executivo opera, necessariamente, uma correspondente redução da independência do juiz, justamente numa época em que “o olho e a mão do soberano inconsideradamente se agigantam para controlar os menores detalhes das ações humanas”.¹

Sem embargo de que esta última observação do notável publicista francês seja, notadamente no plano econômico, bastante atual, sua advertência inicial, relativamente à hipertrofia do poder executivo, perde sua primitiva importância, não porque este tenha se tornado fraco, mas porque seu colossal e efetivo poder se mascara à sombra de expedientes políticos-partidários, muitos deles atentatórios ao princípio que tutela a independência dos poderes constituídos.²

Urge, portanto, redefinir o conceito de *independência do judiciário*, não tanto em face deste ou daquele poder, mas sobretudo frente a qualquer subordinação de fato ou de direito que represente, atual ou potencialmente, um risco para o exercício de uma jurisdição imparcial, corajosa e independente.

Dizem os que advogam a conveniência da CPI do judiciário que esta forma de controle e fiscalização da magistratura é constitucional, ainda quando não encontre previsão expressa no texto da Constituição. Por outras palavras, é como se, ressuscitando MONTESQUIEU, atribuíssemos ao legislativo uma posição de superioridade sobre o judiciário, em razão de sua natureza representativa, não mais para assegurar a coerência mecânica das decisões judiciais com a vontade do legislador – como queria MONTESQUIEU –, senão para investigar meia dúzia de magistrados indignos ou suspeitos de corrupção – coisa que jamais passou pela mente do genial autor do ESPÍRITO DAS LEIS.³

Com o argumento assaz capcioso de que o Poder Judiciário carece de suficiente legitimação democrática e de que é necessário submetê-lo aos ditames da soberania popular, começa-se por solapar sua independência, politizando-o progressivamente mediante a inevitável pressão que o sistema político termina por exercer sobre os juízes, induzindo-os a tomar previamente posições idôneas ao favorecimento do interesse de algum partido ou a integrar-se em sua área de influência, como única forma de acesso, enquanto juízes, aos Tribunais Superiores.

Uma coisa, porém, é certa. A democratização do Poder Judiciário responde a um sem-número de exigências do Estado neoliberal. Entre elas, tem especial transcendência prática o papel do executivo – com o seu atual perfil legiferante –, assim como a considerável expressão econômica de muitas de suas intervenções, que fizeram desta específica forma estatal um “lugar privilegiado da luta de classes”, dado que não há interesse econômico que se viabilize à margem da mediação do Estado e de sua política econômica. Com o discurso meramente retórico de salvação da economia nacional em face da conjuntura internacional globalizada, investem-se os governos neoliberais de atribuições extraordinárias, que hiperlegitimam a flexibilização dos limites constitucionais ao exercício do poder, justificando sua concentração. Numa palavra: os gestores do Estado neoliberal fizeram de uma certa ilegalidade instrumento estrutural do que se convencionou chamar *governabilidade do sistema*. O que o Estado *faz*, em contraste com o que *diz*, põe de manifesto a tendência oficial de minimizar a importância do Direito, bem como de deplorar seus operadores. Este – o Direito – parece representar um obstáculo para a realização de certos hábitos de governo que evidenciam a necessidade de cada vez maiores espaços de ilegalidade, larvada ou inclusive manifesta, para pôr em prática a crescente e incontrolável expansão do poder do Estado, que é mínimo, entretanto, quando se trata da prestação de serviços públicos à comunidade constitucionalmente destinatária deles.⁴

Não é demasiado dizer, dado que o poder do Estado normalmente se

acrescenta ao preço do sacrifício do efetivo exercício dos direitos subjetivos, que tal estado de coisas teria de repercutir sobre a atividade institucional do Poder Judiciário, como também, e de maneira mais relevante, em seu modo de se relacionar com os demais poderes, tanto pela sua dimensão de contrapoder como pela transcendência política de sua multiforme atuação.

VÍCIOS DO RACIOCÍNIO JUDICIAL: SUBORDINAÇÃO DE FATO

Ter-se-á escrito mais para sustentar a infalibilidade de Deus do que para demonstrar a falibilidade dos homens ou vice-versa?

O exame comparativo ofereceria um interesse prático se os livros teológicos, em regra, não tivessem como base a fé ou se os filosóficos pudessem indicar as verdadeiras causas dos erros humanos, assim como o modo de evitá-los ou de corrigi-los.

De qualquer forma, parece-nos irrefutável a afirmação que estabelece uma necessária e misteriosa relação entre a *verdade* e a *liberdade*, de tal modo que a plenitude da primeira aparece como função direta do exercício da segunda, sendo dela seu efeito necessário, tal como o é, também, a percepção de um objeto em relação à luz que o ilumina. Traduzida em linguagem corrente tal comparação, queremos dizer que submetidos ao jugo das paixões, os sentidos enganam a razão, da mesma forma que esta, quando escrava de preconceitos, não consegue entender as mensagens que aqueles lhe enviam, produzindo-se, assim, um juízo falso sobre um determinado objeto.

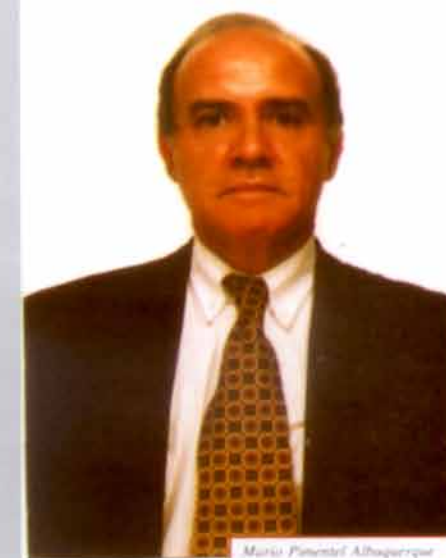
Esta conclusão, como não poderia deixar de ser, se aplica também ao conhecimento judicial: o juiz vê com os seus olhos e ouve com os seus ouvidos. Mais que uma hipótese, parece isto uma hipótese, justamente porque entre os fatos dos autos (depoimentos, confissão, documentos, etc.) e os sentidos do juiz, está sempre a sua razão, que se encontra entre a credibilidade de ambos os pólos da relação e os pesa e mede. Embora os fatos, em si mesmos, permane-

çam inalterados, tanto os sentidos como a razão, apresentando-se o caso de sua sujeição, podem levar o julgador a um juízo precipitado ou deliberadamente equivocado, mas, em qualquer caso, produto de uma subordinação de *fato* ou de *direito*, dando lugar, respectivamente, à parcialidade ou à dependência do magistrado.

Para se ter uma noção exata desses dois grandes vícios do raciocínio judicial é preciso ter em mente que o ordenamento jurídico se decompõe em duas fases que correspondem a duas categorias lógicas e portanto intrinsecamente necessárias ao processo de produção de normas jurídicas peculiar ao Estado de Direito. A jurisdição está situada na vertente aplicativa – ou do *Direito Vivente*, na terminologia de PIZZORUSSO –, pois visa a promover, mediante a elaboração de uma norma específica – a sentença –, a concreção do direito estabelecido *in abstracto* na fase superior da vertente criativa do ordenamento, chamada pelo mestre italiano *Direito Teórico*.⁵

Com efeito, a construção do silogismo judicial requer do julgador, além de sólidas qualidades morais, uma especial atividade cognoscitiva, consistente na identificação das normas válidas, na qualificação jurídica dos fatos, na subsunção destes naquelas e, por fim, na inferência lógica da conclusão. A supressão de qualquer elo da cadeia silogística, por vício de *parcialidade* ou *dependência*, determina a ruptura do processo de produção normativa, e a norma que daí advier, longe de ser a concretização de fases superiores do ordenamento jurídico, representará, antes, a própria negação delas, com o conseqüente divórcio entre as vertentes criativa e aplicativa do Direito.

É exatamente o caso da primeira hipótese de sujeição, a de fato, a partir da qual aparece clara a figura do juiz parcial, do juiz que claudica “no cumprimento do dever, em razão de pressões interiores que, irremediáveis, turbam completamente o raciocínio e debilitam a vontade”. Sob a influência de pressões internas decorrentes de subordinação de fato, “o espírito do juiz vacila e se deixa arrastar à mercê das circunstâncias, trocando diariamente de princípios e fazendo nascer de fatos idênticos tantas máximas diferentes”.⁶



Mário Pimentel Albuquerque

Como se pode ver, a parcialidade é a noção correlata de toda e qualquer subordinação de fato e se manifesta basicamente pela afirmação de situações decorrentes de vínculos jurídicos ou não – laços afetivos, parentesco, filiação partidária, amizade, etc. –, contra os quais o ordenamento jurídico estabelece proibições de caráter preventivo que visam a preservar o magistrado de qualquer sujeição que não seja aquela, lógica, jurídica e, exclusivamente, devida às normas derivadas da vertente criativa do Direito. Não é por outro motivo que as Constituições modernas vedam certas atividades – comerciais, político-partidárias, etc. – ou asseguram certos direitos – vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos – que colimam o objetivo comum de desencorajar o surgimento de subordinações de fato, garantindo-se, assim, a fidelidade do julgador ao ordenamento jurídico.⁷

Mais grave que a imparcialidade, principalmente pelas desastrosas conseqüências que pode provocar no regime tutelar dos direitos fundamentais, é a subordinação de *direito* do magistrado, que resta caracterizada pela sua dependência a qualquer outra instância ou poder que não seja a Lei, tomada esta em sentido amplo. Parafraseando BOBBIO, é certo dizer que vivemos a *era dos direitos* e que a tutela do exercício destes, encomendada à magistratura, prima atualmente sobre a definição das obrigações jurídicas dos cidadãos, reservada aos parlamentos, num tempo em que a limitação do absolutismo constituía a pró-

pria razão de ser da representação política, definidora da *era dos deveres*. Mais do que a fixação de obrigações genéricas, os tempos atuais clamam por providências garantidoras dos direitos individuais, não tanto pela possibilidade, muito remota, de que sejam invariavelmente reconhecidos, como pelo risco, sempre presente, de que não se lhes deferindo ampla tutela judicial, caiam no esquecimento ou pelo arbítrio ou pelo desuso. Daí a importância do juiz independente, do juiz que só ao ordenamento jurídico se curva, sem se submeter a subordinadas de fato, para, quando se der o caso, pedir contas ao poder político se este se atreve a ultrapassar os limites constitucionais, legais e morais que marcam ou devem marcar a sua atuação.

VÍCIOS DO RACIOCÍNIO JUDICIAL: SUBORDINAÇÃO DE DIREITO

Vejam agora em que consiste a independência judicial, essa característica essencial do ordenamento do Estado de Direito, com a sua correlata noção de subserviência à Lei, na qual HANS REICHEL vê, antes que uma obrigação jurídica, um postulado da consciência civilizada cuja obrigatoriedade se impõe a despeito da inexistência mesma de previsão legislativa nesse sentido.⁹⁸

Definir o que seja independência judicial constitui tarefa complexa cuja realização exige uma providência metódica prévia: a delimitação precisa, no âmbito de um determinado ordenamento jurídico, de todas as situações juridicamente vinculantes para o juiz. Por outras palavras, o conceito em questão por ser relativo, postula, para a determinação de seu conteúdo, a existência de um contraconceito sem o qual a independência judicial redundaria numa mera expressão retórica desprovida de significado prático. Com inteira razão, GEIGER assinala que “não há nada que ponha mais em perigo a independência do juiz do que a insegurança de não saber a quê está vinculado.”⁹⁹ De fato, quando se afirma a independência judicial, logicamente se proclama também a sujeição do juiz em face de algo. Neste sentido, pode dizer-se que os juizes, des-

de tempos bem recuados, atuam com suficiente independência, embora subordinados sempre a situações que a consciência jurídica de cada época considera como abonadoras de uma decisão justa.

Do juiz das *Ordálias*, por exemplo, não se pode dizer que não era independente; pelo contrário, sua independência estava absolutamente assegurada em face de qualquer imposição externa, fosse ela de natureza moral, política ou social, conquanto seja certo também que a administração da justiça, na época em questão, era exercida de acordo com a mais estrita observância de noções ou fórmulas místicas e supersticiosas.

O juiz moderno, com efeito, cioso das garantias que o regime constitucional do Estado de Direito lhe assegura em face das pressões internas e externas, não pode desconhecer – visto ser independente – que está também sujeito a algo; que a sua liberdade de movimentos na aplicação do direito tem como limite uma certa categoria lógico-jurídica que lhe reclama absoluta adesão; em suma, que a legitimidade da função jurisdicional exige dele, como pressuposto de sua efetiva independência, a mais estrita sujeição ao ordenamento jurídico.¹⁰⁰

A independência judicial, portanto, não é um conceito absoluto e, se quisermos penetrar na essência de sua manifestação concreta no Estado de Direito, devemos começar pela busca metódica do elemento vinculante para a magistratura, de cuja sujeição depende a efetiva realização da independência judicial, naquela peculiar forma estatal que se caracteriza por sua autolimitação jurídica. Atentos à configuração especialíssima do *Staatsrecht*, não é difícil reconhecermos na *Lei*, *lato sensu*, tal elemento. O estrito cumprimento dela constitui o paradigma pelo qual deve ser aferido o grau de independência do juiz e, conseqüentemente, a sua legitimidade, de tal maneira que quanto mais afastada for do paradigma legal a atividade jurisdicional, tanto mais dependente o julgador, tanto menos legítima a jurisdição. Por outro lado, esta aferição, por ser de natureza lógica, não depende de demonstração, vale dizer, seu grau de verdade independe de considerações de fato, bastando a mera existência de subordinadas de direito para denunciar,

de plano, a dependência judicial.

“Ao se exigir do juiz submissão exclusiva ao sistema, anota REQUEJO PAGÉS, pretende-se assegurar que no exercício de sua função, o julgador unicamente se servirá da base argumentativa que lhe oferece o ordenamento em seu conjunto, sem que no processo de concreção normativa, que culmina com a emissão de um ato irrevogável, venham imiscuir-se critérios extra-sistemáticos, tais como as apreciações pessoais do juiz ou de qualquer outro sujeito, seja público ou privado. Em suma, persegue-se a objetividade do aplicador jurisdicional do Direito, no sentido de que será somente o direito positivo o aplicado em cada caso. (.....) Neste contexto, a ausência de subordinação jurídica, em que consiste a independência, só tem sentido na medida em que, com tal desvinculação a respeito de determinados setores do ordenamento, se pretende assegurar ou reforçar uma dependência estruturalmente existente: a dependência do juiz em face do ordenamento jurídico em seu conjunto, vale dizer, a submissão exclusiva à lei.”¹⁰¹

Assim o é, justamente, em razão da posição especialíssima de que a independência judicial desfruta no concerto normativo do Estado de Direito. Sua função lógica, dentro do sistema, é de fundamental importância para a normalidade do processo de produção de normas, visto que assegura, na vertente aplicativa, a exata observância das normas produzidas na etapa criativa do Direito. Tudo isso faz com que a independência judicial seja uma peça-chave dentro do ordenamento jurídico, sem a qual este perderia em coerência, unidade e eficácia. Decorre daí a dimensão exata da importância de sua existência, cuja necessidade para a consolidação do ordenamento jurídico dispensa até mesmo expressa previsão legislativa. Neste sentido, podemos dizer que é um conceito jurídico *a priori*, não no sentido kantiano, mas fenomenológico.

“Resumidamente, não há juizes independentes ou sentenças firmes porque assim o determine o Direito Positivo, mas o Direito Positivo existe como Direito, na medida em que existem tais juizes e são possíveis tais sentenças.”¹⁰²

Dissemos em outro lugar que o juiz

não recebe do legislador, como *favor legis*, a independência; tem-na por direito próprio, como decorrência da própria lógica interna do sistema, cuja necessidade deve impor-se ao próprio legislador; quando se trata de conformar as relações humanas através de normas gerais. O cidadão que, pelos seus representantes participa da elaboração legislativa, que constitui a expressão por excelência da vertente criativa do ordenamento, tem o direito de que essas mesmas normas sejam observadas e concretizadas na vertente aplicativa por órgãos imparciais, proficientes em ciência jurídica e sobretudo independentes. Como se vê, dada a especial importância da independência judicial para a efetiva tutela dos direitos subjetivos, não é exagero afirmar que ela, sobre ser um atributo inerente à função jurisdicional, é também um verdadeiro direito fundamental do cidadão, conquanto não venha expressamente contemplado no texto da Constituição. Sua eminência jurídica decorre da posição que desfruta no ordenamento do Estado de Direito, do qual constitui um pressuposto lógico *indeclinável*.¹⁰³ Considera-a LOEWENSTEIN “a pedra final no edifício do Estado democrático constitucional de Direito;”¹⁰⁴ coloca-a MARTIN KRIELE no mesmo nível de princípios que, entre nós, estão revestidos da dignidade de cláusulas pétreas;¹⁰⁵ concebe-a FERRAJOLI como “uma garantia funcional dos direitos dos cidadãos, enquanto essencial para sua tutela frente a todos os poderes, tanto públicos como privados, políticos ou econômicos, oligárquicos ou de maioria.”¹⁰⁶

CONCLUSÃO

Não haveremos de nos estender mais sobre o tema aqui exposto. Bastenos reiterar, arrimados na autoridade de ilustres doutrinadores, a absoluta incompatibilidade lógica entre Estado de Direito e subordinação jurídica da magistratura, conforme ficou acima delineado.

A criação de mecanismos de controle ou fiscalização externa da magistratura importa, pois, não só em violação do princípio da separação dos Poderes – o que por si só já os inquinaria de

inconstitucionalidade – mas redonda também na quebra do vínculo exclusivo do juiz à lei, caso em que a independência judicial ver-se-á reduzida a uma simples expressão retórica.

Erigir-se um *extraneus*, portanto, em juiz dos juizes constitui uma usurpação que a história registra como preâmbulo de recorrentes convulsões sociais ou como testemunho de práticas liberticidas que não legitimam a intenção do usurpador, ainda que ela seja a de investigar corruptos ou de reprimir venalidades.

Não se quer dizer com isso que o controle do judiciário seja uma medida inconveniente ou desnecessária. O que se repudia é a forma pela qual se pretende viabilizá-la, ou seja, ao preço da independência da magistratura, mediante a ingerência estranha na economia interna do Poder Judiciário.

Pomos fim a esta modesta exposição reproduzindo uma breve mas eloqüente observação extraída de um pequeno livro de grande conteúdo, cujo autor – R. STAMMLER – procurou sempre em suas obras enaltecer o império do Direito, como quando recorda com gaudio as inesquecíveis palavras do célebre moleiro de Frederico O Grande: “Ainda há juizes em Berlim.” Ouçamo-la:

“Para a realização do Estado de Direito é necessário sempre, e indiscutivelmente, manter os tribunais afastados das incidências da política diária. Dentro de nossas concepções, constitui verdade averiguada a necessidade da inamovibilidade, bem assim da vitaliciedade no cargo, a menos que se demonstre a incapacidade para exercê-lo, reconhecida por sentença judicial. E só devem ser recrutados entre pessoas objetivamente competentes para o desempenho dessa função, mas sempre à margem e por cima da política limitada dos partidos e de seus programas.”¹⁰⁷

¹⁰¹ *El Antiguo Regimen y la Revolución*, p. 94. ¹⁰² Sobre o esvaziamento do principioda separação dos Poderes eis o que ensina GIOVANNI SARTORI: “Na doutrina da divisãodos poderes, a divisãon significa que o governo só pode gastar o que o parlamento autoriza; e o parlamento era, de fato, um guardião com mil olhos, além de avaro, porque representava aqueles que pagavam. Seguiu sendo assim enquanto durou. Mas, com a extensão do sufrágio, também

se converteram em eleitores os que possuíam pouco ou nada, aqueles que não pagavam. E, assim o representante, que freia o gasto porque representa os contribuintes, foi substituído pouco a pouco pelo representante que aumenta o gasto, porque representa os beneficiários. Finalmente a fórmula no *Taxation Without Representation* se transforma na fórmula *more taxation via representation*. Com o sufrágio universal e, ao mesmo tempo, com a transformação do estado mínimo (ao qual se pediam só ordens e leis) em um estado que tudo faz e ao qual se pede que tudo remedie, os parlamentos tornam-se muito mais dilapidadores que o governo.

La Democracia Después del Comunismo, p. 104-105. ¹⁰³ *O Espírito das Leis*, Livro XI, cap. VI. ¹⁰⁴ Com o advento do Estado mínimo, (neoliberal) passa-se a “olhar com bons olhos as desigualdades sociais, o desemprego e a redução da tributação sobre o lucro, como formas de acumulação do capital, para cuja implementação a ortodoxia dominante aconselha diminuir o Estado, pela utilização *ad nauseam* das chamadas privatizações. Estas que são extremamente saudáveis quando os serviços privatizados continuam a ser afiançados pelo Estado, mediante efetiva regulamentação, tornam-se, porém, socialmente nefastas, quando aqueles serviços são explorados em benefício exclusivo das empresas que os prestam, transferindo-se ao consumidor, pela generalização dos contratos de adesão, os riscos e os custos do negócio. Tudo como determina o livre jogo da oferta e da demanda, segundo o figurino neoliberal, que impõe o esvaziamento funcional do Estado.” Mário Pimentel ALBUQUERQUE, *O Direito Pós-Moderno e o Estado Neoliberal*, Rev. da Procuradoria-Geral da República, nº 10, pág. 209. ¹⁰⁵ *Lecciones de Derecho Constitucional*, Vol. 2, pág. 151. ¹⁰⁶ Edgar de Moura BITTENCOURT, *O Juiz*, p. 226. ¹⁰⁷ Sobre o tema é bastante interessante o estudo de Dieter SIMON acerca do juiz não vinculado, in *La Independencia del Juez*, cap. IV, pág. 71 e segs. ¹⁰⁸ *La Ley y la Sentencia*, pág. 58-60. ¹⁰⁹ Dieter SIMON, *op. cit.* pág. 82. ¹¹⁰ Mário Pimentel ALBUQUERQUE, *O Órgão Jurisdicional e a sua Função*, pág. 167. ¹¹¹ *Jurisdicción y Independencia Judicial*, págs. 190-191. ¹¹² J. Requejo PAGÉS, *op. cit.*, pág. 191. ¹¹³ Mário Pimentel ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pág. 195. ¹¹⁴ *Teoría de la Constitución*, pág. 294. ¹¹⁵ *Introducción a la Teoría del Estado*, pág. 140. Este mesmo autor na pág. 159 de seu belo livro diz: “Para a eficácia dos direitos humanos, a independência judicial é mais importante que o catálogo dos direitos fundamentais contidos na Constituição.” ¹¹⁶ *Derecho y Razón*, pág. 587. ¹¹⁷ *El Juez*, págs. 99-100.

Mário Pimentel Albuquerque é Procurador Regional da República