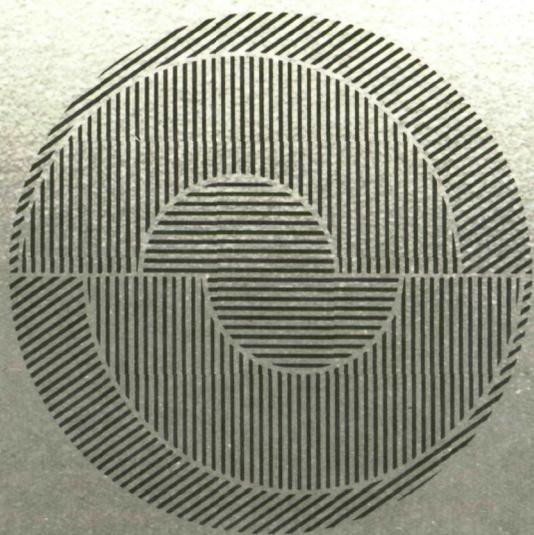


# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS  
OUTUBRO A DEZEMBRO 1990  
ANO 27 • NÚMERO 108

# Novas funções e estrutura do Poder Judiciário na Constituição de 1988: uma introdução

SÍLVIO DOBROWOLSKI

Juiz do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e professor licenciado da Universidade Federal de Santa Catarina

## SUMÁRIO

1 — Introdução. 2 — Especificação do tema e de sua abordagem. 2.1 — A técnica da separação dos poderes e a função do Poder Judiciário. 2.2 — O estudo de algumas novidades funcionais e estruturais do Poder Judiciário na Constituição de 1988. 3 — Funções políticas do Poder Judiciário. 3.1 — A declaração da inconstitucionalidade da lei em tese. 3.2 — A inconstitucionalidade por omissão. 3.3 — O mandado de injunção. 4 — Alterações estruturais no Poder Judiciário. 4.1 — Bipartição do Supremo Tribunal Federal. 4.2 — O Superior Tribunal de Justiça. 4.3 — A substituição do Tribunal Federal de Recursos. 4.4 — Os Juizados Especiais. 5 — O controle do Poder Judiciário. 5.1 — O Conselho Nacional de Justiça. 5.2 — A necessidade de um órgão de controle da sociedade sobre o Poder Judiciário. 6 — Conclusão. 7 — Bibliografia.

### 1. Introdução

A Constituição de 1988, além das muitas novidades por ela introduzidas, atribuiu funções ao Poder Judiciário, que não se enquadram, exatamente, na sistemática da clássica teoria da separação dos poderes estatais.

Por decorrência, o Constituinte promoveu alterações estruturais no Poder Judiciário, ligadas, também, à necessidade de conferir melhor capacidade operativa aos órgãos da Justiça. Embora oferecidos projetos, deixou a Lei Maior de prever um aparelho de controle da sociedade sobre esse ramo da organização do Estado, a par de deixá-lo ainda sujeito ao alvitre do Presidente da República, que conservou a faculdade de nomear magistrados.

Essa problemática tem sido examinada sem o enfoque reforçado sobre a natureza política das funções judiciais de início referidas, com certeza, porque é comum afirmarem os Juizes que suas tarefas são exclusivamente jurídicas, sem maior liberdade criadora.

Parece válido debruçar-se sobre o assunto, mormente por vincular-se à efetiva concretização da ordem constitucional, de responsabilidade também do Poder Judiciário. Este trabalho, sem maiores pretensões, visa levantar elementos preliminares para debate a ser retomado no futuro.

## 2. Especificação do tema e de sua abordagem

### 2.1 A técnica da separação dos poderes e a função do Poder Judiciário

A técnica de separação de poderes, como fórmula constitucional para construir uma estrutura capaz de promover a limitação do poder estatal, parte da idéia de se criarem órgãos distintos, que, de forma autônoma e harmônica, exerçam as diferentes funções do Estado.

Enquanto o *poder político* é uma energia suscitada por uma sociedade, para governá-la e conduzi-la à realização de seus objetivos, os *Poderes* — Legislativo, Executivo e Judiciário, na clássica tripartição — cumprem, cada um, parcelas funcionais dessa forma energética. Cada um exerce a sua *função*, quer dizer, a tarefa, a operação ou atividade que lhe é própria, devendo, por isso mesmo, realizar *funções* determinadas, ou seja, efetuar uma série de fins de várias naturezas, indispensáveis ao governo da sociedade.

A concepção do constitucionalismo liberal sobre a função jurisdicional, específica do Poder Judiciário, é de que a ele compete aplicar, a casos concretos de conflitos entre particulares ou entre estes e o Estado, as normas jurídicas formuladas pelo Poder Legislativo. Tratar-se-ia de atividade técnico-jurídica, sem conotação propriamente política, porquanto limitada por marcos bem definidos, em consonância às regras postas no ordenamento *jurídico*.

No entanto, a necessidade de preservar a supremacia da Constituição sobre o restante da legislação obriga o Poder Judiciário a aplicar, em litígio trazido à sua apreciação, a norma constitucional, sempre que a regra de nível hierárquico inferior invocada no caso seja contrária a preceito da Lei Maior. Aqui há uma atividade *política*, no sentido de que o Judiciário pode tomar decisões com ampla discricionariedade, de acordo, tão-só, aos princípios da Constituição, de regra muito genéricos.

Essa conotação política apresenta-se mais demarcada com a institucionalização do controle da constitucionalidade das leis em tese, pelo Poder Judiciário. Realiza-se independente da existência de um litígio em concreto e a decisão respectiva, em lugar da sentença comum, aplicável apenas para as partes em conflito, se dirige a todos os cidadãos.

No Estado contemporâneo, que não é mero garante da liberdade, mas tem por atribuição concretizar a justiça social, busca-se reorientar as tarefas dos poderes, em ordem a obter sua atuação concreta, para melhor aproximação das metas ligadas à consecução do maior bem-estar dos cidadãos. Como esses objetivos estatais vêm delineados na Constituição, a busca de sua efetiva realização é assunto de responsabilidade de cada um dos poderes, embora o específico caráter político, dentro do significado antes referido.

## 2.2 *O estudo de algumas novidades funcionais e estruturais do Poder Judiciário na Constituição de 1988*

O exame da Constituição vigente, quanto ao acréscimo de funções de cunho político ao Poder Judiciário, constituir-se-á em aspecto a ser desenvolvido na presente exposição. Não se cuidará de *funções políticas* sob o prisma dos resultados da atividade (p.e., controle dos outros poderes, legitimação do exercício da violência pelo Estado, reforço do consenso etc.), mas, tão-só, do modo como é realizada a operação, isto é, sem limites estritos prefixados ao conteúdo da decisão a ser tomada.

A par disso, a descrição das mais importantes alterações na *estrutura*, compreendida como a forma que se integram os componentes do Poder Judiciário, também será vista. Relaciona-se esse com o anterior, pela maior especialização atribuída ao Supremo Tribunal Federal, na qualidade de Corte Constitucional, embora não exclusiva, e ainda pela previsão de novos órgãos judiciários com a finalidade de se obter melhor desempenho, mais rapidez, na atuação jurisdicional.

Abordar-se-á, por fim, de modo sumário, o problema do controle do Poder Judiciário, para o que não vingou a proposta de um Conselho Nacional de Justiça. Sugerir-se-á, nesse ponto, órgão capaz de servir a essa finalidade e concomitantemente assegurar a independência da autoridade judiciária, constituindo proposta para a futura revisão da Lei Maior.

## 3. *Funções políticas do Poder Judiciário*

### 3.1 *A declaração da inconstitucionalidade da lei, em tese*

No sentido da abordagem deste trabalho, assinalava-se com a característica de marcadamente política, a declaração, atribuída ao Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo federal ou estadual.

A espécie persiste na atual Lei Maior, como se vê nos seus artigos 102, I, a, e 103, e se resume na verificação de que a norma legislativa *hostilizou preceito constitucional proibitivo da edição de regra contraditória à Constituição ou a seus princípios*. A conseqüência do reconhecimento da inconstitucionalidade é a nulidade da norma inconstitucional.

Para emitir o provimento judicial respectivo, aplicável a todos os cidadãos, como já assinalado, o Tribunal se guia pelos padrões latos inscritos na Carta Magna, decidindo, portanto, de modo político.

### 3.2 *A inconstitucionalidade por omissão*

A Constituição, além dos preceitos negativos ou proibitivos acima referidos, possui outros, de natureza diametralmente oposta, que determinam aos poderes constituídos a realização de práticas positivas indispensáveis para vivenciar o texto constitucional.

Identificam-se entre elas as normas cujo significado jurídico deve ser explicitado na legislação infraconstitucional, como, a propósito do direito de greve, dispõe o art. 9.º, parágrafo 1.º da Lei Maior, nos termos seguintes:

“A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.”

Incluem-se na categoria as denominadas “normas programáticas”, definidoras de diretrizes endereçadas à sociedade e aos poderes políticos, para que adotem as medidas de qualquer natureza (política, legislativa, administrativa, econômica, etc.) indispensáveis à sua concreta execução. Serve de exemplo a regra do artigo 194, *caput*, do texto de 1988, assim concebido:

“A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

Enquanto as normas constitucionais negativas são violadas por meio de atos comissivos dos Poderes constituídos, as de conteúdo positivo são transgredidas pela omissão das providências necessárias para tornar em realidade o mandamento constitucional.

Anteriormente à Carta em vigor, nenhum meio jurisdicional existia para contrastar o descumprimento de tais imposições constitucionais, levando alguns a tê-las como simples recomendações políticas, sem maior significado efetivo.

Como na atualidade, o conceito de Constituição é o de um plano de atividades voltadas à realização de certos valores em um grupo social — no caso brasileiro, a edificação de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3.º, inciso I) —, devendo impor-se como norma básica das relações sociais, limite e diretiva da atuação dos poderes estatais, semelhante lacuna necessitava de ser preenchida, a fim de evitar a descaracterização da Lei Maior, tornando-a, pelo descumprimento de seus objetivos, em mero catálogo de boas intenções.

O constituinte pátrio, à vista dos precedentes da Constituição da Iugoslávia, de 31 de janeiro de 1974 (artigo 377), e da Constituição por-

tuguesa de 1976 (artigos 297 e 283 da Revisão de setembro de 1982) conferiu ao Supremo Tribunal Federal a função de declarar “a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional”. Proferida decisão em tal sentido, “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” (Constituição, artigo 103, parágrafo 2.º).

Pela leitura do texto constitucional, percebe-se a importância política de uma decisão dessa natureza, emanada do mais alto Tribunal do País. Trata-se do reconhecimento pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, em forma solene e após o necessário processo legal, de que preceito da Constituição foi descumprido pelo Poder instituído para realizá-lo.

A natureza política dessa função do Supremo Tribunal Federal ressalta, no entanto, não apenas por se tratar de provimento judicial em tema constitucional, mas por ser resultante de apreciação dos aspectos *conveniência e oportunidade*, quanto à adoção das medidas para tornar efetiva a norma da Constituição. Essa indagação é fundamental, principalmente com respeito às normas programáticas, em relação às quais pode existir escassez de meios, capazes de impedir a concreção do plano constitucional. A Corte precisará de se ater quanto a tais elementos e examinar todas as circunstâncias passíveis de justificar, ou não, a omissão. A politicidade da decisão é, indubitavelmente, em grau muito elevado, e evidencia o novo lugar traçado para o Poder Judiciário, pela Carta de 1988.

### 3.3 O mandado de injunção

Aparentado com o instituto anterior, com a mesma finalidade de assegurar a efetiva aplicação das normas constitucionais, o mandado de injunção é novidade cujos traços constam do artigo 5.º, inciso LXXI, da Lei Maior, nos termos a seguir:

“Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviolável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

Cuida-se de remédio constitucional a ser exercitado, não apenas perante o Supremo Tribunal Federal, para o qual o artigo 102, I, g, da Carta vigente explicita a competência, mas também junto a outros tribunais e juízes, como deflui da dicção do artigo 105, I, h, do Estatuto Constitucional:

“Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I — processar e julgar, originariamente:  
(...)

h) 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 (grifei).*”

Para seu cabimento, será necessário encontrar reunidos os seguintes pressupostos:

a) um direito, uma liberdade, ou uma prerrogativa indicados no transcrito artigo 5.º, LXXI;

b) a concreta inviabilidade do exercício desse direito, liberdade ou prerrogativa;

c) que essa inviabilidade resulte da falta de norma regulamentadora, indispensável para o mencionado exercício.

É, portanto, caso de omissão normativa, referente à regulamentação de preceito constitucional não aplicável por si próprio. Diferentemente da hipótese da inconstitucionalidade por omissão, cabível em tese, o mandado de injunção exige, pelo menos, um prejudicado em concreto, em razão da falta de norma, que, de fato, impeça o gozo do direito, da liberdade ou da prerrogativa mencionados.

No mandado de injunção, a decisão judicial terá de criar as condições para o desfrute do direito, da liberdade ou da prerrogativa amparados pela Constituição. Como a causa impeditiva é a falta de norma regulamentadora, necessária será a sua criação pela sentença concessiva da *injunção*. Se este vocábulo, consoante os dicionários, corresponde ao ato de *injungir*, que significa impor uma determinada obrigação ou ordenar formalmente alguma coisa, seja para autorizar ou para proibir uma certa conduta ou mesmo uma omissão, a decisão que venha a conceder o mandado de injunção tem de consistir em traçar o quadro, as condições, os pressupostos (quer dizer: o modelo, a norma), dentro de que o interessado ou grupo deles poderão exercer o seu direito, a sua liberdade ou a sua prerrogativa.

Para construir essa norma, o órgão judiciário tomará por base os parâmetros constitucionais respectivos, que são, como já assinalado, muito abertos, e cuja concretização depende da referência aos valores abrigados na Carta Magna. Cuida-se de decisão eminentemente política, em face da ampla liberdade na formação dos seus termos. Ainda aqui, a atual Constituição deferiu função de natureza política ao Poder Judiciário.

Vale ilustrar o tema com dois exemplos.

O primeiro, relacionado com o direito de greve e a regra já transcrita do artigo 9.º, parágrafo 1.º, da Carta em análise. A minguada disposição sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, nos serviços ou atividades essenciais, caberia a empregados de setor dessa espé-

cie invocar o art. 5.º, inciso LXXI, da Constituição, e postular a regulamentação, pelo Juiz, através do mandado de injunção, de greve a ser por eles deflagrada.

Outra hipótese se liga ao direito social de “assistência aos desamparados” (Constituição, artigo 6.º) assim especificado no inciso V do artigo 203 do texto constitucional:

“A garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

Na ausência de norma regulamentadora desse dispositivo que venha a esclarecer, por exemplo, quem deve ser considerado como idoso e o modo de comprovar a impossibilidade de manutenção própria ou por meio da família, qualquer interessado poderia postular mandado de injunção para o gozo imediato desse direito.

A evidente liberdade do órgão judiciário, na formulação das normas concretas cabíveis nesses exemplos, sublinha a natureza política da sua tarefa.

#### 4. Alterações estruturais no Poder Judiciário

##### 4.1 Bipartição do Supremo Tribunal Federal

Em vista de conhecidas deficiências no funcionamento do Poder Judiciário, o constituinte promoveu algumas alterações em sua estrutura, com a finalidade de lhe permitir maior eficiência, inclusive quanto às funções ligadas ao cumprimento da Constituição.

Assim, o Supremo Tribunal Federal foi bipartido, resultando um órgão com o mesmo nome e ao qual cabe, “precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, *caput*). Constitui-se, desse modo, em Corte Constitucional, embora não exclusiva, por se permitir o controle da constitucionalidade das leis, em concreto, a quaisquer juizes ou tribunais.

O Supremo Tribunal possui competência exclusiva para a verificação da constitucionalidade em tese, inclusive nas hipóteses de omissão.

##### 4.2 O Superior Tribunal de Justiça

A atribuição de unificar a interpretação do direito federal infraconstitucional transitou do antigo Supremo Tribunal Federal, para o novo órgão, denominado de Superior Tribunal de Justiça.

Além dessa competência, esse Tribunal detém outras, cujo exame não cabe nos limites estreitos do presente estudo. Vale, todavia, referir aquela concernente ao mandado de injunção, “quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal”,

excetuadas as hipóteses cabíveis na competência de outros órgãos do Poder Judiciário (Constituição, artigo 105, I, h).

#### 4.3 *A substituição do Tribunal Federal de Recursos*

Em lugar do Tribunal Federal de Recursos, como órgão recursal da Justiça Federal, avassalado por excessivo volume de trabalho, foram criados os Tribunais Regionais Federais (Constituição, artigos 106/108), como fórmula de rapidificar a prestação jurisdicional no setor.

De acordo ao previsto nas Disposições Constitucionais Transitórias, em seis meses após a promulgação da Lei Magna, deveriam ser instalados cinco Tribunais Regionais, com sedes em Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo, Porto Alegre e Recife.

O exato cumprimento do dispositivo permite augurar possam esses Tribunais, em breve prazo, dar maior velocidade aos processos sob sua responsabilidade.

#### 4.4 *Os juizados especiais*

Com atribuição de competência para causas cíveis de menor complexidade e processos criminais relativos a infrações penais de menor potencial ofensivo, foram permitidos, pelo artigo 98, inciso I, da Lei Maior, juizados especiais, a serem providos por juízes togados ou juízes togados e leigos.

É providência para desburocratizar a Justiça e aproximá-la do povo, com a participação de juízes leigos, nos seus julgamentos.

### 5. *O controle do Poder Judiciário*

#### 5.1 *O Conselho Nacional de Justiça*

Como qualquer Poder constitucionalmente regulado, o Poder Judiciário deve estar sob o controle da sociedade a que serve. O assunto é polêmico por se vincular com a necessária independência dos magistrados. Proposta oferecida à Constituinte, de um Conselho como órgão de controle externo, não foi aprovada. A propósito, assim escreveu CAL GARCIA:

“Como uma excrescência no capítulo do Poder Judiciário, a partir da Comissão de Sistematização havia a previsão de um Conselho Nacional de Justiça, como órgão de controle administrativo e do desempenho dos deveres funcionais do Poder Judiciário e do Ministério Público. Remetida à lei complementar a definição da organização e funcionamento do aludido Conselho.

O Substitutivo n.º 2 previa tal Conselho como órgão de controle externo. É claro que a revolta na magistratura contra

tão excrescente, quanto indébita, violação da independência do Poder Judiciário se fez sentir, a ponto de a expressão “controle externo” ter sido retirada, e a composição e o funcionamento remetidos à lei complementar, por deliberação da Comissão de Sistematização. Como órgão de controle externo, ou não, era evidente o absurdo colimado.

De plano registre-se a má-fé com que o dispositivo foi redigido. Não buscava diretamente atingir o desempenho dos juízes, mas do *Poder Judiciário*. Referia-se, até, a “desempenho dos deveres funcionais do Poder Judiciário.” (GARCIA, 1989: 134.)

E mais adiante prossegue:

“A simples retirada da expressão “externo” pouco alteraria o quadro, pois a função do órgão espúrio continuava como a de verificar o desempenho funcional dos juízes e membros do Ministério Público. Acredita-se que a simples troca de palavras não eliminaria o caráter maléfico do citado órgão sobre duas instituições que devem ser preservadas a bem da democracia e da justiça.” (GARCIA, 1989: 136).

### 5.2 *A necessidade de um órgão de controle da sociedade sobre o Poder Judiciário*

Apesar de ser indispensável a preservação da independência dos juízes, pois sem ela não mais interpretariam leis, mas acatariam ordens ou sugestões, em prejuízo dos demais membros da sociedade (CHAMMARD, 1985:49), o caráter político das funções judiciais antes examinadas recomenda a criação de algum órgão da sociedade, capaz de exercer algum controle sobre o Poder Judiciário.

No entanto, tal instrumento não deve se resumir em punir magistrados preguiçosos ou desonestos, sendo indispensável que sirva de efetivo garante da independência da magistratura. Caber-lhe-ia defendê-la, afastando intromissões indébitas dos outros Poderes estatais e de quem mais pudesse afetá-la. Por isso, as indicações de pessoas para comporem tribunais e a avaliação do mérito de juízes para promoções, seria de sua competência, afastando-se o sistema atual concentrador dessa faculdade nas mãos do chefe do Poder Executivo.

Para afastar a criação de espírito de corpo entre os membros do Poder Judiciário, o órgão controlador e defensor teria composição mista e seus membros mandato renovável a cada quatro anos. Nele teriam assento: o Presidente da República, representantes eleitos pelo Poder Legislativo, delegados da Ordem dos Advogados do Brasil e do Ministério Público, professor de faculdades de direito e magistrados eleitos por seus colegas. A fim de evitar que a entidade pudesse servir de instrumento de pres-

são sobre os juízes, deveria ser resguardada a paridade entre os componentes oriundos da magistratura e os demais.

Com isso, seria possível melhorar o controle social sobre o Poder Judiciário e dar-lhe efetiva garantia de independência.

## 6. Conclusão

A Constituição aumentou o campo das funções políticas do Poder Judiciário ao entregar-lhe tarefas ligadas à efetiva concretização dos preceitos constitucionais, institucionalizando a declaração de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Em vista dessas novas atribuições e para conferir maior capacidade de trabalho ao Poder Judiciário, o contribuinte bipartiu o antigo Supremo Tribunal Federal, manteve órgão desse nome como Corte Constitucional Suprema e criou outro Tribunal encarregado de ser o intérprete máximo do direito federal. Substituiu, ainda, o Tribunal Federal de Recursos pelos Tribunais Regionais de Recursos e permitiu que fossem criados juizados especiais, nos casos do artigo 98, I.

Por suas importantes funções de natureza política, o Poder Judiciário deve estar submetido ao controle da sociedade, mediante um órgão de composição mista, com representantes dos Poderes Políticos, de entidades sociais e da magistratura, o qual teria como atribuição fundamental assegurar, de forma efetiva, a independência dos membros do Poder Judiciário.

## Bibliografia

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 2ª ed., Rio de Janeiro, FGV, 1972. 627 p.

———, *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, Forense, 1980. 361 p.

BURDEAU, Georges. *O Estado*. Trad. de Cascais Franco. Póvoa de Varzim, Europa-América, s.d. 202 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 2ª ed. Coimbra, Almedina, 1980. 602 p.

CHAMMARD, Georges Boyer. *Les magistrats*. Paris, PUF., 1985. 128 p.

GARCIA, José Carlos Cal. *Linhas Mestras da Constituição de 1988*. São Paulo, Saraiva, 1989. 226 p.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona, Ariel, 1979. 619 p.

POULANTZAS, Nicos, org. *O Estado em Crise*. Trad. de Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro, Graal, 1977. 338 p.

SÁCHICA, Luis Carlos. *El Control de Constitucionalidad*. 2ª ed. Bogotá, Temis, 1980. 193 p.

VIRGA, Pietro. *Diritto Costituzionale*. 9ª ed. s.l., Giuffrè, 1979, 604 p.