



# Aspectos do Poder Judiciário americano e brasileiro

Paulino Jacques

Há *similitudes* entre o Poder Judiciário americano e o brasileiro, oriundas da origem comum desse poder político, que mergulha as suas raízes na concepção *montesquieuiana*. Apenas alguns aspectos dessa relação de semelhança vamos, neste ensejo, referir em linhas gerais.

Entre as *similitudes*, enumeramos o "Judiciário, como Poder de direito e de fato", o "contrôle pelo Judiciário dos atos do Legislativo e do Executivo" e o "poder normativo mitigado do Judiciário", nos parecem as mais sensíveis.

## I

Segundo a concepção de LOCKE, existem dois poderes políticos no campo do Estado: o Legislativo e o Executivo. Não passa o Judiciário de "função executiva especializada", sendo a justiça ministrada "em nome do Rei", como ocorre no Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte (Veja de JOHN LOCKE, "The second treatise of Government", Basil Blackwell, Oxford, 1956, Chap. XII and XIII; e de A. BERRIDALE KEITH, "Constitutional Law", Stevens and Sons, London, 1946, Part V, Chap. IV). Aliás, nesse país, todos os poderes políticos são delegações do Legislativo, que é o "supremo poder".

ROUSSEAU seguiu, em linhas gerais, o pensamento lockeano, embora deva a justiça ser distribuída "em nome do povo", que é a fonte de todo poder legítimo (Veja de JEAN JACQUES ROUSSEAU, "Contrat Social", Librairie Garnier, Paris, 1889, Liv. III, Chap. I; e de JOSEPH BARTHÉLEMY et PAUL DUEZ, "Traité de Droit Constitutionnel", Librairie Dalloz, Paris, 1933, Titre VI, Chap I).

MONTESQUIEU, ao contrário, reconhece o Judiciário (a "puissance de juger") como verdadeiro poder político, separado dos outros, o Legislativo e o Executivo, devendo, por isso, "agir de comum acôrdo" (Veja de MONTESQUIEU, "De l'esprit des lois", Librairie Garnier, Paris, 1877, Liv. XI, Chap. VI).

KANT orientou-se por MONTESQUIEU, com o seu "rechtsprechende Gewalt" (poder de aplicar o direito), que, entretanto, deve atuar "coordenado e subordinado aos outros dois", o "vollziehende Gewalt" (Poder Executivo) e o "Herschergewalt" (So-

berania ou Poder Legislativo). (Veja de KANT, "Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre", Verlag von Felix Meiner, Hamburg, 1959, § 45). Essa doutrina foi defendida, mais tarde, na França, por BENJAMIN CONSTANT, com o seu "pouvoir neutre", a quem incumbia coordenar a ação dos outros três Poderes (in "Principes de Politique", Paris, 1815, page 37/s; et "Cours de Politique Constitutionnel" Paris 1820, page 19/s) — e posta em prática no Brasil, com a Carta Constitucional de 1824, e, em Portugal, com a Carta Constitucional de 1826, por mercê de D. PEDRO I, que o denominou "Poder Moderador".

## II

Os americanos, na sua famosa Constituição de 1787, aptaram pela fórmula montesquieuniana, considerando o Judiciário como **verdadeiro poder** de direito e de fato, qual se vê da seção I do art. 3.º, que trata do "Judicial Power".

Os ingleses e os franceses jamais falaram em suas Constituições de Poder Judiciário ("Judicial Power" e "Pouvoir Judiciaire") — seguindo, neste particular, a orientação de LOCKE e ROUSSEAU. Apenas, os primeiros cuidaram da "judicial function" (DICEY e JENNINGS), e os segundos, da "fonction jurisdictionnel" (DUCROCQ e DUGUIT). É certo que as primeiras Constituições francesas, como as de 1791/1795, e o Ato Adicional de 1815, trataram da "Pouvoir Judiciaire", mas tiveram vida efêmera, impossibilitando que o Judiciário se afirmasse efetivamente como Poder. E as Constituições posteriores, quais as de 1830, 1848 e 1852, não se referiram a esse Poder como tal, tanto quanto as Leis Constitucionais de 1875 e as Constituições de 1946 e 1958, que aludiram a "Ordre Judiciaire", a "Conseil de la Magistrature" e "Autorité Judiciaire".

Assim, foram os americanos os verdadeiros instituidores do Judiciário como poder político de direito e de fato. E o Brasil seguiu-os, mesmo sob o regime monárquico, cuja Constituição continha um título especial com a ementa "Do Poder Judicial" (arts. 151 **usque** 164), que foi mantido nas Constituições republicanas (1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969).

O Marquês de São Vicente (J. A. PIMENTA BUENO), o mais autorizado constitucionalista do Império brasileiro, reconheceu que "o Poder Judiciário, segundo o nosso Direito Público, é um **poder político distinto e independente**; é, como os demais poderes, uma emanção da autoridade soberana da Nação" (in "Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império", Edição do MJNI, Rio, 1958, pág. 317, n.º 451; o grifo é nosso). E RUI BARBOSA, o maior constitucionalista da República, observou que "na frase de WASHINGTON, ao nomear os primeiros membros da Suprema Corte Federal, o Poder Judiciário, neste regime, É A COLUNA MESTRA DO GOVERNO DO PAÍS; ainda, na expressão de WASHINGTON, anunciando a JAY a sua escolha para a presidência do grande Tribunal da União, essa instituição grandiosa,

adotada por nós, é a CHAVE DE ABÓBODA DO NOSSO EDIFÍCIO POLÍTICO, a majestade incomparável, a preexcelência *suprema* dessa criação, indubitavelmente a mais importante entre tôdas as dos estadistas que fizeram a Constituição americana" (in "Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo", Rio 1893, pág. 247). Nada mais é possível aduzir para salientar a importância do Judiciário no plano das relações dos Poderes no Estado brasileiro, principalmente depois que PEDRO LESSA, insigne professor e ministro do Supremo Tribunal Federal, encerrou a velha controvérsia de o Judiciário não passar de mera "função executiva especializada", ao sentenciar que "nenhuma procedência tem a objeção, feita por alguns, de que não se compreende um **poder nomeado ou eleito por outro poder**. Nunca se exigiu em Direito Público, a **eleição direta ou imediata pelo povo**, para a constituição de todos os poderes do Estado" (in "Do Poder Judiciário", Rio, 1915, pág. 4, § 3.º).

Assim, o Poder Judiciário no Brasil, como nos Estados Unidos da América, foi sempre um **poder político** de direito e de fato.

### III

É também doutrina e prática genuinamente americanas, o contrôle pelo Judiciário dos atos do Legislativo e do Executivo, integrando o sistema dos "cheks and balances" (freios e contrapesos), através do qual um Poder limita a ação do outro, consoante a famosa fórmula de MONTESQUIEU "le pouvoir arrête le pouvoir". Alguns autores americanos, como CHARLES BEARD, denominam a essa técnica de contrôle "judicial control", e outros, qual EDWARD CORWIN, "judicial review"; porém, todos reconhecem que o seu instituidor foi JOHN MARSHALL, que a estabeleceu no afamado "caso" **Marbury versus Madison**, julgado pela Suprema Côrte em 1803. Nêle, o insigne juriconsulto acentuou que "a linguagem particular da Constituição dos Estados Unidos da América confirma e revigora o princípio, que se supõe essencial a tôdas as Constituições escritas, de que **uma lei conflitante com a Constituição é nula**; e que as Côrtes, como outros Departamentos do Govêrno, estão jungidos a êsse instrumento" (in ROBERT E. CUSHMAN, "Leading constitutional decisions", New York, 1954, page 226). *Todavia*, para prevenir excessos da Côrte, esta mesma fixou a célebre cláusula, "beyond all reasonable doubt" (acima de tôda dúvida razoável), como condição para declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato executivo.

No Brasil republicano, sempre, praticamos êsse contrôle, mesmo sob a vigência da Constituição de 1891 e a Reforma de 1926, quando várias leis, federais e estaduais, foram declaradas *inconstitucionais*. Mas, o sumo pontífice do constitucionalismo pátrio observou que "a formação da jurisprudência constitucional, **não obstante a severidade que deve moldá-la**, não é um trabalho mecânico. A conformidade entre a Constituição e as leis não se averigua por superposição material, estresindo uma nas outras como os amadores de pintura fácil debuxam trasfoleando contra a luz." (in

RUI BARBOSA, "Obras completas", vol. XXIII, tomo II, pág. 175). Esse salutar critério de julgamento continuou a inspirar os nossos tribunais judiciais, ao examinarem as arguições de inconstitucionalidade de leis e de atos executivos, sob os regimes das Constituições de 1934 e de 1946, que explicitaram o nosso "judicial control", estabelecendo que "só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público" (arts. 179 e 200, respectivamente). Diversas leis federais e estaduais, e algumas Constituições estaduais, bem assim inúmeros atos executivos, foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Sob o regime da Constituição de 1967, o princípio subsistiu no art. 111, havendo o Supremo declarado a inconstitucionalidade de vários dispositivos de constituições estaduais, como do Rio Grande do Sul, da Guanabara, do Rio de Janeiro e do Amazonas, e de algumas leis ordinárias — mas sempre fiel à cláusula salutar que restringe a declaração à inconstitucionalidade "acima de toda dúvida razoável".

#### IV

A Suprema Corte americana, diante da concisão da Constituição, que contém apenas sete artigos e, hoje, vinte e cinco emendas — foi compelida a completá-la, suprindo as omissões da "supreme law of the land". Daí o exercício do "poder normativo mitigado", originando o que alguns autores, como HURST, chamam "construction", e outros, tal CORWIN, "Stare decisis".

Mais uma vez, coube a JOHN MARSHALL estabelecer essa técnica jurisdicional — o "poder normativo mitigado do Judiciário" — e o que fez no renomeado "case" **Mac-Culloch versus Maryland**, decidido pela Suprema Corte em 1819. Nêle foi assegurado ao Congresso, por "construção jurisprudencial", no silêncio da Constituição, "implied powers", e de cujo voto luminoso de MARSHALL destacamos êste passo: "admitamos, como todos devem admitir, que as faculdades do Govêrno são limitadas, e que êsses limites não devem ser transpostos. Mas cremos que a sólida interpretação da Constituição deve permitir à legislatura nacional essa **discrição de escolher os meios pelos quais serão executados os poderes que a Constituição lhe confere**, o que permitirá a êsse corpo (o Legislativo) desempenhar os elevados deveres que lhe estão reservados na Constituição e na forma mais benéfica para o povo. **Se o fim é legítimo**, se está dentro do alcance da Constituição, **então todos os meios que são próprios**, que são simplesmente adotados para êsse fim, **que não estão proibidos**, mas que estão de acôrdo com a letra e o espírito da Constituição, **são constitucionais**" (in ROBERT E. CUSHMAN, cit., page 25). Daí por diante, a Suprema Corte passou a integrar a Constituição através de decisões com caráter normativo, e a tal ponto que, no começo de nosso século, dois gigantes da jurisprudência — BRANDEIS E HOLMES —

iniciaram acirrada controvérsia, que subsiste nos dias que vivemos. Se BRANDEIS, fiel à ortodoxia constitucional, entendia que a Suprema Côrte "não era uma super-legislatura"; HOLMES, heterodoxo, sustentava que "o limite do poder da Suprema Côrte era o céu"!

Essa controvérsia propagou-se pelo mundo civilizado. JAMES BECK, então Procurador-Geral dos Estados Unidos da América, em conferência que pronunciou na Côrte de Cassação de Paris, em 1922, sobre "A Constituição dos EUA", declarou, com espanto geral, que "os doutôres da Supremo Côrte podem ser considerados como **estado acima do Poder Legislativo e do Poder Executivo**. Os juizes têm o direito de dizer ao Governô: Eis a verdadeira interpretação da Constituição; eis a decisão. **É a ela que deveis obediência**. E ela é sempre obedecida" (in "La Constitution des États-Unis", Paris, 1923, page 150). Não era, porém, de espantar tanto, porque, antes de BECK, outros juristas americanos não menos representativos, BROWN e GRAY, já haviam sustentado que "a lei só era direito depois que a Suprema Côrte a reconhecesse como tal" o que levou, mais tarde HUGHES, insigne presidente da Suprema Côrte, a confessar que "a Constituição é o que os juizes dizem que ela é"!

Daí, a tese de LAMBERT, suscitada em sua conhecida obra, "Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis", Paris, 1925, que se apoiou também em dois respeitáveis autores americanos, HAINES, in "American doctrine of judicial supremacy" (1914) e BEARD, in "The Supreme Court and the Constitution" (1916), versando o mesmo tema. Foi tamanha a celeuma que se chegou a falar em "ditadura dos juizes" ou "ditadura do judiciário" e, mesmo, em "judicialismo" — para acentuar, com ênfase, a posição do Judiciário em face do Legislativo e do Executivo, cujos atos controlava sem qualquer contrafreio. Essa "supremacia" do Judiciário americano, entretanto, terminou com o advento do 2.º ROOSEVELT, que, para levar avante o seu famoso plano de reformas sociais, denominado "New Deal", teve de rejuvenescer a Suprema Côrte, visto como esta repelia o seu ensaio de "government by decree", exercido, na realidade, por decretos executivos com força de lei, o que vale dizer, por decretos-leis, que o sistema americano só excepcionalmente admitia, de acôrdo com a tradição.

Entre nós, êsse "poder normativo mitigado" do Judiciário só se manifestou a partir da Constituição de 1934 e, de modo especial, na vigência da Constituição de 1946. Para demonstrá-lo, basta que rememoremos dois julgados do nosso Supremo Tribunal Federal — o do Pedido de Intervenção Federal n.º 14/1951 e o da Reclamação n.º 315/1957. No primeiro, o Relator do feito, o saudoso Ministro EDMUNDO MACEDO LUDOLF, lembrou ao plenário "a prerrogativa que competia ao Supremo Tribunal Federal de construir o próprio direito, em dadas circunstâncias de premência e necessidade, em ordem a suprir as deficiências ou imperfeições da legislação" (in

"Diário da Justiça", de 28-11-1951, pág. 4.528), e o eminente Ministro EDGARD COSTA, que "o Supremo Tribunal, ao modo da Côte Suprema norte-americana, desempenha, não o papel de um simples tribunal de justiça, mas o de uma Constituinte permanente, porque os seus deveres são políticos, no mais alto sentido da palavra, tanto quanto judiciais" (*ib.*, pág. 4.529). No segundo julgado, o Pretório excelso, adotando o voto do Relator, o saudoso Ministro A.M. RIBEIRO DA COSTA, deu à decisão "caráter normativo, tornando-a aplicável a qualquer procedimento judicial, seja de juizes ou tribunais inferiores, tendente a impedir, obstar ou embaraçar de qualquer modo, direta ou indiretamente, a execução de decisões definitivas do Supremo Tribunal, sôbre litígios instaurados para importação ou entrega de mercadorias sujeitas à licença prévia e à legislação especial sôbre a matéria" (in "Diário da Justiça", de 2-9-1957, pág. 10.987) Ainda, no Recurso de Mandado de Segurança n.º 4.928/1957, o Supremo Tribunal reiterou a sua posição esclarecida de "construir o direito **in concreto**" — o que corresponde à **construction** do Judiciário americano — e de estendê-lo, quando couber, aos casos idênticos (in "Diário de Justiça", de 23-12-1957, Apenso pág. 3.286/s). O insigne jusfilósofo espanhol, LEGA Y LACAMBRA, denominando o fenômeno "función integradora del orden jurídico", reconhece que "o juiz, que não cria normas jurídicas de caráter geral, nem pode fazê-lo enquanto atua como juiz, é, não obstante, um **autêntico criador de direito**, um colaborador a mais — como o legislador ou o administrador — no processo dinâmico de criação da ordem jurídica" (in "Filosofía del Derecho", Barcelona, 1953, pág. 424). Aliás, a "Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal", instituída em 1964, com tendência normativa, como o antigo Prejulgado dos tribunais judiciários e o antiquíssimo Assento da Casa de Suplicação de Lisboa, vêm corroborar o que afirmamos, tanto quanto o anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas (art. 6.º, 2.ª parte), de autoria do eminente Prof. HAROLDO VALLADÃO, que reconhece "fôrça normativa" também à jurisprudência.

Em aresto de 1968, do qual foi Relator o eminente Ministro ADALÍCIO NOGUEIRA, o Supremo Tribunal Federal — fiel a sua luminosa orientação — **aditou** o art. 80 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, mandando incluir, também para efeito de **estabilidade funcional**, o tempo de serviço prestado pelo servidor à União, Estados-membros, Distrito Federal, Municípios, autarquias e sociedades de economia mista, quando se sabe que dito artigo restringe a contagem dêsse tempo de serviço aos casos de **aposentadoria** e **disponibilidade**! Vinte anos antes, o mesmo colendo Tribunal já havia estabelecido, em dois memoráveis julgados, a legitimidade das "delegações legislativas", apesar da **proibição constitucional** contida no § 2.º do art. 36 do Estatuto Magno de 1946 (Veja de PAULINO JACQUES, "Curso de Direito Constitucional", Editora Forense, 6.ª edição 1970, Cap. XXXV). É que os tribunais, ao interpretarem e aplicarem as leis, devem considerar "os fins sociais a que elas se

dirigem e as exigências do bem comum”, como prescreve o art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, surgindo, então, as figuras do “legislador suplente” de CRUET, do “legislador dos casos particulares” de RIPERT e do “integrador da lei” de MORIN, que a ciência jurídica contemporânea, por um imperativo vivencial, incorpora às suas novas construções. Isso vem consagrar e rejuvenescer o velho postulado agostiniano, “a lei existe para o homem, e não o homem para a lei”, de modo que sempre há de ser entendida segundo essa teleologia pragmática, que valoriza a norma jurídica.

## V

A Constituição brasileira de 1967 manteve as características fundamentais do Judiciário americano e brasileiro: **poder** de direito e de fato, **contrôle** dos atos legislativos e executivos, e **normatividade** mitigada. Realmente, o art. 6.º, assegurando a “independência e harmonia dos Podêres, Legislativo, Executivo e Judiciário”, e o art. 107, estruturando êste último — consagram o Judiciário como poder de direito e de fato. O art. 111, garantindo aos tribunais a prerrogativa de “declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros” — preservam-lhes o contrôle desses atos. O art. 114, inciso I, alínea m, autorizando ao Supremo Tribunal Federal “as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados”, bem assim o inciso III, alínea d, do mesmo artigo, permitindo-lhe “julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juizes, quando a decisão recorrida der à lei interpretação divergente da que lhe haja dado outro tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal” — ensinam-lhe “legislar nos casos particulares”.

Demais, a Constituição de 1967 **ampliou** as atribuições do Judiciário, nos termos seguintes. Facultou aos “Tribunais Federais, com jurisdição em todo o território nacional, a iniciativa das leis” (art. 59) — prerrogativa relevante e corajosamente inovadora na técnica de elaboração legislativa contemporânea. Autorizou o Supremo Tribunal Federal a regular, no seu Regimento Interno, a “competência do plenário, além dos casos previstos na Constituição” (art. 115, § único, alínea a) — o que importa reconhecer-lhe **poder legiferante** específico. Atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o poder excepcional de “declarar a suspensão dos direitos políticos, pelo prazo de dois a dez anos, mediante representação do Procurador-Geral da República, daquele que abusar dos direitos enumerados no art. 151, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção” (art. 114, inciso I, alínea j) — com o que reproduziu, em linhas gerais, o preceito contido no art. 18 da **democratíssima** Constituição da Alemanha Ocidental de 1949, **in verbis**: “Perde os direitos fundamentais da liberdade de opinião, especialmente da liberdade de imprensa, a liberdade de ensino, a de reunião, de associação, o sigilo das comunicações postais telegráficas e telefônicas, bem como

o direito de propriedade e o de asilo, quem, para combater o regime fundamental da liberdade e democracia, abuse dos citados direitos. Essa perda de direitos e a sua extensão serão dítadas pelo Tribunal Constitucional Federal". Aliás, a nossa Constituição é menos rigorosa que a alemã, porque autoriza a suspensão apenas de quatro direitos fundamentais — manifestação do pensamento (art. 150, § 8.º), exercício de profissão (§ 23), liberdade de reunião (§ 27) e liberdade de associação (§ 28) — dos direitos políticos (votar e ser votado para mandato eletivo, *ex vi* do Capítulo II do Título II); enquanto a Constituição alemã enumera oito direitos fundamentais, suscetíveis de suspensão, inclusive os direitos de **propriedade** e **asilo!** Em se tratando de titular de mandato eletivo federal, "o processo dependerá de licença da respectiva Câmara" (§ único do art. 151) — qual acontece também na Alemanha Ocidental (Constituição, art. 46, item 3).

A Constituição de 1967 **restabeleceu** a Justiça Federal de 1.ª instância (arts. 118 e 119) — extinta pela Carta de 1937 — e, com isso, **retornou** ao modelo americano, adotado, em parte, pela nossa Constituição de 1891, como também corrigiu a anomalia de existir uma 2.ª instância federal, representada pelo Tribunal Federal de Recursos, sem a correspondente 1.ª instância, os juizes federais. É, sem dúvida, mais um passo no sentido da "Justiça Nacional", **única** em todo o país, como sempre a desejaram RUI BARBOSA e PEDRO MOACIR, entre outros patriotas, a fim de aplicar **um só** direito substantivo segundo o rito de **um mesmo** direito adjetivo, em todo o território nacional — **contrariamente** ao que ocorre nos Estados Unidos da América, onde a **dualidade** de direito substantivo e de direito adjetivo comporta a **dualidade** de Justiça.

A Constituição de 1969, além de haver ampliado a competência do Supremo Tribunal — como o processo e julgamento dos deputados, senadores e ministros de Estado, nos crimes comuns (art. 119, I, **a**), e as causas e conflitos entre os órgãos da administração indireta (**d**) — outorgou-lhe expressamente "poder normativo" ao estatuir que "as causas a que se refere o item III, alíneas **a** e **d**, do art. 119 da Constituição, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no Regimento Interno, que atenderá à sua natureza, espécie ou valor pecuniário" — o que vem reafirmar o refôrço e prestigiamento do Poder Judiciário, uma constante em nossa evolução política, como atrás acentuamos. Foi também outorgado "poder normativo" aos Tribunais de Justiça dos Estados-membros, a quem cabe "em resolução, pela maioria absoluta de seus membros, dispor sôbre a divisão e a organização judiciárias" (art. 144, § 5.º) — o que vem dar ênfase ao fenômeno assinalado, tanto mais quanto mantém aquelas atribuições específicas do Poder Judiciário, antes mencionadas, reveladoras de nossa consonância com o espírito do tempo, que impõe a mais estreita colaboração entre os poderes políticos do Estado para o bem da comunidade.