

# Poder Judiciário na Constituição de 88

## Da difusão à concentração de poder

Friedmann Wendpap e Rosane Kolotelo

### Sumário

1. A tonificação do STF. 2. A expansão do órgão judiciário da União. 3. A Justiça Regional Federal. 4. Distribuição de poder dentro do Judiciário.

*“... admito abertamente que para chegar a minhas propostas fui guiado, em última análise, por juízos de valor e predileções. Mas, espero que minhas propostas possam ser aceitáveis para aqueles que valorizam não apenas o rigor lógico, mas também a liberdade em relação ao dogmatismo; para aqueles que procuram a aplicabilidade prática, mas que são ainda mais atraídos pela aventura da ciência e pelas descobertas que de maneira sempre renovada nos colocam frente a frente com novas e inesperadas questões, desafiando-nos a tentar novas respostas ainda não sonhadas.” (POPPER, 1980, p. 12)*

Ao pensar sobre a Constituição Federal, é imperioso ter em conta que o lapso de vinte anos é breve e as análises são impregnadas de conjunturalidade.<sup>1</sup> O examinador está imerso no examinado e a potência ideológica da análise causa modificações no objeto. Afinal, a Constituição é feita de idéias, não de pedras. *Le idee sono mobile*. Atribuir rigidez pétrea a qualquer idéia, como se ela fosse atemporal e atópica, é

<sup>1</sup> “Qual é a contribuição do historiador para tal tarefa? Sua função principal, além de lembrar o que outros esqueceram ou querem esquecer, é tomar distância, tanto quanto possível, dos registros da época contemporânea e vê-los em um contexto mais amplo e com uma perspectiva mais longa.” (HOBBSAWM, 2007, p. 9)

fundamentalismo incompatível com a atividade científica.

A cientificidade deve ser prometida como esforço, não garantida como resultado. De modo especial, o pensamento sobre os objetos jurídicos não opera exclusivamente pela via declarativa, ele sempre envereda pela constitutiva; *de lege ferenda* é política, não ciência.

A operação científica é atéia. A sua condição de procedibilidade é a inexistência de transcendentalidade. Qualquer Constituição, inclusive a vigente, tem um processo político nomogenético que é perfeitamente explicável e ubiquável. A Constituição guarda os genes do produtor, com os seus vícios e virtudes. É tão humana quanto aqueles que a produziram. Ausente a sacralidade, não há heresia, nem *index librorum prohibitorum*.

Em pleno regozijo soa constrangedor apupar a aniversariante, mas, aspecto a ser destacado, talvez por ingenuidade estrênuo, é a amplitude enciclopédica do texto, causa imediata do “emendismo”, doença pueril do Brasil. A opção pelo texto analítico, aparentemente apto a vedar as frestas para a ressurreição das práticas políticas antigas e a rotina dos golpes de Estado, aprisionou os pósteros. Embora, às vezes, o futuro repita o passado, o tempo não pára e o processo político acontece hoje, não ontem. O resultado disso é que todas as candidaturas à Presidência da República lançadas pós 1988 programaram a mudança da Constituição. Os candidatos não eram apóstatas desejando afastar as venturas trazidas aos mortais pela Assembléia Constituinte. Eles apresentaram propostas para o *zeitgeist* dos seus eleitores que não é o mesmo de 05 de outubro de 1988.

O “emendismo” tem causa arquitetônica e como todo mal estrutural, é insidioso, quase imperceptível.<sup>2</sup> Para governar sin-

<sup>2</sup> “A falta de coordenação entre as diversas comissões, e a abrangência desmesurada com que cada uma cuidou de seu tema, foram responsáveis por uma das maiores vicissitudes da Constituição de 1988: as superposições e o detalhismo minucioso, prolixo, ca-

cronicamente, os agentes políticos vêm-se diante do imperativo de mudar o texto constitucional que envelhece sem viver e, para isso, precisam de maioria qualificada. Para conquistar e manter essa gigante base de apoio, anômala em qualquer democracia, o instinto de sobrevivência política torna baças as luzes morais. O carácter analítico do texto constitucional, com a sua rigidez nanquim-celulósica, enseja o nivelamento da ação política por baixo, todos os dias, todos os minutos. É um *script* que estimula a vilania dos atores durante a representação. Só uma constituição sintética gerará o arranjo dinâmico estável do processo político brasileiro que é condição, não resultado, do desenvolvimento econômico e social.

Expendidos os posicionamentos exordiais, *llenos de pasión*,<sup>3</sup> antevê-se a sucinta análise que se apresentará sobre o Poder Judiciário, o órgão provido apenas de discernimento (HAMILTON, 2001, p. 331). Em macroperspectiva, a tendência entre a Constituição de 1969, com a emenda 07, e a de 1988, com a emenda 45, foi a de consolidar a independência do órgão Judiciário em relação ao Legislativo e ao Executivo, especialmente pela autonomia orçamentária e o autoprovimento dos cargos, mantida exceção para o Tribunal máximo. Das infinitas perspectivas tópicas, destacar-se-ão algumas que parecem interessantes para alumiar melhor algumas profundezas abissais da natureza da aniversariante.

### 1. A tonificação do STF

A hipertrofia do Supremo Tribunal Federal, cúspide do órgão judiciário, está ocorrendo a olhos vistos e não se dá por deferência dos agentes políticos que têm legitimação popular imediata (chefe do executivo e parlamentares). Na verdade,

suístico, inteiramente impróprio para um documento dessa natureza.” (BARROSO, 2006.)

<sup>3</sup> “Quando há coisas desagradáveis para serem descritas, seria desonesto tentar fazê-lo em tom neutro, escondendo sua face realmente desagradável.” (SINGER, 2004, p. 20)

os constituintes não resolveram o jogo político, não houve derrotados e vencedores. Por causa disso, a Constituição é prenhe de contradições e indefinições que, diante dos fatos, exigem escolhas difíceis entre as alternativas existentes. Para fugir do ônus político dessas decisões entre o certo e o certo, os Parlamentares e Chefes do Executivo empurram o problema ao Judiciário, a quem é vedado o *non liquet*.

O protagonismo político cotidiano (não partidário, sim decisório) do Supremo Tribunal Federal, resultante da atitude esquiva do Executivo e do Legislativo, não ocorre sem custo. O poder político existe em quantidade limitada e a adição dele à Corte deu-se pela subtração havida nos órgãos imediatamente legitimados pela representação do povo e esse aumento da distância entre os titulares do poder político e os agentes que efetivamente tomam decisões sensíveis com efeito *erga omnes* é uma tecnificação, uma aristoficação da democracia que perde o *frisson* da imediação e da pluralidade. A decisão política em temas árduos passa a ser resultante de um areópago etéreo.

A miríade de decisões sensíveis atinge o cotidiano de todos os brasileiros. A carência de legitimidade imediata e renovável, além da imutabilidade dos imperativos judiciais, leva os destinatários a pensar sobre os motivos da obediência e qual o meio de resistência a esse poder intangível. A mítica da toga numa sociedade secular, cada vez mais informal e menos prostrada diante do Estado, não é suficiente para o exercício do poder sem entropia.

## 2. A expansão do órgão judiciário da União

A transferência de poder político, essencialmente do Congresso Nacional, ao Supremo Tribunal Federal é acompanhada pela verticalização do poder entre a União e os Estados membros, expressada entre outras formas pela ampliação frenética da Justiça

do Trabalho e da Justiça Federal comum. O campo da competência residual e supletiva da Justiça Estadual reduz-se celeremente. O crescimento da Justiça Federal é sintoma de fraqueza do pacto federativo, denotando o viés de Estado unitário que sobrevive na federação construída por segregação.

Deve-se ter em conta que a expansão da Justiça Federal, motivada por razões corporativas ou pela sensação de que se está a civilizar espaços do Brasil onde o aparelho Judiciário Estadual foi transformado em feudo hereditário, altera de modo irreversível a correlação de poder político entre a União e os entes federados.

A poliarquia de uma federação bem engendrada contribui para a sociodiversidade. A mitigação do poder local, feita sob o fundamento de eficiência resultante da concentração, diminui a diversidade e, de certa forma, empobrece o sistema social, que se torna mais plano sob o esmeril do poder político acentuado do governo federal. Na verdade, a federação brasileira é um Estado unitário que não se assumiu.

## 3. A Justiça Regional Federal

O uso do oximoro para identificar o tema a ser versado destina-se a causar a sensação de que uma contradição está em curso. Dentro do movimento centrípeto de federalização da jurisdição comum, ocorre, paradoxalmente, uma fuga do centro com a regionalização da Justiça Federal. As cinco regiões operam de modo quase estanque e a impermeabilidade de seus corpos de juízes provoca encapsulamento corporativo que desnatura a figura do juiz federal, levando-o à condição de juiz regional. Ao funcionar de modo compartimentado, os magistrados da União perdem a perspectiva da nacionalidade e vêem o horizonte na mesma amplitude política e territorial que os juízes estaduais, em relação aos quais parece haver uma disputa de espaço.

Diga-se, a *ratio essendi* da Justiça Federal não é a competição com a sua homóloga

Estadual. Não é preciso ampliar a Justiça Federal para justificar a sua existência. De igual modo, não é necessário aprofundar *in extremis* a sua interiorização. O seu pressuposto é a forma federativa de Estado: ainda que fosse minúsculo o rol de suas atribuições e acanhado o seu corpo de magistrados, ela não se tornaria despendianda. Em 1937 a extinção deu-se pelo fim da federação. O Estado Novo adotou de fato, na pena de Francisco Campos, a forma unitária. Eliminada a razão de ser, desapareceu a Justiça Federal.

A concentração de poder na União acentuada pela Constituição de 1988, expressada na hipertrofia da Justiça Federal, não é elixir antidesintegração da federação. Aliás, visando a superar os males da excessiva concentração, deve-se avançar na difusão do pensamento e ação política por todo o País como parte do mecanismo de freios e contrapesos para dar uma chance à democracia. A poliarquia não ameaça a integridade territorial e política. A incompreensão do valor da nacionalidade é perniciosa à grandeza do Brasil.

A integridade territorial é ato, não fato. Ela depende da atenção dos brasileiros para a importância da unidade política sobre um grande território e da percepção da preciosa simetria entre as dimensões da nação (entendida como identidade cultural) e do Estado. A União tem cerca de um milhão de funcionários altamente qualificados. Essas pessoas, ao servirem ao Brasil, vivem-no, sentem-no, admiram-no. Se o seu campo de visão for diminuído a uma região, a um Estado, tende a esmaecer o sentimento de pertença ao todo. Os servidores da União, conduzidos ao cosmopolitismo por força de suas atribuições funcionais, são fonte poderosa do liame federativo.

Os juízes federais compõem a elite desse conjunto de pessoas que servem perenemente à União. A sua posição eminente implica imensa carga de responsabilidade política pelas opiniões acerca dos fundamentos da federação. Se o seu foco temático

se limitar à antiguidade, promoção, mais tribunais, mais vagas, vivendo e pensando apenas o seu “território” regional, não funcionarão como amálgama da nacionalidade, como pessoas que, em seus atos cotidianos, produzem o fato da integridade física e política do Brasil.

A regionalização adequava-se ao momento de comunicações expensivas e demoradas. Levar o Fórum até o cidadão era um custo justificável. Todavia, não se deve esquecer que as pessoas pagam caro pelo serviço e os meios modernos de comunicação, supressores de distância, têm custo módico. Hoje o aprofundamento da regionalização é caro em demasia e fragmentador do sentimento de unidade, fonte psíquica da integração.

O cosmopolitismo dos magistrados federais deve ser militante e não apenas diletante. Para isso, a leitura da Constituição de 88 deve ser feita para o futuro, não para o passado.

#### *4. Distribuição de poder dentro do Judiciário*

O desenho da distribuição do poder político esboçado a partir da tese de que apenas o poder é capaz de controlar o poder sói ser apresentando com o nome atribuído a cada órgão estatal em razão de sua principal competência funcional: Legislativo, Executivo e Judiciário. A seqüência revela raciocínio silogístico e transmite, também, a sensação de horizontalidade entre os órgãos. A um segundo olhar, começa a aparecer a importância da distribuição interna de poder em cada um desses órgãos. O Legislativo é completamente horizontal; nele, cada cabeça, um voto. O Executivo é vertical e apenas uma cabeça manda; as demais, obedecem. O Judiciário é horizontal e vertical.

A independência do juiz, fruto das garantias do art. 95 da Constituição Federal, sinaliza a inexistência de mando e obediência. Contudo, os recursos processuais acionam o poder em sua expressão vertical.

O grau superior não pode suprimir a possibilidade de o inferior decidir e nem ditar o teor da decisão, mas pode modificá-la.

A independência funcional dos agentes do Ministério Público, igual à da Magistratura, põe-nos no rol dos agentes políticos, no qual estão os agentes insuceptíveis a obediência. A arquitetura interna da instituição assemelha-se à do Legislativo, visto que a distribuição de poder é horizontal, sem viés de verticalidade.

No Executivo o cumprimento de suas atribuições exige celeridade decisória e baixa entropia estrutural. Para evitar o desperdício de energia política (poder) provocada por resistência, a arquitetura interna do órgão é hierarquizada em linha vertical com um único foco de poder.

O Legislativo perderia a sua *raison d'être* se de Torre de Babel passasse a quartel. A sua configuração faz da pressão lateral a única forma de articulação para decidir, dando ensejo à diversidade de pensamento e à composição de agrupamentos por afinidade ideológica.

A distribuição interna de poder em cada um desses órgãos é tão relevante para o sistema de freios e contrapesos quanto a própria existência de órgãos especializados para as diferentes funções a serem cumpridas pelo poder político. A mutação da distribuição interna de poder em cada um dos órgãos tende a mudar a sua ponderação no sistema da balança de poder.

Essa alteração da endodistribuição do poder político no órgão judiciário está em curso no Brasil. Ela não é da Constituição autóctone, mas segue a linha concentradora original adotada como padrão estrutural, embora o texto se refira à democracia treze vezes. Por via de emendas, o controle concentrado da constitucionalidade foi-se tornando a regra e o difuso, um arroubo juvenil de província.

Vê-se o controle difuso da constitucionalidade como óbice ao desenvolvimento dos preceitos da Constituição e estorvo à governabilidade, causador de insegurança

jurídica pelo espoucar de decisões contraditórias, havendo demora até que a Corte Suprema pacifique a querela. Por isso, ao longo da década de 90, o texto-mor foi remendado para atender ao desiderato de concentração do controle da constitucionalidade.

Com a concentração, mira-se resolver o burburinho caótico das decisões judiciais, por vezes contraditórias, que ocorrem nas causas movidas por milhares de pessoas. Pretende-se garantir segurança jurídica, visto que, argumenta-se, a pluralidade decisional provoca insegurança para a atividade econômica, aumentando o custo de transação. A experiência européia, com suas cortes constitucionais à Kelsen, é apresentada como remédio santo, panacéia para todos os males. De modo mimético, faz-se importação de mecanismos, especialmente tedescos, de concentração do controle da constitucionalidade.

A primeira dúvida que salta aos olhos é saber se a concentração do poder de controlar a constitucionalidade é salutar para a democracia. À sensibilidade mais chã, democracia tem afinidade com difusão do poder. A concentração ocorre, em regra, em autocracias. Entre a retórica assertiva da democracia como valor fundante da Constituição de 1988 e a adoção de método de controle judicial da constitucionalidade com caricatura autocrática há aparente contradição. Qual a razão desse paradoxo?

Talvez uma das explicações esteja na própria dimensão do texto constitucional que alberga preceitos magnos ao lado de minimalismos. Ao magnificar o que é pequeno, o embate político ocorrido na Assembléia Constituinte transformou o vértice da pirâmide num platô imenso. A rigor, a representação da verticalidade do ordenamento jurídico deve ser feita, no Brasil, por um trapézio, não um triângulo. Isso provoca uma quantidade inusitada de discussões sobre a constitucionalidade, mesmo em lides de escassa relevância social.

A *latere*, as situações que provocaram ações judiciais em escala industrial, notadamente provocadas pela sanha tributária da União, tornaram-se tão corriqueiras que a presunção de constitucionalidade das normas ordinárias quase se inverteu. O Executivo, ao legislar por Medida Provisória, deparou-se com a objeção judicial e sentiu o poder difundido por toda a estrutura do Judiciário; sentiu a potência daqueles que só têm o discernimento, sem armas, sem comício. Se controlar todos os juizes é impossível, subtrair-lhes a expressão mais relevante do seu poder, o controle da constitucionalidade, foi a via escolhida para assegurar que a pluralidade de pensamento não viceje.

A célere uniformidade obtida por meio do controle concentrado tem custo político altíssimo, pois a decisão ocorre em meio ao clamor de governabilidade. Essa atenção aos efeitos imediatos é condenada por Friedrich Hayek (1985, p. 151), ao afirmar que “toda consideração de efeitos a curto prazo está fadada a aumentar a preponderância dos efeitos visíveis e previsíveis sobre os invisíveis e remotos, ao passo que as normas destinadas a beneficiar igualmente a todos não devem permitir que os efeitos trazidos por acaso ao conhecimento do juiz anulem os que ele não pode conhecer”.

A omnisciência pressuposta no controle concentrado da constitucionalidade

empobrece o rol de possibilidades hermenêuticas, enfraquece a pluralidade. Isso é perigoso para a democracia porque, depois da instância judicial que exerce o controle concentrado, não há nenhum mecanismo de equilíbrio interno do poder político e a decisão judicial, apesar dos mitos, é demasiadamente humana. A hipertrofia do controle concentrado da constitucionalidade é danosa para a democracia porque altera o mecanismo de freios e contrapesos destinado a que o poder controle o poder.

### Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HAMILTON, Alexandre. *El federalista*, LXXXVIII. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

HAYEK, Friedrich. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo: Visão, 1985.

HOBBSBAWN, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

POPPER, Karl. *A lógica da investigação científica*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

SINGER, Peter. *Libertação animal*. Porto Alegre: Luggage, 2004.