

RAÍZES DO CONTROLE EXTERNO DO JUDICIÁRIO*

Mario Brockmann Machado

Todos os poderes estão subordinados ao
poder supremo do povo.

AS RELAÇÕES ENTRE OS CHAMADOS "PODERES DO ESTADO" suscitam um grande número de questões importantes. Uma delas é a proposta de controle (= fiscalização) externo do Judiciário. O discurso dos que se opõem a esse controle é costumeiramente baseado no princípio da separação de poderes. Penso, ao contrário, que interesses institucionais estão no cerne dessa objeção. Neste artigo, porém, decidi tomar tal discurso a sério, e argumentarei que, ao contrário do que se afirma, o controle externo do Judiciário é não apenas compatível, como também requerido pelo princípio da separação de poderes.

Farei isso mostrando que, para os autores clássicos na matéria, o objetivo da separação é a limitação dos poderes (razão por que vem associada a diversos mecanismos de controle mútuo), e não o isolamento e a expansão independente desses poderes.

* "Raízes do controle externo do Judiciário". Monitor Público, 8. Rio de Janeiro, 1996, p. 5-9.

Para tanto, abordarei de forma resumida o pensamento de Locke, de Montesquieu e dos constituintes norte-americanos, finalizando com breve comentário sobre a situação brasileira.¹

Historicamente, como se sabe, o princípio da separação de poderes se apresenta como fórmula de enfraquecimento do poder real absoluto.²

Refletindo sobre esse tema na história de seu país, Locke identifica dois poderes fundamentais: o de fazer leis, o Legislativo; e o de executá-las, de fazê-las obedecidas, se necessário com o auxílio da força, que é o Executivo. O Judiciário não é destacado, ficando suas funções distribuídas entre aqueles dois. Locke fala ainda de um terceiro poder, o de fazer a guerra e a paz nas relações exteriores, chamado de "federativo", mas entende que, na prática, ele deva ficar nas mãos do Executivo.³

O Legislativo é visto como o principal poder do governo, mas é, por sua vez, subordinado ao poder supremo do povo na sociedade, que pode afastá-lo ou modificá-lo, se agir

¹ As citações que se seguem tomaram por base tanto os textos originais, especificados abaixo, quanto as traduções apresentadas por Leonel Itaussu Almeida Mello, J. A. Guilhon Albuquerque e Fernando Papaterra Limongi. In: Francisco Weffort (Org.). Os Clássicos da Política. vol. 1. São Paulo: Ática, 1989. Os autores clássicos referidos não são, por suposto, os únicos a tratarem do tema. Kant, por exemplo, o abordou em sua *Metafísica dos Costumes*. Mas são os que maior influência tiveram sobre o pensamento constitucional moderno. A discussão sobre a relevância ou inutilidade de estudar os chamados textos clássicos, bem como a sua própria identificação, atingiu nos últimos anos uma intensidade extraordinária. Para uma visão de conjunto atualizada sobre o tema, ver Arlene W. Saxonhouse, "Texts and Canons: The Status of the Great Books in Political Theory". In: Ada W. Finifter, ed. *Political Science: The State of the Discipline II*. Washington, D.C.: The American Political Science Association, 1993, p. 3-26.

² O primeiro Tratado de Locke tinha o objetivo de contestar o livro de Robert Filmer, *Patriarcha*, que defendia a monarquia absoluta. As citações que se seguem são do segundo Tratado. John Locke, *Two Treatises of Government*. Edited by Peter Laslett. Cambridge: Cambridge University Press, 1960.

³ Os três poderes são apresentados no capítulo XII, parágrafos 143 a 148.

contrariamente ao encargo que lhe foi confiado, o mesmo valendo para o Executivo.⁴ E quem decidirá se os poderes do governo agem em desacordo com o encargo recebido? "A isto respondo: o povo será o juiz", conclui o autor.⁵

Resumindo, portanto: o Judiciário não está separado dos outros poderes; destes, o Legislativo é o superior, mas todos estão subordinados ao consentimento popular. Assim, o princípio da separação de poderes, em Locke, não fundamenta a tese da independência do Judiciário.

Montesquieu, por sua vez, trata da separação de poderes na parte de seu livro dedicada ao estudo Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição.⁶ Não se trata, portanto, de uma discussão abstrata sobre como organizar o governo, mas sim como melhor garantir a liberdade dos indivíduos contra os abusos de poder. Para tanto, "é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder",⁷ pois a liberdade estaria perdida se "o mesmo homem, ou o mesmo corpo de notáveis, ou de nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as decisões públicas e o de julgar os crimes ou pendências entre particulares."⁸

Isto dito, passa o autor a fazer uma análise do Judiciário. Afirma que "o poder de julgar não deve ser atribuído a um órgão permanente, mas sim exercido por pessoas extraídas do

⁴ Capítulo XII, parágrafos 149 a 151, e capítulo XIX, parágrafo 243. A superioridade do Legislativo era o princípio geral, mas situações especiais poderiam justificar o fortalecimento do Executivo ("prerrogativas", parágrafos 158, 159 sgs.).

⁵ Capítulo XIX, parágrafo 240.

⁶ Montesquieu. De L'Espirit des Lois. Avec des notes de Voltaire, de Crevier, de Mably, de la Harre, etc. Paris: Garnier, s.d. (1927).

⁷ Ibid., p. 151.

⁸ Ibid., p. 152.

corpo do povo, em certos períodos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo requerido pela necessidade".⁹ "Desse modo", continua, "o poder de julgar, tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a um certo grupo social nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo".¹⁰ Finalmente, afirma ser preciso "que os juízes sejam da condição do acusado, ou seus pares...".¹¹

Notem bem: o poder de julgar nem é permanente, mas temporário, nem é exercido por profissionais, mas pelo próprio povo. E conclui Montesquieu: "Dos três poderes de que falamos, o de julgar é de certo modo nulo. Restam apenas dois", referindo-se ao Legislativo e ao Executivo.¹²

Na seqüência, argumenta Montesquieu que o Executivo deve ficar nas mãos de um só, o monarca, enquanto o Legislativo, dividido em duas casas, deve ser confiado tanto ao corpo dos nobres, quanto ao que será escolhido para representar o povo.¹³

É dessa nova tripartição de poderes que Montesquieu então se ocupa, sugerindo diversos mecanismos de controle mútuo, para assim finalizar: "Eis aqui, portanto, a constituição fundamental do governo de que estamos falando. Estando o corpo legislativo composto de duas partes, uma conterà a outra por sua recíproca faculdade de vetar. Ambas serão limitadas pelo executivo, que será, por sua vez, limitado pelo legislativo. Esses três

⁹ Ibid., p. 153. Interessante notar que o autor utiliza a expressão *puissance de juger* e não *pouvoir de juger*.

¹⁰ Ibid., p. 153. O autor usa o termo *état*, aqui traduzido por "grupo social".

¹¹ Ibid., p. 154. O princípio do julgamento pelos pares é muito antigo, podendo ser encontrado na Magna Carta de 1215, item 48: "Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus pares segundo as leis do país."

¹² Ibid., p. 156.

¹³ Ibid., p. 156.

poderes," segue o autor, "deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de comum acordo".¹⁴

Fica portanto evidente que o objetivo da separação de poderes, acrescida dos mecanismos de controle mútuo, é a sua limitação, e não a sua independência.

Ademais, além de excluir o Judiciário da formulação final de sua proposta de engenharia política, Montesquieu ainda atribui ao Legislativo competência para julgar em algumas situações especiais. Assim, alegando, como já se viu, que os réus devam ser julgados por seus pares, recomenda "que os nobres sejam levados a julgamento não diante dos tribunais ordinários da nação, mas diante daquela parte do corpo legislativo composta pelos nobres."¹⁵

Com todas essas restrições, não é possível encontrar em Montesquieu a raiz histórica de um Judiciário poderoso e independente.

Onde o Judiciário aparece como um poder separado do Executivo e do Legislativo é na Constituição dos Estados Unidos. E a melhor fonte de informação sobre os debates em

¹⁴ Ibid., p. 160.

¹⁵ Ibid., p. 159. Essa última recomendação de Montesquieu nos mostra como sua reflexão conjuga duas ordens distintas de problemas: de um lado, a separação de poderes propriamente dita; e de outro, o governo misto e a atribuição de instituições governamentais diferenciadas a atores políticos poderosos (a realeza, a nobreza e a burguesia).

torno da aprovação daquele documento legal é o conjunto de artigos publicados na imprensa da época por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, que passo a citar.¹⁶

Madison começa admitindo que a acumulação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mesmas mãos, seja de um, de poucos ou de muitos, por motivos hereditários, de auto-indicação ou eletivos, constitui tirania. Assim, a preservação da liberdade exige a separação dos poderes.¹⁷

Nesse sentido, Madison ressalta, explicitamente, os ensinamentos de Montesquieu, bem como a influência da experiência política inglesa. Mas nota que esta última não apresenta poderes totalmente separados e distintos uns dos outros, já que vários são seus mecanismos de controle e suas atividades conjuntas.¹⁸ Por essa razão, Madison argumenta que os poderes devem estar "conectados e reunidos", de tal forma que se dê a cada um o controle constitucional dos outros.¹⁹

E por que não basta a simples separação de poderes? Porque, raciocina Madison, o poder é naturalmente usurpador, devendo por isso ser eficazmente impedido de ultrapassar os limites que lhe forem definidos.²⁰ Donde a necessária conclusão de que a estrutura interna do governo deve ser tal que suas diversas partes constituintes possam, por suas relações

¹⁶ The Federalist. Introduced by William R. Brock. London: J.M. Dent Ltd., 1992. A Editora Nova Fronteira traduziu e publicou esses "artigos federalistas" em 1993. Ver também Max Ferrand. The Records of the Federal Convention of 1787. New Haven: Yale University Press, 1966.

¹⁷ Federalista nº 47, p. 247. Esta passagem deixa claro que, para a tradição liberal, pode haver tirania até mesmo na democracia, se os poderes forem acumulados nas mãos dos "muitos", ainda que eleitos.

¹⁸ Ibid., p. 247-248.

¹⁹ Federalista, nº 48, p. 253.

²⁰ Ibid., p. 253-257.

mútuas, ser os instrumentos que mantenham cada uma delas em seus próprios lugares.²¹ Como resumia Montesquieu, "é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder".

Muitos e variados são, como se sabe, esses mecanismos de controle mútuo: o Legislativo vota as leis, mas o Executivo tem o poder de veto; o Executivo elabora seu orçamento, mas quem o aprova é o Legislativo; o Executivo nomeia os ministros da Corte Suprema, mas só depois de aprovação pelo Senado; o Senado julga o impeachment tanto do chefe do Executivo quanto dos ministros da Corte Suprema, etc. Em suma: separação sim, mas não independência de poderes.

Com relação ao Judiciário propriamente dito, havia muita resistência à criação de uma Corte Suprema como sua última instância. A tradição inglesa, que atribui tal função à Câmara dos Lordes, sugeria que ao novo Senado fosse delegada essa responsabilidade. A principal razão da objeção era o perigo de que a Corte Suprema, caso fosse dotada de competência para declarar a inconstitucionalidade das leis, usurpasse poderes do Legislativo.

Contra essa posição, Hamilton argumentava que tal poder do Judiciário não era ilimitado, nem poderia basear-se na interpretação do "espírito" da Constituição.²² Ao contrário, somente poderiam ser anulados atos do Legislativo "contrários ao manifesto teor da Constituição".²³ Em outras palavras: tal poder Judiciário só poderia aplicar-se a casos de "divergência irreconciliável"²⁴ e "evidente oposição" entre a lei e a Constituição.²⁵

²¹ Federalista, nº 51, p. 265.

²² Federalista, nº 81, p. 414.

²³ Federalista, nº 78, p. 399.

²⁴ Ibid., p. 400.

²⁵ Federalista, nº 81, p. 414.

Ao fim e ao cabo, tal princípio não foi incorporado originalmente à Constituição, tendo sido estabelecido pela Suprema Corte em 1803, em marcante julgamento, permanecendo para sempre como fator gerador de fortes controvérsias.²⁶

Concluindo, como é muito mais seguro e menos trabalhoso ser elite por decreto, como maliciosamente anotava Antonio Gramsci, é compreensível que os principais atores políticos desejem obter o status de poder de Estado. Da mesma forma, entende-se que os atores que tenham de fato alcançado essa posição sejam inclinados a congelar o mercado político, de forma não apenas a conservar permanentemente a vitória obtida, mas também a impedir a entrada de novos atores que possam representar concorrência ou ameaça.

A teoria da separação de poderes, acertadamente ou não, reconheceu a existência de três poderes. Ao longo da história brasileira, como se sabe, outros atores tentaram conquistar essa posição. O imperador, que detinha o Poder Moderador. Os militares, que, na República, tentaram ser os herdeiros desse Poder Moderador. Os economistas, quando argumentam que as questões econômicas são de natureza técnica, e que por isso não deveriam ser submetidas à discussão pública e à deliberação do Legislativo (como durante os governos militares, ou quando dos "pacotes econômicos", ou ainda quando propõem um banco central "independente"). E, mais recentemente, o Ministério Público.

²⁶ Sabemos que a nossa República sofreu forte influência constitucional norte-americana, a começar por seu novo nome político: Estados Unidos do Brasil. A Constituição de 1891 fortaleceu grandemente o Judiciário, e o apresentou como um dos três poderes "harmônicos e independentes entre si", disposição que foi mantida por todas as Constituições posteriores, exceto a de 1937. Também atribuiu competência ao Judiciário para julgar a inconstitucionalidade das leis. O Judiciário do Império não tinha essa competência e, além disso, não conseguia controlar o contencioso administrativo, que retirava de sua apreciação as grandes causas públicas. Mas a expressão "poderes independentes" permite uma interpretação abusiva da teoria inspiradora da fórmula importada, pois o que se busca com a separação de poderes é a sua limitação mútua, enquanto o que se obtém com sua independência é uma lógica de expansão isolacionista. E com o isolamento podem vir a irresponsabilidade, o privilégio e o abuso.

O princípio da separação de poderes é sábio, mas a identificação dos poderes a serem separados, o grau de sua autonomia e os mecanismos de controle mútuo são questões de natureza política geralmente resolvidas por meio de conflitos de intensidade elevada.

Hoje, um dos temas importantes da agenda política do País é a proposta de controle externo do Judiciário.

Espero haver demonstrado, apesar da brevidade da exposição, que nada há no princípio da separação de poderes que desaconselhe, nem muito menos impeça, esse procedimento. Ao contrário: na tradição do pensamento liberal, separação não significa independência, pois cada poder deve controlar os demais; e na tradição do pensamento democrático, qualquer que seja o status desses poderes, nenhum é independente em relação à cidadania soberana.

Em outras palavras: ou bem o Judiciário é um poder de Estado, e neste caso não pode ser independente do soberano, que é a cidadania; ou é simples função técnica especializada (como a militar, a diplomática, a econômica, etc.), e neste caso poderia realizar-se no âmbito, por exemplo, do Ministério da Justiça (donde a idéia de um "poder técnico" ser ou simples nonsense, ou justificativa ideológica para um status político imerecido).

Em suma: a afirmação radical da independência do Judiciário não se baseia no princípio da separação de poderes, nem encontra guarida nas tradições liberal e democrática. Deve-se, ao contrário, à simples defesa de interesses institucionais por parte de seus membros, que se constituem em um dos mais articulados e bem-sucedidos atores do sistema político brasileiro.

Portanto, o Legislativo, no exercício de sua competência, pode estabelecer seu controle sobre o Judiciário, a exemplo do que já exerce em relação ao Executivo.²⁷

²⁷ A Constituição de 1988 (art. 49, X) estabelece a competência do Congresso para "fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta".