

Constituinte e Poder Judiciário — II

O dono do poder p 11

Nilo Batista

A questão da independência do Poder Judiciário tem mão dupla.

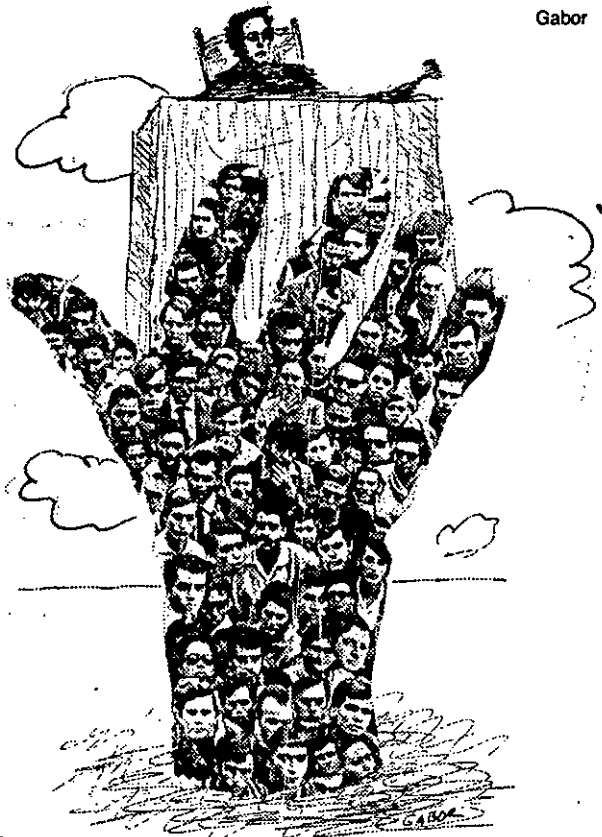
Se inegavelmente todos desejamos um Judiciário independente, ninguém está disposto a substituir a ditadura dos generais por uma ditadura de magistrados. Não cabe, nos limites deste escrito, qualquer remissão à larga discussão sobre a formidável ascendência que o modelo democrático outorga, em tese, ao Poder Judiciário com respeito aos demais Poderes; a página norte-americana dessa discussão é especialmente ilustrativa. Podemos sintetizar transcrevendo o art. 179 do anteprojeto de Constituição OAB-RS: "As decisões judiciais obrigam a todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades."

É preciso, portanto, desvendar roteiros para que a única fonte constitucional do poder — a vontade popular — institua e controle o exercício desse poder, o qual, como qualquer outro, só se legitiima a partir dela. Ninguém ousaria propor um artigo da Constituição que rezasse: "Todo poder emana do povo e em seu nome será exercido, salvo o dos tribunais, que emana do concurso público de provas e títulos e será exercido em nome dos doutrinadores e dos precedentes". Tão absurdo artigo, contudo, habita secretamente o coração de algumas pessoas, que gostam muito de poder mas nem um pouco de povo; e menos ainda de imaginar que o povo seja o dono do poder.

Tudo estaria resolvido teoricamente, pela adoção de eleições para os cargos da magistratura. Ocorre que tal sistema, à parte certos inconvenientes que muitos lhe assinalam, não pode realisticamente ser adotado entre nós sem grave comprometimento da operatividade — já crítica — do Judiciário. O recrutamento de magistrados postula um processo seletivo não apenas altamente moralizado — como, sem dúvida, eleições limpas configuram — mas também comprometido com a verificação de níveis aceitáveis de formação técnico-profissional (e, aí, eleições, mesmo limpas, falham completamente). A divisão do trabalho lavrou fundo também em terras jurídicas, alagadas neste século pelas torrentes legislativas advindas da progressiva intervenção estatal; o jurista é hoje cada vez menos o bacharel da tradição — um especialista em vagas generalidades — e gradualmente mais um humanista recomposto pela humildade da técnica jurídica. Além de determinados marcos mínimos de complexidade, a decisão sobre litígios depende também essencialmente de conhecimento jurídico. Acrescentem-se aí vicissitudes do ensino jurídico no Brasil, e teremos que é descabeladamente utópico abrir mão do concurso público de provas e títulos.

Mas o concurso público, processo seletivo moral e tecnicamente adequado e, sem dúvida — mesmo num país em que a educação é ainda privilégio —, democrático, funciona insuperavelmente para o viés administrativo (cingido ao preenchimento de cargo público). O viés político fica sem retorno: fundamenta a investidura e o exercício de poder no concurso público e um postulado aristocrático e elitista. Dado que é impossível renunciar ao concurso público, deve o constituinte pensar num sistema de balanceamento: um conjunto de medidas que — mantido o concurso público como processo básico de recrutamento —

Gabor



permittedem religar o Poder Judiciário à fonte constitucional de todo poder. Tal sistema de balanceamento operaria em áreas de conexão do Judiciário com o Executivo e o Legislativo, na medida em que, nesses outros poderes, a realização periódica de eleições afiança o controle da vontade popular. Por esse ângulo, e desde que constitucionalmente assumidas providências para garantir a real independência do Judiciário, essas áreas de conexão — como, por exemplo, na indicação de magistrados para tribunais superiores — em nada lhe afetam a autonomia, mas certamente lhe revigoram a legitimidade. Pensemos em algumas das medidas que podem contribuir para o dito balanceamento.

Em primeiro lugar, a incorporação da garantia de vitaliciedade aos juízes concursados (após 2 anos, pelo anteprojeto Arinos — art. 268, § 1º — e após 3 anos, pelo anteprojeto Comparato — art. 156, § 1º) deveria merecer a aprovação da Assembléia Legislativa, nos Estados, e da Câmara dos Deputados, quanto aos juízes federais de primeira instância. Isso pressupõe, é claro, a edição de regras claras acerca dos pressupostos sob os quais a confirmação do juiz concursado poderia ser recusada.

Em segundo lugar, nos casos em que a nomeação deriva de indicação do Presidente da República (no raciocínio constitucional, eleito pelo povo), a correspondente aprovação pelo Senado deveria ser mais do que mero referendo. Mais do que o "notável saber jurídico" ou a "reputação ilibada", deve o Senado efetivamente investigar o espírito público e a sensibilidade social do indicado, recusando a indicação sempre que lhe pareça inconveniente.

Na composição do Tribunal Constitucional — omitido pelo anteprojeto Arinos, e previsto nos artigos 163 e seguintes do anteprojeto Comparato — recomendam-se medidas especiais. A esse tribunal se reservam as decisões em que mais se afirma a ascendência do Poder Judiciário; para simplificar, digamos que esse tribunal pode anular um decreto do presidente da República ou uma lei do Congresso Nacional, afirmando-lhes a inconstitucionalidade. Para o Tribunal Constitucional, órgão tão importante no processo de redemocratização de Portugal e Espanha, recomenda-se a indicação paritária de seus integrantes (se forem 12, 4 pelo Judiciário, 4 pelo Legislativo e 4 pelo Executivo), bem como a investidura temporária (o anteprojeto Comparato fixa o mandato em 9 anos, proibida a recondução).

O chamado "quinto constitucional", ou seja, o preenchimento de um quinto das vagas dos tribunais por advogados e membros do Ministério Público, pode desempenhar, aprimorado, relevantes funções no sistema de balanceamento cujos módulos estamos tentando inventariar. Como os tribunais superiores controlam processualmente, pelo julgamento de recursos, as decisões dos juízes de primeiro grau, exercendo ainda funções de administração e disciplina, a nomeação de magistrados pelo quinto — através de mecanismo que conte com a colaboração do Executivo e do Legislativo — tempera a predominância do concurso público. Não deveria, contudo, o governador do Estado — eleito pelo povo — estar adstrito a uma lista elaborada pelo Tribunal; por outro lado, seria conveniente fosse o indicado aprovado pela Assembléia Legislativa — eleita pelo povo. A elaboração de lista tríplice pela corporação à qual pertencem os candidatos — ao sabor de dispositivos do anteprojeto Comparato e do anteprojeto OAB-RS —, ou a participação das corporações com uma lista sêxtupla prévia, que o tribunal reduziria a tríplice — como prevê o art. 267, § 2º do anteprojeto Arinos — em nada auxilia quanto às reais finalidades do procedimento da indicação. Quanto mais liberdade desfrutem, aqui, o Executivo e o Legislativo, tanto melhor para a saúde democrática da indicação.

Cabe pensar igualmente numa ampliação da competência do tribunal do júri, no qual a judicatura é diretamente exercida pelo povo. Sem dúvida, essa ampliação deve ponderar sobre as limitações do julgamento de consciência, circunscrevendo-se a hipóteses onde ele se revele tecnicamente viável e politicamente conveniente. Atualmente restrito aos crimes dolosos contra a vida, e assim mantido no anteprojeto OAB-RS (artigo 2º, inciso 24), tem o júri sua competência ampliada no anteprojeto Arinos, para alcançar também os crimes de imprensa (art. 52). Os crimes cometidos por funcionários públicos são um bom exemplo do horizonte para onde ampliar-lhe a competência. O modo de recrutamento dos jurados deveria merecer especial atenção, para que o tribunal do júri tenha efetiva representatividade social.

Por fim, talvez seja cabível pensar-se em eleições e mandato para um nível de órgão jurisdicional que deve ser criado abaixo da atual primeira instância. Seja o juizado de pequenas causas, seja nossa grande "instituição desperdiçada", nas palavras de Miranda Rosa — o juiz de paz —, seja o juiz municipal, seja alguma espécie de órgão colegiado de matiz comunitário, é fundamental lançar uma ponte por sobre o fosso que separa a sociedade civil do mais baixo patamar da estrutura judiciária no Brasil. (continua)

Nilo Batista, ex-presidente da OAB-RJ, ex-secretário de Estado da Polícia Civil, é professor titular da Faculdade de Direito Cândido Mendes