

A democracia e os direitos do homem

Emendas Constitucionais n.os 7 e 8

FERNANDO WHITAKER DA CUNHA

Professor da UERJ

Numa sutilíssima observação, ponderou Prevost-Paradol que a democracia é um misto de verdade e de ficção, porque, sem dúvida, ela comporta, em alta voltagem, realismo político e sonho. Não foi, portanto, sem razão, que Shakespeare escreveu: "we are such as dreams are made on".

O conceito de democracia deve exprimir, conseqüentemente, uma realidade dinâmica, em contínuo evoluir, não estratificada e exaurida, que exige de seu intérprete dotes de pensador, capaz de observar, penetrantemente, e de aspirar, com idealismo. O sentimento democrático, como percebeu Burdeau (1), é, pois, uma filosofia, um *modus vivendi*, uma religião civil e quase que, secundaria-

(1) *Democracia*, pág. 9.

mente, uma forma de governo, e não uma forma de Estado, um regime político ou uma espécie de associação política, como entendem outros autores.

Os filósofos gregos ficariam, provavelmente, mais atônitos com a concepção que temos, atualmente, de governo democrático do que com as surpreendentes conquistas materiais da civilização moderna. Com efeito, a existência da escravidão, o pouco apreço aos estrangeiros, a humilhante posição da mulher, a situação peculiar dos direitos políticos, a ausência de liberdade e de igualdade civis, o cultivo dos privilégios e o desprezo pelos pequenos ofícios davam à *polis* uma tonalidade completamente diferente da do Estado contemporâneo.

Não obstante, um dos elementos capitais da democracia forneceu-nos a cultura helênica. "A Constituição que nos rege", proclamou Péricles (2), em imortal peça oratória, "nada tem que invejar às de outros povos; não as imita; antes serve-lhes de modelo; ela recebeu a denominação de democracia, porque seu fim é a utilidade da maioria e não da minoria".

Lembra Giovanni Sartori (3) que a palavra *democracia* apareceu, na *História* de Heródoto, passando, ao depois, para o vocabulário político, sendo certo que ganhou extraordinário prestígio graças a uma inteligência equivocada da classificação de governos, feita por Aristóteles. Com efeito, para esse último, ela designava uma forma viciosa de governo popular, como a oclocracia e a demagogia, assim como a tirania e a oligarquia o eram, respectivamente, da monarquia (Basília) e da aristocracia. Como esclarece Galvão de Souza (4), o grande filósofo apenas considerava democrático o governo popular normal (politéia).

Em magistral conferência (5), considerou Benjamin Constant que o mundo helênico se caracterizava pela "liberté collective, l'assujettissement complet de l'individu à l'autorité de l'ensemble".

As prerrogativas do homem, em face do Estado, encontram seu germe na pregação cristã, profundamente marcada por suas raízes judaicas.

O personalismo dos povos germânicos, os teóricos medievais, que limitavam o poder dos reis, as revoluções inglesas, a experiência americana e a revolução francesa iriam influir, poderosamente, no pensamento democrático-liberal.

O liberalismo foi uma das circunstâncias da democracia, mas ambas as expressões não são sinônimas. Divisou bem Nitti que "não pode haver regime de democracia sem liberdade, mas pode haver regime de liberdade sem democracia."

O liberalismo foi, iniludivelmente, "l'expression des intérêts économiques de la bourgeoisie", como notou Jacques Droz (6), umbilicalmente ligado à filosofia individualista, inconciliável com a democracia que impõe uma concepção transpersonalista dos fenômenos da vida coletiva e do ser social.

(2) *Oração aos Mortos de Atenas.*

(3) *Teoria Democrática*, pág. 266.

(4) *Iniciação à Teoria do Estado*, pág. 63.

(5) *De La Liberté des Anciens Comparée à Celle des Modernes.*

(6) *Histoire des Doctrines Politiques en France*, pág. 69.

O Estado de Direito, como se percebe, guardou censurável vício de origem, por ter aderido mais a uma cosmovisão liberal, que ressaltava o postulado da liberdade individual, do que a uma posição democrática, que destacava o princípio da igualdade. O liberalismo, é evidente, salienta o indivíduo; a democracia evidencia o social. Indagava preocupado Hobhouse (7): "Is Liberalism at bottom a constructive or only a destructive principle?"

Os chamados "burgos podres", a relação propriedade-voto, o "reconhecimento de poderes", na 1ª República são, entre outros, exemplos de práticas liberais, mas antidemocráticas.

Escrevemos (8), em nosso compêndio de Teoria do Estado, que "enquanto o Liberalismo enaltece o interesse individual, estimulando o abuso de direito e precipitando-se nos exageros do Estado Gendarme, a Democracia volta-se para o interesse geral, ensejando o Estado Social" através, digamos, de um *liberalismo coletivo*.

A concepção liberal que, segundo Oliveira Viana, originou, entre nós, o caudilhismo, foi uma abstração divorciada completamente do bem coletivo, uma doutrina elaborada contra o Estado e suas inalienáveis prerrogativas e só foi, praticamente, desacreditada no 1º pós-guerra, como, solarmente, demonstrou Paulo Bonavides (9).

A teoria do Estado constitucional, lamentou, com razão, Herbert Rosinski (10), "se basaba no en los deberes de los ciudadanos, sino en sus derechos".

Colocamos, como é óbvio, o bem comum acima do bem individual, que a ele deve submeter-se, ensejando uma democracia apta a defender a liberdade (cujo excesso pode levar a escravidão, conforme Platão), pela conciliação entre o Direito e o Poder, pelo equilíbrio entre o comando e a liberdade responsável, entre o governo e a dignidade humana, entre a autoridade e a obediência, pressuposto da ação política, no entendimento de Julien Freund.

Não concordamos com o relativismo da democracia "que se pode ter", porque ela existe ou não (daí não ter substantividade a expressão "pré-democrático"), mas aceitamos que ela possa ser adjetivada, uma vez que, em torno de seus elementos essenciais, podem ocorrer variações nacionais importantes, que se tornam características de um sistema.

A democracia exige um Estado forte, para não perder-se num Estado de força, mas aquele é consequência de uma evolução orgânica da legitimidade, da compreensão entre governantes e governados, da confiança entre ambos, da identificação, em suma, entre administradores e administrados, como sentiu Jimenez de Parga (11), e o segundo, produto da imposição do poder, divorciado do assentimento nacional, consistindo, em geral, num governo forte, num Estado fraco.

(7) *Liberalism*, pág. 19.

(8) *Democracia e Cultura*, 2ª ed., pág. 366.

(9) *Do Estado Liberal ao Estado Social*, pág. 143.

(10) *El Poder y el Destino Humano*, pág. 124.

(11) *Que es la Democracia*, pág. 7.

A democracia não é, por conseguinte, incompatível com a onipresença do Estado e com sua intervenção, no interesse geral, dentro, aliás, de sua missão de cultura, estando, por isso mesmo, sob o reinado do Direito.

O insuspeito Harold Laski manifestou que a crise da democracia "es esencialmente una quiebra de la autoridad y de la disciplina" (12), com o que concordaria Gunnar Myrdal. Plínio Salgado (13) adverte-nos contra o totalitarismo liberal-individualista, tão pernicioso, quanto os outros, que coloca, delirantemente, em primeiro lugar, "a Liberdade isenta de todos os deveres e por isso atentatória das legítimas liberdades".

A Democracia-Direito cedeu lugar à Democracia-Dever, tanto para governantes, como para governos que, reciprocamente, se educam e se estimulam, tendo Raymond Pollin (14) agitado, muito a propósito, o problema da *obrigação política* que envolve, principalmente, os deveres do cidadão, em relação ao Estado e a seus concidadãos. "Nada impede", como ratifica Afonso Arinos, "que o Estado democrático seja forte, atuante, intervencionista e planejador".

O discricionarismo, que não se confunde com o arbítrio, não é, pois, inconciliável com a democracia, cuja fraqueza, na verdade, é que oprimiria o povo desamparado e com suas liberdades indefesas.

O Estado contemporâneo é um fim em si mesmo, agindo em prol do interesse comum, livre das conotações absolutistas e totalitárias. O Estado-Meio foi uma alavanca contra o "ancien régime", ressuscitada na luta contra os extremismos do século XX, mas é uma teoria cansada, pois o aumento das atribuições estatais e das dimensões do jogo sócio-político transformaram o Estado num fim natural, não sendo mais um instrumento, o fiador indefectível dos cidadãos. Distingue bem Maritain: "o fim do indivíduo é o Estado, mas o fim do Estado é a pessoa".

Raul Ferrero (16), mesmo achando que o Estado existe para a perfeição do homem, não deixa de considerá-lo um fim para esse último.

A finalidade do indivíduo não é o bem singular, mas o bem público, que possibilita a todos os elementos materiais e espirituais, para a realização plena, e que é tutelado pelo Estado, com o qual, até certo ponto, se confunde, e que o realiza, paralela e concomitante, com sua própria categoria existencial, sacrificando, como assevera Porrua Perez (17), representativo neo-tomista, o bem particular ao comum. O Estado ou é Meio, ou Fim, não podendo ser, como aceitam, paradoxalmente, alguns, fim-intermediário, por uma contradição lógica.

O Estado-Fim, de nossos dias, é visível, não tem qualquer semelhança com regimes despóticos. A sua energia, obtemperou, sagazmente, Giscard d'Estaing (18), vem da auto-consciência de suas possibilidades; a sua força da justiça

(12) *La Crisis de la Democracia*, pág. 131.

(13) *Direitos e Deveres do Homem*, pág. 89.

(14) *Iniciação à Política*, pág. 7.

(15) *Curso de Direito Constitucional*.

(16) *Teoria del Estado*, pág. XIII.

(17) *Teoria del Estado*, pág. 491.

(18) *Democratie Française*, pág. 15.

social que concretiza. A sua missão cultural vai mais além da elaboração jurídica, no atendimento ao interesse de todos. A crise e as deficiências de origem do Estado de Direito, teriam que ensejar o aparecimento do Estado de Cultura, rótulo de largas e densas coordenadas, que explica e sintetiza a natureza da sociedade estatizada de nossos dias, tão bem expressa na Constituição do Panamá (art. 76).

A maioria qualitativa e responsável, na estrutura democrática, é, assim, fruto da educação e da cultura. Platão patenteou a finalidade política da educação, opinando ser ela necessária para tornar o cidadão fiel cumpridor das leis e mais cômico de seu papel na coletividade. Eis porque, conclui Reboul, são os fatores educacionais inseparáveis da atividade política.

William Robson (19) registrou ser a democracia a forma mais difícil de governo, por exigir maior conhecimento de governantes e governados. Aqueles devem constituir uma elite dirigente, tirada desses últimos, como sua autêntica delegada. A classe política, finda sua tarefa, retorna ao povo, contribuindo para que outras de igual gabarito sejam escolhidas. A Democracia Política evoluiu para a Democracia Social e essa, ainda mais do que aquela, deve ser uma síntese fundada, não apenas na virtude e na liberdade, mas, também, na qualidade, como percebeu Gregoire Cassimatis. A idéia de elite governamental é, indubitavelmente, inapartável da de democracia, anotando, mesmo, Machado Paupério (20), que nenhum sistema político tem tantas necessidades de elites, como o sistema democrático. A indicação delas é tarefa, inclusive, para a Psicologia Política, que estuda, com verticalidade, certos tipos de comportamentos.

Certo estava Rudolf Laum (21), quando confirmou: "a evolução para a democracia, através de toda a História é a evolução da aristocracia da força para a aristocracia do pensamento", não se podendo, igualmente, discordar de Balmaceda Cardoso (22), quando vê, na "direção competente de minorias dirigentes", a característica da sociedade democrática.

Reunidos os elementos constitutivos da democracia, impõe-se conceituá-la, antes de tudo, como uma luta para a conquista e a preservação de liberdades básicas. Lord Acton fez constar, em um de seus escritos, que "if democracy could not restrain itself, liberty would be lost".

O conceito da forma democrática, elaborado por Thomaz Cooper, em 1795 ("é o governo do povo e para o povo"), depois retomado por Lincoln, em 1863, e, por Bagehot, em 1867 ("free government is self-government, a government of the people by the people"), é estático e incompleto, não mais atendendo aos reclamos dos tempos presentes. Ensinava Sampaio Dória (23) que a democracia se realiza com "o consentimento dos governados na investidura do poder, e responsabilidade dos governantes no exercício do poder".

Seja-nos lícito, entretentes, exprimir o nosso conceito orgânico do melhor tipo de governo: é a forma enérgica e eficaz de comando, exercida por elites

(19) *O Ensino Universitário de Ciências Sociais*, pág. 13.

(20) *Teoria do Estado Democrático*, pág. 138.

(21) *A Democracia*, pág. 366.

(22) *Política*.

(23) *Curso de Direito Constitucional*, Vol. II, pág. 11.

dirigentes, para isso preparadas, que, por delegação da vontade da maioria responsável, respeitadora das prerrogativas da minoria, objetiva o bem comum, através do desenvolvimento de um processo de cultura.

A democracia envolve, como é claro, as idéias de eficácia, de classe política, de responsabilidade da maioria e da oposição, de atendimento ao interesse social e de cultura, constituindo todas, rigorosamente, os pressupostos de uma inteligente conduta política, fruto do esforço bem dirigido, do ideal e da disciplina, que deve conduzir, como quer Garcia Pelayo, a "la unidad entre el sujeto y el objeto del poder político".

Estamos convencidos de que a essência do sentimento democrático está na democracia cristã, na mensagem, ainda não seguida dos evangelhos, que assinala o ápice de um processo histórico, e que é a única opção do ocidente, para sair de uma indefinição ideológica que o ameaça seriamente. Entre as duas idéias-força: Cristo e Marx, não há como hesitar.

A democracia, como resulta da exposição, está identificada com o respeito dos direitos humanos, não podendo existir uma sem o outro.

Sabemos que esses direitos foram ventilados decididamente pelo cristianismo, mas só foram consagrados, como assinala Paulino Jacques, (24) pelo triunfo do liberalismo anglo-franco-americano, quando o advento do constitucionalismo impôs a existência de garantias jurídicas formais.

A Magna Carta, a Bula de Ouro, da Hungria, as "Provisions of Oxford", a "Petition of Rights" (obra de Coke), o "Agreement of the People", o "Instrument of Government" (primeiro ensaio de constituição escrita), o "Habeas Corpus Act" (de autoria de Shaftesbury), o "Bill of Rights" (elaborado por Somers), completado pelo "Act of Settlement", a Constituição dos Estados Unidos, as Constituições revolucionárias francesas, as constituições analíticas do primeiro pós-guerra e a Declaração dos Direitos do Homem, da ONU são os principais documentos da evolução da ordem democrática, que passou da preocupação com os direitos individuais, para a efetiva proteção dos direitos sociais.

A Constituição americana, como é notório, foi, cronologicamente, a primeira, tecnicamente considerada, tendo sido completada, pouco depois, pelas dez primeiras emendas, que consistiram legítima declaração de direitos.

Essas emendas "foram adicionadas", lembra William Douglas (25), "porque muitos dos Estados que ratificaram a Constituição o fizeram unicamente na suposição de que uma Carta de Direitos, restringindo o poder do governo federal, seria adotada".

As cartas magnas, entretanto, não só traçam limites, ao Estado, como ao próprio indivíduo, mormente em uma época, na qual se deve falar mais em deveres humanos do que em direitos do homem como anteviu Abelardo Roças, em interessante análise da paisagem sócio-política (26), de seu tempo.

O "rule of law" é, não há como negar, a condição precípua para a existência de *direitos pessoais*; governo de leis e não de homens, como almejava a

(24) *Da Igualdade perante a Lei*.

(25) *Uma Carta Viva de Direitos*, pág. 11.

(26) *Civilização e Democracia*.

Carta de Massachussets. Tanto esses direitos, como as garantias que os amparam são categorias de direitos públicos subjetivos, "quel diritti", leciona Krieg, "che spettano all individuo in quanto facente parte della comunità pubblica nei suoi rapporti con lo Stato e con gli altri enti pubblici minori". Mais precisamente, os direitos públicos subjetivos podem ser classificados em *individuais* (naturais ou civis) e *políticos*, dividindo-se as garantias em *gerais* e *especiais*, subdividindo-se essas em *criminais*, *civis* e *tributárias*.

O estudo das liberdades públicas chega, hoje em dia, a abranger área considerável do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, justificando mesmo um Direito das Liberdades Públicas, as quais, de acordo com Cretela Junior (27), se classificam em *pessoais* ou *coletivas*, conforme seja titular delas o indivíduo ou uma coletividade.

Assim como os direitos individuais têm garantias, sofrem, também, necessárias limitações, que podem ser de duas classes: *gerais ou públicas e especiais ou particulares*. "Son generales", doutrina Alcorta (28), "todas aquellas que en situaciones dadas pesan sobre todos los habitantes del país o de un lugar determinado del país. Son especiales, todas aquellas que solo se presentan en relación con determinados individuos, porque es en relación à ellos solamente que la razón de la limitación subsiste".

Uma garantia individual, pode-se dizer, sintetiza todas as demais e todos os direitos fundamentais: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 153, § 2º, da C.F.) Esse princípio originário do pensamento de Montesquieu, consagrando a noção de liberdade, foi acolhido pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 5º), daí espalhando-se para a legislação dos povos cultos. A Constituição do Império (art. 179, I), a de 1891 (art. 72, § 1.º), a de 1934 (art. 113, 2), a de 1946 (art. 141, § 2º), a de 1967 (art. 150, § 2º, do texto original) consagram-no. Carlos Maximiliano (29) o denomina "excelsa garantia" que "constitui broquel potente contra o Arbitrio". Em decorrência, o texto constitucional não pode abranger a lei arbitrária, porque ela, materialmente, briga com o espírito da *lex legum*. A Constituição Argentina (art. 19) tem dispositivo semelhante ao da nossa. Comentando-o, argumenta Arturo Enrique Sampay (30) que "condensa la filosofía jurídica universal formulada por los grandes paradigmas del contexto de ideas de nuestra civilización".

A liberdade só pode ser restringida por norma legítima, que atende aos apelos da utilidade pública. Magistralmente consignou Pimenta Bueno (31): "toda lei, toda restrição da liberdade, que não for ditada pelos princípios da moral, pelo respeito recíproco dos direitos individuais, ou por claro e lícito interesse da comunidade social será uma injustiça ou erro lamentável, que a civilização, que a ilustração pública deve desde logo procurar corrigir pelos meios legais que o sistema constitucional facilita".

(27) *Liberdades Públicas*, pág. 38.

(28) *Las Garantias Constitucionales*, pág. 32.

(29) *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*, 4.ª ed., 2º vol., pág. 40.

(30) *La Filosofía Jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional*, pág. 49.

(31) *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, pág. 383.

O dispositivo de que tratamos é profundamente democrático, uma vez que permite a limitação da liberdade de cada um em nome da liberdade de todos, cumprindo notar, com Araujo Castro (32), que “não constituem violação da liberdade individual as leis que restringem a livre locomoção daqueles que ameaçam a paz, a segurança ou o bem-estar dos demais membros da comunidade social”.

A democracia autêntica respeita os direitos do homem, direitos básicos (*Grundrechte*), opostos aos direitos adquiridos, porque não dependem, declara Sampaio Dória (33), de atos aquisitivos, “são inerentes aos homens, por serem homens”.

Apenas pelos caminhos do espírito, cultuando prerrogativas inalienáveis, poderá o comportamento político ensejar um Estado democrático, um Estado de Cultura, em seu mais absorvente significado, de tutor de um progresso integral, que conjugue as atribuições do poder, com a dignidade de cada um, e que seja capaz de encarnar um ideal político e social de largas dimensões, conduzindo o povo para a sua realização.

• • •

Através do Ato Complementar nº 102, o Presidente da República decretou o recesso do Congresso Nacional e invocando o art. 2º, § 1º, do Ato Institucional nº 5, que autoriza o Poder Executivo “a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios”, promulgou duas emendas à Carta e baixou inúmeros decretos-leis.

O fechamento do Congresso foi, inegavelmente, um ato discutível, tendo como “background” a votação do projeto de reforma do Poder Judiciário, deficientemente planejado, afirmou-se de passagem, não possibilitando o *quorum* de 2/3 exigido pela Constituição, promulgada, aliás, por Junta Militar, que havia imposto, igualmente, o princípio da fidelidade partidária, examinado por nós, em *Democracia e Cultura* (2ª ed., págs. 268 e seguintes). A decretação do recesso viria, entretanto, ao que parece, de qualquer maneira, com a discussão de outras revisões do texto constitucional.

Ainda que, por hipótese, se considere o Ato nº 5, supraconstitucional, o espírito dele é que só por interesse público, demonstrado cabalmente, ou para salvaguarda da ordem pública, ameaçada inequivocamente, pode o Presidente decretar o mencionado recesso. Todavia, nem uma coisa, nem outra ocorreram e as reformas efetuadas, de modo geral, não contribuíram para maior entendimento entre governantes e governados, nem honraram nossa cultura jurídica, desprezando Montesquieu, em nome do bem comum.

Ninguém negava a necessidade de ser dinamizado o Poder Judiciário, através de medidas sensatas, longamente amadurecidas que o escoimassem de muitos de seus males, muitos dos quais vêm de séculos, como o seu excessivo formalismo, e que colaboram para que ele seja uma função altamente conservadora e tímida, mormente em períodos de hipertrofia do Poder Executivo, quando se torna ainda mais indefeso. Mas nenhuma reforma seria possível, na

(32) *A Nova Constituição Brasileira*, pág. 359.

(33) *Comentários à Constituição de 1946*, Vol. III, pág. 589.

matéria, antes de devolver-se à magistratura as garantias suspensas pela legislação revolucionária, uma vez que nada se pode esperar de um Juiz despojado de seus predicados funcionais; que tem muitos deveres e poucos direitos.

Em seu livro, *Os Direitos do Homem e o Homem sem Direitos*, pág. 51, observa Alceu Amoroso Lima que “a existência de um Poder Judiciário digno, independente e rápido é, portanto, uma condição essencial para a existência das bases de qualquer tipo de civilização e de ordem social”.

A Emenda nº 7 em nada estimulou a independência e a rapidez da atividade judicante, pelo contrário; tornou-a mais submissa e mais morosa.

O célebre D. Luiz da Cunha, magistrado, estadista e diplomata, que pertenceu ao Conselho de D. Pedro II e de D. João V, um dos mais brilhantes defensores do Absolutismo, aconselhava o futuro D. José I a cercar-se mais de “bons militares que grandes juriconsultos” (*Testamento Político*, pág. 49), o que parece ter sido seguido pelo constituinte das emendas *sub judice*, deslembado, como dizia Pimenta Bueno, da “circunspecção” científica que deve presidir tão relevante assunto.

Embora o projeto original tivesse contado com a colaboração do Procurador-Geral da República, Henrique de Araújo, autor de um anteprojeto embasado no chamado “Diagnóstico do Poder Judiciário”, e do Ministro Rodrigues de Alckmin, nenhum jurista, ao que se sabe, participou da elaboração final da Emenda nº 7, de exclusiva responsabilidade do digno Sr. Presidente da República, que, no dia 1º de abril de 1977, ao comunicar à Nação, que decretara o recesso do Legislativo Federal, esclareceu que usaria seus poderes excepcionais, “não só para fazer a reforma do Poder Judiciário, mas também, dentro dos limites necessários, para as demais reformas de natureza política”.

A supracitada Emenda não trata unicamente da reforma judiciária (entre outras coisas, determina que o Ministério Público dos Estados deve ser organizado em carreira, por lei estadual, que deverá, contudo, obedecer normas gerais constantes de Lei Complementar de iniciativa do Presidente da República — art. 96).

A Emenda nº 7 acrescentou aos órgãos do Poder Judiciário, o Conselho Nacional da Magistratura (esquecendo-se do Tribunal e dos Juizes do Distrito Federal, que mereciam destaque especial).

A Constituição Portuguesa o contempla, no art. 223, dando-lhe uma composição mista, que deverá incluir membros de entre si eleitos pelos juizes e determinando que a ele incumbe a nomeação, colocação, transferência e promoção dos juizes, bem como o exercício da ação disciplinar.

Composição eclética possui, também, o Conselho Superior da Magistratura, na Itália (art. 104 da Const.), que é presidido pelo Presidente da República, dele fazendo parte, de direito, o primeiro Presidente e o Procurador-Geral da Corte de Cassação, sendo os outros componentes tirados 2/3 dentre os magistrados e 1/3 escolhidos pelo Parlamento entre professores universitários de ciência jurídica e advogados com mais de quinze anos de exercício. O Vice-Presidente é eleito pelo Conselho dentre os membros designados pelo Parlamento. Reza o art. 105 da Constituição Italiana: “Spettano al Consiglio superiore della magistratura, secondo le norme dell’ordinamento giudiziario, le assunzioni, le as-

segnazioni, ed i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati.”

Entre nós, o Conselho da Magistratura, integrado por sete ministros do Supremo Tribunal Federal e por este escolhidos, tem função unicamente disciplinar e punitiva, não possuindo a elevada competência descentralizadora de seus congêneres de Portugal e da Itália. É óbvio que a sua função censória abrange, inclusive, os membros do Pretório Excelso, em virtude das expressões amplas do art. 120, parágrafo único, da Constituição, com a redação que lhe deu a Emenda nº 7.

A vitaliciedade, na primeira instância, apenas será obtida após dois anos de exercício, encampando-se disposição da Constituição do Rio Grande do Sul, que era de duvidosa constitucionalidade, e que consagra um absurdo, por expor os magistrados, após duro concurso, aos desmandos de chefes políticos e aos interesses subalternos. Um juiz que transigir durante os dois primeiros anos, para não perder o cargo, transigirá durante toda a sua vida funcional.

Dispôs-se, com toda razão, que os juizes, ainda que em disponibilidade, não poderão exercer outra função, salvo um cargo de magistério superior público ou particular e nos casos previstos na Constituição, excluindo-se, portanto, o exercício nos magistrados primário e secundário e a possibilidade de outras atividades públicas e privadas.

Realmente, como constava da Exposição de Motivos enviada ao Congresso, a excessiva função didática de muitos juizes (certamente para compensar desníveis econômicos), mormente em faculdades particulares, acarretava graves prejuízos às suas funções jurisdicionais, relegadas, por absoluta falta de tempo, a uma posição secundária, acumulando-se os processos conclusos, em consequência, e surgindo decisões sem maior estudo, das questões propostas a julgamento.

O Tribunal Federal de Recursos passou a ser composto por 27 ministros vitalícios.

Dentre as três opções que se ofereciam (criação de Tribunais Regionais Federais ou de Tribunal de Alçada Federal, eram as demais), não era a melhor, para um país da extensão do nosso, e pelo alto grau de centralização que comporta. O art. 122, I, b, que estabelece a competência do TFR, para o julgamento de certas autoridades, quebra um princípio hierárquico, pois coloca os juizes do trabalho, antes dos membros dos Tribunais Regionais do Trabalho, não se sabendo que título têm esses últimos, pois o art. 193 reserva o de Desembargador aos integrantes dos Tribunais de Justiça e o de Juiz aos participantes dos tribunais inferiores de segunda instância e da magistratura de primeira instância. A extensão do título de conselheiro aos membros dos tribunais de contas estaduais e municipais, preencheu uma lacuna, que denunciávamos em *Aspectos da Constituição* (in RIL, nº 49).

A Emenda nº 7 ensinou, no que fez bem, uma Lei Orgânica da Magistratura Nacional, determinando que deve ajustar-se a ela a Justiça Estadual, a qual deve observar, também, os artigos 113 a 117 e 144 da Constituição Federal. Até agora, pode-se dizer, o regimento da Magistratura era a própria Lei Magna, com a aplicação subsidiária do Estatuto dos Funcionários Públicos, sendo excelente o que se prescreve agora, além da necessidade do concurso de

provas e títulos, para o ingresso na judicatura, a despeito da possibilidade de ser exigida dos candidatos, prova de habilitação em curso de preparação para a magistratura, não só para a formação técnica dos futuros juizes, como para equipá-los, psicologicamente, para o exercício de sua difícil missão. Impõe-se, todavia, uma certa fiscalização da autoridade competente, sobre a organização de cursos a esse fim destinados e que devem primar pela austeridade científica.

A promoção obrigatória do juiz que figurar, pela quinta vez consecutiva, na lista de merecimento, é medida de justiça, pois poderia ocorrer que um candidato, por mais vezes que entrasse, na referida lista, não gozasse de prestígio bastante, junto ao Executivo, para ser promovido. Em verdade, o limite razoável deveria ser a terceira vez em que o magistrado constasse da lista de merecimento.

Aplauso igual não merece o dispositivo, que permite a lei estabelecer como condição a promoção, a partir de determinada entrância, ou de acesso aos tribunais de segunda instância, frequência e aprovação em curso ministrado por escola de aperfeiçoamento de magistrados.

A tese já havia sido enfocada, sem êxito, na Constituinte de 1946. A equiparação que se pretende fazer, até certo ponto, entre a magistratura, e a carreira militar, não tem razão de ser, pela profunda distinção existente entre as duas organizações: a dos militares, montada sobre a hierarquia e a disciplina, a dos magistrados sobre a independência funcional. Dir-se-á que muitos desses últimos, acomodando-se com a rotina, deixam de estudar e de se aperfeiçoar, mas isso, infelizmente, existe em todas as profissões, consistindo mal maior submetê-los, em plena carreira, praticamente, a um novo concurso, e expô-los, inutilmente à sanha das paixões contrariadas.

Incompreensível, também, a extensão da competência dos juizes temporários, para decidirem em matéria criminal, porque há muitos delitos, aos quais não se comina pena de reclusão e causam profundo alarma social. Melhor seria então, que a lei lhes tivesse confiado o julgamento de meras contravenções.

Medida salutar foi a que prescreveu, aos Tribunais de Justiça, com mais de 25 desembargadores, constituírem um órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais, da competência do Tribunal Pleno, bem como para a uniformização da jurisprudência, na hipótese de divergência entre seus grupos e seções. Ela permitirá, não só a dinamização e a descentralização de certas atividades próprias do plenário, como a formação de colegiados bem maiores que os atuais, cujo número de componentes não mais será empecilho, para o andamento de certos trabalhos. O órgão especial que se criou, poderá substituir o Tribunal na decisão de graves questões, como a decretação da perda de cargo de Juiz, em estágio, a remoção ou disponibilidade do Juiz de categoria inferior (os desembargadores estão sujeitos ao Conselho Nacional da Magistratura) e a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

A Emenda nº 7 deu maior significado ao art. 111 da Constituição, que permite a criação do contencioso administrativo ("nasce necessariamente das conse-

qüências, resultados e interpretação dos atos administrativos”, lembrava o Visconde de Uruguai, no *Ensaio Sobre o Direito Administrativo*, pág. 78, IN, 1960), sendo certo que o ingresso em juízo poderá ser condicionado ao exaurimento da via administrativa, dentro de certos limites, como já era o entendimento do INPS, em matéria acidentária, vivamente repudiado pelos tribunais. Entre os sistemas de unidade e de dualidade da justiça (comum e administrativa) foi escolhido um terceiro, que é o da justiça administrativa, até certo ponto. Não resta dúvida que aliviar os tribunais ordinários dos conflitos administrativos seria magnífico, ainda mais se tivéssemos, como na França e no Brasil-Império, um órgão-cúpula especializado nessa matéria. Os artigos 203, 204 e 205, da Constituição, trazidos pela Emenda nº 7, completam o elenco dos dispositivos pertinentes ao assunto. Entretanto, o art. 204 (“a lei poderá permitir que a parte vencida na instância administrativa — artigos 111 e 203 — requeira diretamente ao tribunal competente a revisão da decisão nela proferida”) se choca com o art. 153, § 4º, que afirma, peremptoriamente, não poder a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão do direito individual.

Observa-se que o contencioso a ser instituído não objetiva, na realidade, aliviar o Judiciário, mas invadir, por motivos óbvios, a sua competência.

Discutiu-se muito se deveriam ser extintos os Tribunais de Alçada, uma vez que, julgando eles a maior parte dos feitos cíveis e criminais, não poderiam ficar em situação inferior à dos Tribunais de Justiça (cuja inércia, e descapitalização da competência foram importantes fatores para a crise em que se debate a Justiça), aos quais deveriam ser incorporados. Compreende-se, perfeitamente, porque os Tribunais de Justiça combateram essa idéia, argumentando que, sendo os Tribunais de Alçada eficazes, não deveriam ser extintos. Solução intermediária propunha a manutenção dessas cortes “inferiores de segunda instância”, concedendo, a seus juizes, o título e os vencimentos de desembargador. Seria um contrasenso atribuir a magistrados de tribunais e categorias diversos, o mesmo título, mas a equiparação se impunha, uma vez que quase toda a competência recursal, nos Estados que os possuem, é dos Tribunais de Alçada, cuja jurisprudência, sem qualquer contestação, é da melhor qualidade, apesar do escandaloso volume de serviço que os absorve e das ferrugens do sistema processual.

Apesar disso, a Emenda nº 7 pôs em disponibilidade os juizes substitutos de segunda instância, numa atitude ilógica. O ponto de vista daqueles que sustentam ficarem extintos os cargos referidos, unicamente, seis meses após a vigência da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, prazo em que os Estados já terão adaptado sua organização judiciária a ela e à Constituição, não tem amparo na Lei que declara: “os juizes cujos cargos forem extintos ficarão em disponibilidade, com vencimentos integrais, até serem aproveitados, nos termos da Lei Orgânica da Magistratura Nacional” (art. 202, § 1º), que estabelecerá normas relativas à organização, ao funcionamento, à disciplina, às vantagens, aos direitos e aos deveres da Magistratura, respeitadas as garantias e proibições previstas na Constituição e dela decorrentes (art. 112, parágrafo único). Ora, a citada Lei Orgânica, que será uma lei complementar, cujo rol foi aumentado pelas Emendas nº 7 e nº 8, só poderá aproveitar magistrados em disponibilidade, de sorte que a interpretação liberal da reforma que fazem alguns, é prática e justa, mas briga com a Lei, embora afastada essa da realidade.

O art. 119 (I, *l e o*) da Constituição autoriza a interpretação da lei em tese, em boa hora e permite, ao Supremo Tribunal Federal, avocar, a pedido do Procurador-Geral da República, causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido.

Esse dispositivo manietta, sufoca, inquisitorialmente, e desprestigia, principalmente, a Justiça dos Estados, que poderá ficar exposta, em certas circunstâncias, aos caprichos do poder político ou econômico. Avocatória, como a mencionada, só se pode entender num Estado centralizado e centralizador. O seu abuso transformará, sem dúvida, o Pretório Excelso, em 1ª instância. O que se almeja, no fundo, é a federalização da justiça, sob controle do Governo.

Finalmente, é de observar-se que a Emenda nº 7 tratou timidamente do problema da oficialização dos cartórios, não reparando gritantes desníveis e contemporizando com uma situação insustentável.

A Emenda nº 8, por seu turno, tem um conteúdo eminentemente político. Inicialmente, incorporou à Constituição o processo de eleição indireta, para a escolha de Governadores e Vice-Governadores, instituído, temporariamente, pela Emenda nº 2, mas estendendo o colégio eleitoral (ver Decreto-Lei número 1.540/77), constituído, agora, não só pelas respectivas Assembléias Legislativas, como pelos delegados das Câmaras Municipais do respectivo Estado, sendo certo que cada Câmara indicará, dentre seus membros, um delegado e mais um por duzentos mil habitantes do Município, não podendo nenhuma representação ter menos de dois delegados, admitindo-se o voto cumulativo. Tal espécie de opção eleitoral foi proposta, em 1853, por Garth Marshall e consiste no dever votar o eleitor tantas vezes, quantas são os representantes a serem eleitos, distribuindo, arbitrariamente, seus votos. Permite-o a Lei nº 5.781/72, na eleição de Diretórios, durante as Convenções partidárias, como o acolhia a legislação de Illinois. A Lei nº 6.404/76, que regula as sociedades anônimas, o adota (art. 141), como decorrência do voto múltiplo.

Não somos contra a eleição indireta, porque ela pode existir, normalmente, num sistema democrático, a não ser quando vise obstaculizar, como *in casu*, a atividade da oposição, que não tem, compreensivelmente, suficiente prestígio político, no interior, quase que se atendo aos grandes núcleos urbanos.

Estabeleceu-se a simultaneidade das eleições para prefeito, vice-prefeito e vereadores, na mesma data das eleições gerais para deputados, alterando-se o art. 15 da Constituição e restaurou-se (art. 39, § 2º), a bem dizer o art. 46, § 2º, da Constituição de 1967, determinando-se que o número de deputados será estabelecido proporcionalmente à população, como era de nossa tradição constitucional e não ao corpo eleitoral, que, na verdade, é mínimo em confronto com nossa realidade demográfica, onde o analfabetismo está longe, ainda, de ser extinto, mas que não exclui o patriotismo das grandes massas. Como expusemos, longamente, em nosso livro sobre a Teoria do Estado e a Ação Política, o analfabeto deveria votar em eleições locais, porque não mais se compreende que exista como *população* e não exista como *povo*, imperdoavelmente, marginalizado. Analfabetismo não é mais sinônimo de ignorância, em virtude dos

inúmeros veículos de comunicação e de mensagem, não havendo, praticamente, diferença entre ele e o semi-analfabetismo da grande maioria que vota.

Os Territórios, com exceção de Fernando de Noronha, passaram a ser representados, com justiça, por dois deputados.

Novidade polêmica é aquela que a Emenda nº 8 traz, com pertinência à composição do Senado, uma vez que o preenchimento de uma vaga, na renovação por dois terços, far-se-á mediante eleição, pelo sufrágio do colégio eleitoral (ver o Decreto-Lei nº 1.543/77) constituído, nos termos do parágrafo 2º do art. 13, para a eleição do governador do Estado, conforme disposto em lei. Consagrou-se, pois, a eleição indireta de 1/3 dos senadores. A Carta de 1937 (art. 50, parágrafo único) prescrevia que cada Estado, pela sua Assembléia Legislativa, egeria um representante, para a Câmara Alta, composta, como se sabe, de delegados das unidades federativas e de dez membros nomeados pelo Presidente da República.

Na Bélgica (art. 53 da Constituição), uma parte dos senadores é eleita pelos conselhos provinciais (as outras parcelas, em razão da população de cada província, ou por eleição do próprio Senado) e, na Dinamarca, o *Landsting* possuía uma parte designada por sufrágio indireto e outra indicada por ele mesmo. A fonte imediata da Emenda nº 8, no tema, foi, entretantes, a centripeta Constituição da França (art. 24), que exara: "Le Sénat est élu au suffrage indirect". Na República Federal da Alemanha (art. 51 da Lei Fundamental), o Conselho Federal é formado por membros dos Governos dos Estados, que os nomeiam e destituem, devendo-se notar que os membros do Conselho podem ser representados por outros membros de seus Governos. Nos Estados Unidos, os Senadores de cada Estado eram eleitos pela respectiva legislatura, até que a Emenda XVII deliberou que eles deveriam ser designados pelo povo, em sufrágio direto.

A experiência americana de nada nos adiantou. Somos contrários ao sufrágio indireto dos senadores. França, Bélgica e Dinamarca são pequenos Estados unitários, nos quais o Senado não é, com efeito, organicamente, o representante autêntico de suas partes constitutivas, não devendo servir, para nós, de exemplo. A eleição indireta, para a escolha, também, de legisladores, pode contribuir para a implantação de obscuras oligarquias.

A Emenda nº 8 transformou a Constituição em semi-rígida, baixando para maioria absoluta o *quorum* para que sejam aprovadas reformas constitucionais.

Como demonstrou Barbosa Lima Sobrinho (*A Lição de Pimenta Bueno*, JB, 10-4-77), grande parte dos países exige o *quorum* de 2/3, para a aprovação de emenda à Constituição, contentando-se, apenas, a Albânia, com a maioria absoluta.

O mandato presidencial, como na Carta de 1937, passou a ser de 6 anos.

O princípio da anualidade, no setor tributário, por outro lado, sofreu maiores restrições (art. 153, § 29), porque dele foram excetuados, igualmente, outros impostos especialmente indicados em lei complementar.

As Emendas, como se percebe, são mais dois difíceis degraus, na jornada brasileira para a democratização.