

# O PROCESSO CIVIL, O GOVERNO DAS LEIS E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Rômulo Pizzolatti\*

Quando leis e juízes são objeto de discussão, o ponto nevrálgico da controvérsia quase sempre se reduz a uma questão recorrente: boas leis ou bons juízes, o que é preferível? Essa questão nada mais é do que uma variante daquilo que Norberto Bobbio chama de insistente pergunta que permeia toda a história do pensamento político: “Qual o melhor governo, o das leis ou o dos homens?” (1986:151).

A preferência pelo governo submetido às leis pode encontrar-se já entre os clássicos. Aristóteles se propunha a pergunta fundamental, e a respondia nos seguintes termos:

*“... é mais útil ser governado pelo melhor dos homens ou pelas leis melhores? Os que apóiam o poder régio asseveram que as leis apenas podem fornecer prescrições gerais e não provêem aos casos que pouco a pouco se apresentam, assim como em qualquer arte seria ingênuo regular-se conforme normas escritas (...) Todavia, aos governantes é necessária também a lei que fornece prescrições universais, pois melhor é o elemento que não pode estar submetido a paixões que o elemento em que as paixões são conaturais. Ora, a lei não tem paixões, que ao contrário se encontram necessariamente em cada alma humana” (Política, 1286a).*

Os partidários do governo dos homens partem da premissa de que a lei, pela sua generalidade, não se dá conta das situações particulares, o que, na

prática, redundava em injustiça, de tal sorte que é necessária a intervenção do homem (sábio) para aplicar a solução justa. Já os partidários do governo das leis vêm justamente na generalidade das leis a sua maior virtude, visto que impede que o governante (ou julgador) possa fazer valer suas preferências pessoais, seja privilegiando uns, seja discriminando outros.

Bem ponderados os argumentos, a razão parece estar com Bobbio, para o qual “... a pergunta ‘governo das leis ou governo dos homens?’ acaba por ser uma pergunta mal posta, pois um não exclui o outro” (1986:166). De fato, se quisermos um juiz fiel aplicador da lei, teremos um juiz autômato — o que não será desejável; ao passo que se ao juiz dermos todo o poder, certamente criaremos um déspota, porque o poder, pela sua natureza mesma, tende à auto-expansão — o que será ainda pior.

Embora já Aristóteles se inclinasse a favor do governo das leis, ao argumento de que é mais difícil corromper muitos (os que fazem as leis) que um só (Política, 1286a), este tipo de argumentação se reforça grandemente na atualidade, em que, diante dos grandes contingentes populacionais da sociedade de massas e da complexidade crescente de seus problemas, torna-se cada vez mais difícil o recrutamento, em número suficiente, de bons juízes, entendendo-se como tais não apenas os providos de sólida formação ética, senão também os operacionalmente competentes. Essa problemática, que se visualiza nos enormes “claros” dos quadros da magistratura nacional, já fora antecipada por

\* Mestre e Doutorando em Direito (UFSC). Juiz Federal em Florianópolis e Juiz Efetivo do TRE/SC. Professor do Curso de Mestrado em Direito da UNIVALI.

Hamilton em O Federalista (Cap. LXXVIII), ao tratar das qualidades exigíveis aos juízes:

*“Já muitas vezes e com muita razão se disse que um código volumoso é um dos grandes inconvenientes de todo governo livre. Para evitar toda arbitrariedade nos julgamentos, é necessário que os juízes tenham regras e arestos que lhes indiquem os seus deveres em todos os casos possíveis; e bem se vê que a imensidade de questões, que pode fazer nascer a loucura e a maldade dos homens, deve dar extensão proporcionada aos registros, onde devem achar-se consignados estes arestos, e exigir longo e laborioso estudo para adquirir o conhecimento deles. Segue-se daí que os juízes suficientemente instruídos para poderem desempenhar dignamente as suas funções devem ser poucos; e menos ainda os que a conhecimentos suficientes puderem reunir a integridade, ainda mais necessária. Donde se vê quão poucos devem ser os homens que o governo pode encontrar dignos de escolha...”* (1943:335).

Esta passagem de Hamilton revela que, uma vez adotado o governo das leis — pelo qual ele não esconde sua preferência —, a tendência é que ele se mantenha, porque poucos serão aqueles aptos a conhecê-las, e que ao conhecimento das leis ainda possam crescer qualidades pessoais. Mas nem ele preconiza que o governo das leis exclua o dos homens, o que, no caso implicaria

a tese de que os juízes seriam meros repetidores dos textos legais, sem qualquer poder de interpretação do seu conteúdo. O que tanto Hamilton, Bobbio, Aristóteles e outros partidários do governo das leis preconizam, na verdade, é não mais do que o predomínio das leis sobre o poder discricionário dos homens, não a exclusão de qualquer discricionarismo do julgador.

Nada obstante, o processo civil brasileiro revela, quando em jogo interesses do Poder Público, acentuada tendência à exclusão pura e simples do po-

der do julgador, exatamente naqueles pontos em que ele seria mais necessário para a justa ou rápida resolução do litígio. É o caso, por exemplo, do reexame necessário das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública (a recente Lei nº 9.469, de 1997, art. 10, estendeu este reexame, que pelo Código de Processo Civil, em seu art. 475, II, só beneficiava os entes políticos — União, Estados e Municípios —, às autarquias e fundações públicas). Também se podem incluir neste rol as leis proibitivas de liminares contra o Poder Público e a processualmente desarrazoada limitação territorial da eficácia da tutela coletiva, introduzida pela Medida Provisória nº 1.570, convertida na Lei nº 9.494 (art. 3º), ambas de 1997, na qual o Supremo Tribunal Federal, estranhamente, não vislumbrou inconstitucionalidade (ADI nº 1.576-1-liminar, Pleno, maioria de votos, 16-04-97, DJU de 24-04-97, Seção 1, p. 14914).

Combinado este excesso de freios legais com o aparato recursal existente no processo civil brasileiro, tem-se, como resultado, que o juiz de primeiro grau nada ou muito pouco pode que não esteja exatamente permitido por dispositivos legais. Ali onde se faria necessária a sua atuação discricionária, valorativa, criadora, para revelar o Direito, é justamente onde fica impedido de atuar. Se consegue furar o bloqueio inicial, há uma vasta possibilidade de recursos que permitirão seja cassada a sua decisão por motivos jurídicos, ou até mesmo suspensa por motivos políticos, segundo a Lei nº 4.348, de 1964, art. 4º.

Se o quadro existente, acima descrito, já se mostra disfuncional, na medida em que praticamente exclui a discricionariedade judicial onde ela seria mais necessária, anulando assim um dos elementos da equação governo das leis/governo dos homens, poderia ter ficado pior se não tivesse malogrado, como de fato malogrou, a Revisão Constitucional de 1993. O seu relator, então deputado, depois ministro da justiça e hoje ministro do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim, propôs, no seu Parecer nº 26, que ao *caput* do art. 95 da Constituição, após “os juízes”, se acrescentasse a expressão “devem obediência à lei, respondem por seus

atos e”, de tal sorte que a nova redação assim ficaria:

*“Art. 95. Os juízes **devem obediência à lei, respondem por seus atos e gozam das seguintes garantias:***

*(...)”*

A justificativa apresentada a esta proposta de emenda de revisão não esconde o projeto de transformar os juízes em meros repetidores dos textos legais:

*“O juiz é livre e independente para aplicar a lei, mas deve pautar suas decisões exatamente nos textos legais, por ser este o único modo de se garantir a segurança das relações jurídicas, valor fundamental de nossas relações sociais e nosso ordenamento jurídico” (sublinhou-se).*

Como superar este quadro, que torna os juízes escravos da lei e o Judiciário um poder heterônomo? Em Alexis de Tocqueville, que antes de cientista político foi magistrado em França, há uma tentativa de resposta. Com efeito, em certo passo de A Democracia na América, depois de descrever aquelas que, segundo ele, seriam as características

típicas da jurisdição (pré-existência de um litígio concreto; estraneidade do julgador ao conflito de interesses; cognição judicial mediante processo; provocação dos interessados), conclui que o juiz americano apresentava todas essas características, típicas dos juízes em geral, inclusive da magistratura francesa, que ele integrava (Tocqueville, 1977:82-3). O que lhe aguçou a curiosidade foi verificar que, a despeito de assemelhar-se, pelas apontadas características, aos magistrados das demais nações, revestia-se o juiz americano, paradoxalmente, de imenso poder político. Eis como ele retrata o “paradoxo”:

*“Os americanos conservaram esses três caracteres distintivos do poder judiciário. O juiz americano só pode pronunciar-se quando há um litígio; jamais se ocupa senão de casos particulares; e, para agir, sempre precisa esperar pela demanda. O juiz americano assemelha-se, pois, perfeitamente, aos magistrados das demais nações. É, entretanto, revestido de um imenso poder político. Donde vem esse poder? Move-se no mesmo círculo e serve-se dos mesmos meios que os demais juízes; porque possui um poder que estes últimos não têm?” (1977:83).*

A resposta categórica é logo apresentada: \* \* \* \* \*

*“A causa acha-se exclusivamente no seguinte fato: os americanos reconheceram o direito de fundarem os juízes suas decisões na **Constituição**, antes que nas leis. Noutras palavras, permitiram-lhes jamais aplicar as leis que lhes parecessem inconstitucionais.*

*Sei que direito semelhante já tem sido às vezes reclamado pelos tribunais de outros países; jamais, porém, lhes foi concedido. Na América, reconhecem-no todos os poderes; não se encontra sequer um partido,*

*sequer mesmo um homem que o conteste” (1977:83).*

O poder, contudo, é relação; não é coisa que se guarde, que se detenha ou que possa ser objeto de apropriação, segundo demonstrou exaustivamente Michel Foucault (1982). De natureza fluida, só existe quando exercido, pois não se confunde com os meios que lhe possam facilitar ou propiciar o exercício. Daí que o mero transplante, com a República, do direito norte-americano para a legislação brasileira, do controle difuso da constitucionalidade das leis não trouxe aos nossos juízes o correspon-

dente poder dos juizes americanos, nem poderia trazê-lo, pois poder é relação, e não produto que se acondicione num *container* e se exporte. A força da tradição impôs-se aqui mais uma vez: as leis continuaram a ser aplicadas pelos nossos juizes, já convertidos à República, de preferência à Constituição, como sempre fizeram seus antecessores ao tempo do Brasil colonial e do Brasil imperial.

A isso poder-se-á objetar que é corrente o controle da constitucionalidade das leis pelos juizes no Brasil, e que assim procedem normalmente, por ser tarefa inerente às suas funções, sem nenhum receio de serem mal-interpretados ou perseguidos por isso. Essa possível objeção resulta de percepção errada das coisas, porque generaliza situações particulares, que aliás não são comuns a toda a magistratura brasileira. Se os juizes federais, por exemplo, reconhecem mais amiúde a inconstitucionalidade de leis invocadas pelas partes no julgamento dos feitos que lhes são submetidos, isso não implica que a magistratura nacional, como um todo, atue desse modo.

A lei segue, no Brasil, sendo objeto de fetichismo pelos juizes. Prova disso é a crença, partilhada pelos vários operadores do direito (juizes, promotores, advogados), de que as leis devem ser cumpridas, a despeito de injustas ou mesmo iníquas, cabendo ao legislador, se assim o entender, promover a mudança delas. Por outra, mesmo um deus mau (a lei injusta) não pode deixar de ser venerado. Contudo, a prova mais contundente da adoração das leis pelos juizes reside no fato de que, no Brasil dos tempos que correm, os Legislativos e os Governos têm-se valido de seu poder de fazer leis (ou medidas provisórias) para, em vez de revelar o Direito embutido, em projeto, nas relações sociais, fazer justamente o contrário: negar o Direito,

impondo, por meio das leis, violência às condutas e às relações sociais. Tenham-se vistas para a tipificação, como crimes, de certas condutas que a sociedade não considera de modo algum criminosas, a cominação de penas exacerbadíssimas para delitos de pequeno ou médio potencial ofensivo (transporte não-autorizado de eleitores: 4 a 6 anos de reclusão — art. 11, III, da Lei nº 6.091, de 1974), e a inafiançabilidade em caso de infrações penais menores (crimes contra a fauna — art. 34 da Lei nº 5.197, de 1967). Não se tem notícia de que os juizes tenham simplesmente recusado a aplicação das leis penais desarrazoadas, por reputarem, à luz do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade das leis (CF, art. 5º, LIV), que (a) a conduta típica não é socialmente repudiada; (b) a sua tipificação é de tal modo vaga que não permite a prévia ciência dos destinatários; (c) a pena cominada é inadequada como retribuição penal; (d) a pena mínima é ainda muito elevada. Mesmo nestes casos persiste a veneração à lei: o acusado é absolvido (ou por ser atípica sua conduta, ou por alguma excludente da criminalidade, ou por falta de provas), sem que a lei seja condenada (aliás, sem que sequer seja ela colocada no banco dos réus).

Destarte, tomado o Brasil como objeto de reflexão, continua ainda no plano meramente prescritivo a referência de Pontes de Miranda à função do Poder Judiciário: “A Justiça é um dos poderes: o Poder Judiciário. Porque lhe incumbe aplicar as leis, cabe-lhe aplicar, ainda contra leis, a Constituição, que é a lei maior e corta as outras que se lhe opõem” (1987, III: 552). Por outra, o nosso governo das leis se apresenta, na prática, antes governo das leis ordinárias que governo da lei fundamental — a Constituição da República.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. **ARISTÓTELES**. "Política". In: **Obras**. 2 ed, Madrid: Aguilar, 1977.
2. **BOBBIO**, Norberto. "Governo dos homens ou governo das leis?". In: **O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo**. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1986.
3. **FOUCAULT**, Michel. **Microfísica do poder**. Trad. de Roberto Machado. 3 ed Rio de Janeiro: Graal, 1982.
4. **HAMILTON**, A.; **MADISON**, J. & **JAY**, J. **El federalista**. Trad. de Gustavo R. Velasco. México: Fondo de Cultura Económica, 1943.
5. **MIRANDA**, F. C. Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. 3 ed, Rio de Janeiro: Forense, 1987. 6 tomos.
6. **TOCQUEVILLE**, Alexis de. **A democracia na América**. Trad. de Neil Ribeiro da Silva. 2 ed, Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Ed. da USP, 1977.