

cemitérios particulares mantidos por associações religiosas, onde não haja cemitério secular, recusar sepultura a quem quer que seja.

Tem-se entendido, felizmente minoria, que a norma constitucional depende de lei complementar. Nada mais insustentável. O direito das associações, das irmandades, ou corporações religiosas independe de regulamentação em lei. Determinado se acha êle na lei magna e tudo quanto poderá fazer o Poder Público, neste sentido, há de cingir-se a normas de caráter administrativo, de ordem geral, no interesse comum. O que indispensável se faz, é que se assegure a fiscalização municipal, mas fazer depender de lei especial, isso nunca. A cláusula constitucional — *na forma da lei* — jamais teve o pretendido sentido, isto é, o de fazer depender a sua execução de lei ordinária. O que se quer, o que se pretende, o que visou o mandamento constitucional, foi que a polícia e a administração dos cemitérios particulares mantidos por entidades religiosas não se afastassem dos preceitos legais então vigentes ou que futuramente viessem a ser estabelecidos, de maneira a permitir a efetiva aplicação da norma consagrada, impedindo que o princípio da secularidade e do contrôle municipal deixem de ser fielmente observados, como se impõe ao Poder Público, ante o imperativo contido numa das mais sábias e oportunas garantias constitucionais dos modernos tempos.

O PODER JUDICIÁRIO COMO GARANTIA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

CELESTINO DE SA FREIRE BASÍLIO
Advogado no Distrito Federal

I — *O quadro clássico de garantias dos direitos individuais e sua transformação*

No período compreendido entre a Revolução Francesa e a época contemporânea, os direitos individuais foram enunciados como no art. 2.º da Constituição Francesa de 3 de setembro de 1791:

“O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”

Essa declaração leva a marca nítida da determinação do povo francês de reagir contra o absolutismo e serviu de exemplo para as constituições modernas.

Já nos princípios da Confederação, enunciados em Filadélfia, em 1781, a garantia de direitos se achava distribuída pelos treze artigos da Convenção, concernentes mais à *organização* da entidade política e ao funcionamento dos seus poderes do que, propriamente, à declaração expressa de direitos individuais.

2) Essa diversidade de tratamento do mesmo assunto, interessando, afinal, igualmente, aos homens que, em cada Nação, tratavam da organização de sua liberdade, mostra como o problema com que se defrontavam era diverso.

Na primeira declaração, a defesa dos direitos individuais residia mais no combate ao absolutismo e aos atentados que êsse re-

gime acarretava aos mesmos. Já na América do Norte, onde um regime absolutista, do tipo comum das monarquias européias, não era de temer, a preocupação residia, primeiro, em impedir uma injustificada hegemonia de qualquer Estado federal em relação a outro, e, depois, em determinar uma organização de Estado que assegurasse os direitos do cidadão por meio do correto funcionamento dos órgãos do poder.

3) Volvidos os tempos, pergunta-se: estarão na mesma situação os direitos do homem em face da organização estatal?

Não. Revelaram-se precários os direitos de representação política, ou sejam, os de participação do povo no govêrno, e os de natureza econômica, demonstrando não ser possível o uso do direito individual, sem as garantias contra o pauperismo e contra o abuso do poder econômico.

4) As tentativas de solução dêsses problemas se revelam no desenvolvimento da teoria política da representação, ou seja, no estudo da criação e da vida dos partidos políticos e, no que tange ao problema econômico, no estudo da aplicação de doutrinas que levam ao intervencionismo estatal, na esfera do domínio econômico e social, ou à alteração da própria estrutura do Estado, em regime econômico, representada pelo Corporativismo, em todos os seus modelos.

5) Essas considerações iniciais de caráter histórico e de experiência política e social, refletindo-se nos temas constitucionais, lembram a ponderação de JEAN DABIN (*Doctrina Générale de l'État*, 1939, págs. 362 e segs.): o Estado não se pode manter na simples atitude simbólica de respeitar o direito individual, mas precisa elevar êsse último à categoria de instituição jurídica, ou seja, de defini-lo e de garanti-lo. As garantias, entretanto, não se limitam às de natureza especial, atinentes ao próprio direito considerado, como por exemplo, se se quer garantir a propriedade, dizer-se que a desapropriação se fará em tal ou qual caso, mas também as de natureza geral, que concernem ao regime político que se deva adotar. O consagrado mestre de Lovaina se refere, expressamente, ao princípio da separação de poderes como do tipo de garantia geral.

6) Poderíamos assim referir, tendo como base a observação acima feita, diversos textos da Constituição Brasileira de 1946 que, além de discriminar os direitos individuais, faz inscrever como princípios constitucionais, vinculados à nacionalidade e à cidadania, a

representação proporcional dos partidos políticos e inscreve os princípios reguladores da ordem econômica e social.

II — Situação do Judiciário no quadro das garantias dos direitos individuais

7) Feitas essas referências, lembramo-nos das palavras cheias de sinceridade que MADISON escreveu sobre o Poder Judiciário, num depoimento sobre a sua época, mas também numa verdadeira antecipação dos percalços e dissabores por que iriam passar os tribunais, ante a agitada vida política das nações: “A conclusão que estou no direito de tirar dessas observações é que uma simples linha de demarcação, traçada no papel para fixar os limites constitucionais dos diferentes departamentos, não é uma garantia suficiente contra as usurpações que levam a uma concentração tirânica de todos os poderes de govêrno nas mesmas mãos”. (*Federalista*, ed. fr. JÈZE, pág. 415).

E, na defesa das garantias do Poder Judiciário (e já não mais na direta defesa dos direitos individuais) exige transcrição esta passagem de HAMILTON: “Quem considerar atentamente os diferentes departamentos do poder perceberá que, num govêrno onde êles estão separados uns dos outros, o Judiciário, pela natureza de suas funções, será sempre o menos temível para os direitos políticos da Constituição, porque êle será o menos em condições de os contrariar ou violar. O Executivo, não somente distribui as honrarias, mas ainda *detém a espada* da comunidade. O Legislativo, não somente detém a bolsa, mas ainda prescreve as regras que fixam os direitos e os deveres dos cidadãos. O Judiciário, ao contrário, não tem influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa, êle não dirige nem a força nem a riqueza da sociedade; e êle não pode tomar nenhuma resolução ativa. Pode-se dizer, com razão, que êle não tem nem força nem vontade mas um simples juízo; e é, em definitivo, do socorro do braço executivo que depende a eficácia dos seus julgamentos” (*Federalista*, pág. 645).

8) Como se vê, o Poder Judiciário nunca foi considerado isoladamente como garantia de direitos, senão como forma de dizer, a que corresponderia uma idéia mais complexa de *organização de poderes nacionais*. Não afirmar isso seria contrariar, no mais importante de sua teoria, o ideal de MONTESQUIEU. Segundo a doutrina clássica, portanto, que inspirou as constituições atuais, especialmente

as americanas, o Poder Judiciário constitui uma peça do mecanismo de segurança dos direitos, não podendo, por si só, efetivar essa segurança. E, mais que isso, à suspeita de que o pudesse fazer, corresponderia o temor de que abusasse desse poder e caminhasse para o despotismo judiciário. Diante disso, não é possível falar em supremacia do Poder Judiciário, mas, ao contrário, em dependência do Poder Judiciário.

III — *Competências concorrentes do Poder Legislativo, e do Poder Judiciário*

9) Para melhor compreensão desse problema, inclusive no aspecto de dependência do Poder Judiciário, em relação aos outros poderes, mesmo em tempo de relativa paz nacional, é bom que se recorde que o panorama americano apresenta uma originalidade, que é a de ter a Constituição Norte-americana oferecido aos demais povos do Continente os modelos de organização liberal e democrática, contemporânea ao movimento similar europeu. Assim, para tocar logo o fundo do problema, a chamada questão da supremacia do Poder Judiciário tem as suas origens nas mesmas fontes de idéias que presidiram à elaboração dos princípios liberais norte-americanos, revelando nitidamente as suas fontes anglo-saxônicas, em cujos velhos modelos costumeiros está inspirada.

10) Os países latino-americanos imbuídos de sua cultura romanista e, especialmente, francesa e ibérica, foram os que realizaram praticamente êsse singular hibridismo: o do modelo norte-americano (e suas raízes anglo-saxônicas) com a forma legislativa devida à literatura política francesa.

11) São assim dois pontos de vista que se harmonizam, no correr da história política dos povos, mas que têm origens diferentes. Nos seguidores de MONTESQUIEU encontramos a preocupação de combater o absolutismo, ainda presente, e o remédio indicado era o do exercício equilibrado dos três poderes. Na Convenção de Filadélfia, o problema era o de uma construção político-jurídica “en bloc”, com tudo por fazer e, praticamente, nada a temer dos absolutismos do tipo europeu. Então, a experiência já vivida do sistema judicista inglês constituía um dado, sobre o qual poder-se-iam admitir, é certo, discussões doutrinárias tocantes à sua extensão e características, mas que não admitia dúvida quanto à sua aplicação.

Os latino-americanos, entretanto, jamais perderam as suas tendências legiferantes, do modo europeu-continental. Este aspecto do problema situa-se no plano da cultura do povo, de um seu critério de civilização. Com efeito, não é uma constituição que proíbe na Inglaterra, nos Estados Unidos ou nos países escandinavos *que se governe à força de leis*; é a sua própria consciência nacional que assim entende a função legislativa, no sentido de só atribuir-lhe o exercício de poder nos casos que se revelem insuscetíveis de solução dentro do quadro já legislado, como os de guerra ou das crises que se lhes seguem. Num país, como a Inglaterra, o advento expressivo da jurisdição administrativa em casos contenciosos provocou os comentários da doutrina, que os assinala como demonstrações de uma fase de crise, que será modificada, fazendo voltar a prática do tradicional sistema da “common-law”. Este sistema se desenvolve mais ainda no dinamismo da vida norte-americana, como se vê bem explicado por VINCENT HARPER, Professor na “Indiana University Law School” (*Recueil sur les Sources du Droit*, em homenagem a FRANÇOIS GENY, pág. 253): “Isto se explica em parte pela predileção do espírito americano para os fenômenos materiais, maior do que para as especulações metafísicas, e em parte pelo duplo caráter da “common law” em relação ao *direito civil* que, êste, se relaciona estritamente com o Código. Os precedentes e *stare decisis* são instrumentos pragmáticos, e o jurista do direito costumeiro recebe uma formação intelectual que considera largamente à parte da experimentação, dos ensaios e dos erros. Eu procurei descrever alhures esta fase da técnica do direito costumeiro no que concerne a algumas doutrinas bem conhecidas”.

“Tendo sempre sob os olhos o método da “common law”; é natural que o jurista anglo-americano seja tentado a generalizar a sua aplicação e de achar nesse método pontos comuns com a manipulação do direito escrito. Ele reconhecerá então sem dificuldade que, se as noções que acabamos de esboçar adquiriram alguma importância, sob o ponto de vista do direito, elas o devem em grande parte à nova concepção do “law making” que, pouco a pouco, se esclarece. E é aqui, precisamente, que reside a utilidade do novo movimento. O valor teleológico do direito ganhará em importância, à medida que se desenvolver a concepção do “law making”, implicitamente compreendida na teoria empírica do direito. Considerar-se-á o governo como o ponto para o qual convergirão os inte-

rêsses da sociedade, para aí achar o seu equilíbrio. É aí que se localizará a pressão dos grupos de interesses”.

“A obra do *law-making* (do órgão de criação do direito) consistirá sobretudo em pesar com um espírito crítico os diferentes interesses da comunidade. Esta concepção do “*law-making*” é de natureza a englobar ao mesmo tempo a legislação e o “direito feito pelos Juizes”. Um como outro representam a expressão das aspirações da comunidade. É sobretudo do ponto de vista da legislação que essa teoria adquirirá a sua mais alta importância na América nos próximos anos”.

Seria inútil encarecer, dar maior ênfase, a essa noção do relevantíssimo papel do Poder Judiciário na América, considerado assim, de par a par, com o Legislativo, na criação do direito. Mas um estudo de comparação do sistema, como que se adota na Europa, é útil para lhe salientar as características. Foi EDOUARD LAMBERT quem, com maior oportunidade e clareza, viu, nas diferenças dos sistemas continental-europeu e anglo-americano, essas características. O autor do *Gouvernement des Juges* salienta que: “... o Padre Riquiet ... publicou ... os resultados de um inquérito aberto junto aos entendidos sobre os meios de assegurar eficazmente a *proteção dos direitos individuais contra os abusos do poder da lei*. Os mestres da ciência do direito público, que responderam a êsse inquérito, em sua maior parte, pronunciaram-se em favor de uma combinação do contrôle americano da constitucionalidade em nosso direito constitucional e afirmaram que essa combinação poderia tanto mais ser cômodamente realizada que não seria preciso, para fazê-la, uma revisão constitucional” (*Mélanges Maurice Hauriou*, Sirey, 1929, pág. 471).

Lembra LAMBERT como a instituição do *settled law* ou *settled rule*, pela Corte Suprema norte-americana, dá a feição definitiva dessa atribuição de funções nitidamente norte-americana.

12) Mas, assim como vimos VINCENT HARPER descrever a forma com que a função jurisdicional disputa com o Legislativo a tarefa da criação do direito, do “*law-making*”, já nos países latino-americanos a função legislativa é hipertrofiada, correndo paralelamente, na *definição* do direito, com a função jurisdicional. Só como exemplo citemos o Mandado de Segurança brasileiro (Constituição, art. 141 ... § 24), previsto como garantia contra “seja qual fôr a autoridade”, quando a Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951,

exige que só se tome conhecimento de Mandado de Segurança contra ato insuscetível de recurso administrativo. Advirtamos logo que, aqui, tal fato não resulta do princípio norte-americano de competência sobre matéria de fato.

IV — O sistema das constituições rígidas e do *casuismo* constitucional como destinado a obviar os males da concorrência de Poderes

13) O limite a essa atividade hipertrofiada do Legislativo somente se encontra nas constituições rígidas que os países latino-americanos adotam e cujo *casuismo*, especialmente no Brasil, é denunciador do próprio fenômeno que estamos analisando: se a *tendência governativa* se processa mais através da função executiva e da legislativa, em detrimento da ordem estabelecida, da tradição, dos costumes, que mais adequadamente são defendidos pelo Judiciário, a luta contra essa tendência se exterioriza através de uma constituição rígida e *casuística*, que abarca tôdas as instituições nacionais e todos os aspectos dos direitos individuais, suscetíveis, a critério dos constituintes, de maior perigo.

Mas, por isso mesmo, atendendo a êsse movimento incoercível de mudança de instituições, é conhecido o constante estado de reforma em que vivem as constituições latino-americanas.

14) Procuramos, até aqui, esboçar, em largos traços, o desenvolvimento da concepção referente ao Poder Judiciário: como poder de *conservação* de direitos, que o é, tem-se-lhe atribuído nas constituições dos povos uma crescente atividade, correspondente à crescente e espontânea atividade legislativa de *evolução*. Para fazê-lo com sucesso, tem-se aumentado o *casuismo* das constituições. O fenômeno, similar ao que se observa bem na atual Constituição Brasileira, já foi denunciado, na Europa, por MIRKINE-GUETZEVITCH: “Tôdas essas Constituições promulgadas depois da primeira Guerra Mundial exprimem a mesma tendência, que nós chamávamos então de *tendência à racionalização do poder*, e que se esforça por encerrar na mesma tessitura do direito escrito o conjunto da vida política. Assim, o *político* e o *social* tornam-se *jurídico*. A racionalização do poder, tendendo a substituir o fato metajurídico do poder pelas regras do direito escrito, é um fenômeno constante do vir-a-ser constitucional moderno.” (*La Rationalisation du Pouvoir*, em *Les Constitutions Européennes*, 1951, pág. 17).

V — Alargamento da competência do Poder Judiciário

15) Em face desse movimento das idéias constitucionais, podemos verificar, especialmente na América, que o Poder Judiciário, cujo papel de garantia dos direitos individuais era a expressão mesma da estrutura dos países democráticos, passou, na evolução dos Estados para uma nova concepção, que vai da organização corporativa à intervenção no domínio econômico e social, a ter o seu campo de atuação muito aumentado. Consideramos, entretanto, que esse desenvolvimento deve acompanhar-se de seguros princípios e, conseqüentemente, de medidas práticas, para a melhoria de sua *organização*, enquanto que se preserve a integridade de sua *função*. Sejam de recordar, neste particular, os exemplos da Suprema Corte norte-americana, quando das dificuldades que teve de superar na fase final do *New-Deal* (CARL BRENT SWISHER, *The Growth of Constitutional Power*, pág. 85) e da intervenção projetada pelo governo-Truman na indústria metalúrgica.

16) No tocante à organização do Judiciário, queremos anotar aqui o fato de ter a Constituição Brasileira consagrado no seu texto a norma de integração da justiça eleitoral e da do trabalho no Poder Judiciário. Mas aqui, inovando nos princípios clássicos, instituiu-se a regra da *temporiedade das funções* dos membros da justiça eleitoral e dos representantes classistas na justiça do trabalho.

17) Como se vê, no Brasil, o alargamento da função jurisdicional manifestou-se de modo claro na atual Constituição. Dois setores importantes da vida nacional lhe foram entregues, à sua jurisdição, dantes deferida a outros órgãos do Poder Público.

Essa nova tendência constitucional tem um mérito indiscutível, além de obedecer à evolução que assinalamos acima. Como já o dissemos também, o critério da garantia dos direitos individuais vai-se alargando, à proporção da complexidade crescente da vida moderna. O problema da representação, garantia *geral* dos direitos individuais, é matéria atinente à função jurisdicional, quando se verifica, primeiro, o campo de atuação dos princípios constitucionais, na realização das eleições, na fixação das respectivas datas, no alistamento eleitoral, no registro e na cassação dos partidos políticos e, por fim, no reconhecimento e diplomação dos eleitos; e, segundo, a necessidade, comprovada na experiência política, de subtrair-se o problema representativo, do ambiente de paixão partidária, que se não

deve encontrar num tribunal estável e independente. Por outro lado, o problema econômico, que determina o litígio entre empregados e empregadores, leva à necessidade de sujeitar-se o seu exame a um corpo judicante, do mesmo modo imparcial e estranho ao conflito; neste caso, entretanto, a natureza peculiar dos interesses em confronto, dependentes de práticas costumeiras em sua grande parte, exigiram a composição mista que se nota nos tribunais do trabalho (juizes e representantes classistas”).

É de admitir-se ainda a criação, em momento oportuno, de tribunais administrativos para integrarem o Poder Judiciário.

Tôdas essas determinações constitucionais, de criação de órgãos judiciários, combinam-se, no sistema brasileiro, com o disposto no art. 141, § 4.º, da Constituição: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Vê-se, portanto, das novas tendências políticas e da própria letra da Constituição quanto era a preocupação dos constituintes de 1946, lembrados das grandes lições democráticas dos publicistas americanos, mas atentos também à evolução dos problemas sociais, em resolver, do modo mais eficaz que lhes era possível, o funcionamento do regime, com o respeito aos direitos individuais clássicos e às novas formas com que se apresentavam.

Resta ver como a prática do sistema se revelou.

VI — Eficácia da garantia especial em relação à geral. Advertência preliminar

18) Por maiores que sejam as fontes de informação do direito comparado, é óbvio que os problemas se apresentam de modo mais claro no âmbito nacional de cada estudioso. Assim, embora procuremos generalizar ao máximo o conteúdo de nossas afirmações, não nos é possível deixar de considerar aqueles fenômenos que nos são mais próximos e, portanto, mais ricos de detalhes à nossa observação. Mas, como a fonte do direito repousa — para nós, pelo menos — em menor parte, na experimentação e em maior parte nos dados da razão, da comparação histórica, dos estudos sociológicos, da economia e, inclusive, do dado metafísico, os fenômenos políticos e sociais aqui apreciados servem apenas de moldura à continuação de nossa explanação.

Situamo-nos, inicialmente, para desenvolver o nosso raciocínio, no conceito de garantias ministrados por JEAN DABIN, especialmente

na distinção fundamental das garantias de natureza *geral e especial*. Citamos o exemplo constitucional brasileiro, no que tange a direitos individuais e aos princípios de segurança do regime, como o da representação proporcional dos partidos políticos. Diremos agora que o último dispositivo citado (a exemplo de outros, de caráter geral, como os da ordem econômica e social, da divisão de poderes, etc.) interessa mais ao direito do cidadão, do que a simples enumeração taxativa do art. 141.

19) Baste-nos, para refôrço de nossa afirmativa, interromper a nossa exposição com a transcrição de alguns dos muito conhecidos dispositivos, referentes aos direitos e deveres fundamentais dos cidadãos, da Constituição da URSS.

Vejamos o art. 125:

“Conforme aos interesses dos trabalhadores e a fim de assegurar o regime socialista, a lei garante aos cidadãos da URSS:

- a) a liberdade da palavra
- b) a liberdade de imprensa
- c) a liberdade das reuniões e dos “meetings”
- d) a liberdade dos cortejos e demonstração de rua”.

Temos mais, entretanto! Eis os arts. 127 e 128:

“Art. 127. A inviolabilidade da pessoa é garantida aos cidadãos da URSS. Ninguém pode ser prêso senão por decisão do tribunal ou sôbre sanção do Procurador”.

“Art. 128. A inviolabilidade do domicílio dos cidadãos e o segredo da correspondência são protegidos pela lei.”

(MIRKINE-GUETZEVITCH, *Les Constitutions Européennes*).

Basta esta leitura e o conhecimento que se tem do desrespeito existente na URSS aos direitos individuais, que está no próprio cerne do regime marxista, para que se tenha em conta a precariedade das supostas garantias constitucionais, quando inscritas apenas com o ânimo de não as cumprir e respeitar.

20) Portanto, é-nos muito mais útil conhecer o velho sistema de “pesos e contrapesos” existente na Constituição, que a simples repetição de direitos, indispensável, é certo, mas precária também, quando sabemos que êsses direitos vivem sob permanente ameaça do despotismo ou da tirania. Aqui, devemos convir que a Constituição, do ponto de vista exclusivamente jurídico, soube equilibrar, de maneira sábia, o uso de Poderes. Mas, do ponto de vista da experiência e da Sociologia, ela deixa a desejar.

VII — *O dinamismo dos Poderes Legislativo e Executivo comparado com o do Judiciário*

21) É contingência da vida social contemporânea que a massa vive do dia-a-dia, premida e preocupada com a sua subsistência, senão de sua sobrevivência, e que essa preocupação sobreleva em seu espírito a tôdas as demais, no campo dos deveres cívicos. Enquanto um mínimo de segurança econômica não lhe fôr proporcionada, não se poderá deter o homem do povo nas considerações especulativas do funcionamento do poder, nem tomar consciência do seu papel na comunidade. Daí a precariedade da vida política das nações ainda em fase de desenvolvimento.

Num país em que o contingente eleitoral não atinja paridade relativa com o de seus cidadãos em idade válida, o funcionamento do regime não se pode processar normalmente. Êle então se processa, através de reduzida massa eleitoral, que não traduz o ideal de que “o poder emana do povo”, mas, e especialmente, através das pressões de interesses das massas mesmo estranhas à participação dos comícios eleitorais. Por via de consequência, os poderes representativos da Nação, vivem e agem em função dessa massa, de cujo comportamento marginal, não cogitou, de modo eficaz pelo menos, a Constituição.

22) Resulta daí, que aquêlê confronto que procuramos estabelecer, no limiar dêste trabalho entre as competências concorrentes do Legislativo e do Judiciário, apresentam nesses países, uma relevância invulgar.

Entre um Legislativo e Executivo, que têm a sua origem na massa eleitoral pressionada pelo problema econômico, de que são reflexos organizados, os Sindicatos (mesmo que não intervenham ostensivamente nos pleitos eleitorais), e o Judiciário, só não se trava

uma luta aberta, quando as condições históricas ou a índole do povo não a admitirem. Mas, de qualquer modo, o ambiente se torna propício a essa luta. Sub-repticiamente, entretanto, os antagonismos se revelam, especialmente quando o último se pronuncia, segundo normas e pontos de vista de pura realização do direito, e os demais sofrem a pressão dos seus representados e dos interesses prementes que estão vinculados ao mandato.

VIII — *Fatores de viabilidade do exercício do Poder Judiciário*

23) Dois são os pontos principais que, sob êsse prisma, poderemos considerar (desprezados outros que caberiam em estudo diferente, como os da federação, normas processuais, etc.):

- a) o financeiro
- b) o do poder efetivo.

24) Constituiria uma pesquisa curiosa, se se procedesse a um estudo comparativo dos orçamentos estatais relacionados com os gastos da Justiça, nos países em desenvolvimento. No Brasil, onde êsse problema é manifesto (a população sextuplicou nos últimos cinqüenta anos), a administração pública viu-se na contingência de elevar os seus gastos em pessoal e instalação (edificações) de modo impressionante. Entretanto, a simples observação visual está a demonstrar que o Judiciário não tem participado dêsse desenvolvimento, salvo algumas exceções nas Justiças estaduais. A deficiência de pessoal, tanto de Juizes quanto de funcionários, é manifesta.

Que significam essas considerações?

Apenas servem elas para ressaltar que as medidas tendentes a atualizar os meios de ação do Poder Judiciário não encontram clima favorável nas clientelas eleitorais e, por sua complexidade, não chegando a interessar o eleitorado e a massa, que delas não têm a devida percepção, não animam os mandatários legislativos ou executivos de tomar-lhe a iniciativa. Resulta daí que, mesmo tendo inscrito na Constituição os mais salutares princípios de defesa e garantia dos direitos individuais, e tendo-lhe deferidos os poderes de sua guarda, o Judiciário, não pode cumprir, muitas vezes, a sua destinação, por falta de meios materiais de sua ação.

Diante dêsse simples fato —precariedade de meios materiais — de que valem os princípios gerais constitucionais? De que adianta inscrever-se o direito ao uso do Mandado de Segurança, se um Juiz

competente para apreciá-lo tiver de considerá-lo junto com dezenas de outros, a cada dia? De que adiantam, no direito privado, as garantias possessórias que a lei assegura, se os autos das respectivas causas aguardam nos juzados, meses a fio, o seu julgamento?

25) A precariedade de meios de que dispõe o Poder Judiciário, reflete-se, como num círculo vicioso, sobre o prestígio de que deva desfrutar diante da opinião pública. Então, visto o problema sob êsses dois aspectos — falta de meios, alheamento da opinião pública — surge à tona o aspecto final do problema judiciário: o do poder efetivo de suas decisões e de sua atuação.

IX — *Limitação do Poder Judiciário. Fôrça material. Revolução*

26) Mencionamos acima o trecho em que HAMILTON, nos albores da Federação Norte-Americana, considerava a relativa fraqueza do Poder Judiciário em relação aos demais. Seus temores, embora justificáveis racionalmente, não se concretizaram, em escala ponderável, na história subsequente da grande nação. Porém, devem as palavras ressoar para os povos que, ainda na faina de se organizarem politicamente, defrontam crises periódicas do seu desenvolvimento. Qual seria, entretanto, a sua opinião, qual deveria ser o curso de seu raciocínio, se, ao invés de simples hipótese, aquêle seu pensamento se visse de repente concretizado em acontecimentos políticos de sua pátria?

26) Êste é um assunto que precisa ser considerado, por tão freqüente na América-Latina.

Diz FELIPE TENA RAMIREZ (*Derecho Constitucional Mexicano*, págs. 79 e segs., 2.^a ed., 1949): “Entendemos por revolução a modificação violenta dos fundamentos constitucionais do Estado. Excluimos, portanto, do conceito de revolução, as rebeliões, motins ou quarteladas, tão freqüentes no México, que têm por origem questões de pessoas ou de facções e por objeto a tomada do mando, sem mudar o regime jurídico existente, antes bem invocando como pretexto o respeito devido ao mesmo.” Essas são considerações iniciais de um capítulo que termina pela seguinte afirmação (pág. 88): “O direito à revolução não pode ser reconhecido *a priori* na lei positiva, senão *sòmente a posteriori*. O direito da revolução se converte em direito positivo quando é reconhecido como tal pelo povo, expressa ou tácitamente.”

Esse publicista mexicano, entretanto, expõe em sua obra a doutrina que contesta ao Judiciário a sua natureza de *poder*. Daí, poderemos admitir que as idéias mencionadas acima decorram de uma focalização peculiar ao seu modo de pensar, frontalmente contrário ao que estamos descrevendo. Mas, a definição do princípio, nos dias que correm, foi formulada, do modo mais claro que se poderia desejar por uma das altas expressões do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, o Min. NÉLSON HUNGRIA, nos seguintes termos, proferidos em processo de Mandado de Segurança (n. 3.557 do Distrito Federal):

“Contra uma insurreição pelas armas, coroada de êxito, sòmente valerá uma contra-insurreição com maior fôrça. E esta, positivamente, não pode ser feita pelo Supremo Tribunal, pôsto que êste não iria cometer a ingenuidade de, numa inócua declaração de princípios, expedir mandado para cassar a insurreição”. E, mais tarde, no mesmo processo: “Jamais o Supremo Tribunal desertou a sua função constitucional, que não é, positivamente, a de debelar insurreições vitoriosas. O que ocorreu é que o Brasil, com a implantação da República, entrou no ciclo político da América Latina, em que as mudanças de regime e a queda dos governos se operam, frequentemente, mediante pronunciamentos militares, contra os quais não há opor-se a fôrça do direito. Bem ou mal-intencionados, tais pronunciamentos fazem calar a voz das leis e os ditames jurídicos. Contra o fatalismo histórico dos pronunciamentos militares não vale o Poder Judiciário, como não vale o Poder Legislativo. Esta é que é a verdade, que não pode ser obscurecida por aquêles que parecem supor que o Supremo Tribunal, ao invés de um arsenal de livros de direito, disponha de um arsenal de *schrapnels* e de torpedos”.

Nem mais, nem melhor, se poderia definir uma realidade política, senão, com igual valor, naquelas expressões de MOLIÈRE:

Les phrases sont embarrassantes.
 Le grand dieu Jupiter nous fait beaucoup d'honneur
 Et sa bonté, sans doute, est pour nous sans seconde.
 Il nous promet l'infailible bonheur
 D'une fortune en mille biens féconde,
 Et chez nous il doit naître un fils d'un très grand coeur:
 Tout cela va le mieux du monde;
 Mais enfin, coupons aux discours,

Et que chacun chez soi doucement se retire.
 Sur telles affaires toujours
 Le meilleur est de ne rien dire.”
 (*Amphitryon*, III, XI).

X — *Prevenção dos óbices à ação do Poder Judiciário*

27) É o que faremos, convencidos de que êste assunto é insuscetível de solução no quadro jurídico. Na impossibilidade de *solução* do problema não desanimemos, entretanto, de sua *prevenção*.

Quando, feitas tôdas essas considerações e lançados êsses argumentos e depoimentos, que se constituem, forçosamente, num ensaio do poder político, volvemos os olhos para tôdas as vicissitudes por que passaram os povos desde a antiguidade, temos consciência da pobreza das conclusões que possamos oferecer. Em nossos dias, diante dos remédios apontados, em remota era pelos atenienses contra a tirania; diante das lições dos sábios e santos da Idade Média sôbre o valor da lei, entendida como poder-mando; diante das idéias da Renascença sôbre a soberania; diante do movimento democrático e liberal, que é o apanágio da modernidade; e, por fim, diante da renovada perplexidade de todos os povos em face das arremetidas das ditaduras européias que fizeram a guerra contemporânea; se o problema aqui exposto é como que o da infância da humanidade, quando os povos ainda não conheciam, não tinham consciência sequer, do valor da coisa pública e, muito menos, sabiam que a ordenação social se baseava numa alta concepção de *virtude cívica*, como o dizia MONTESQUIEU, e, mais que isso, constituia-se num imperativo de ordem, de hierarquia de valores, de vocação natural para o bem, na conformidade dos altos desígnios da Criação, em suma, no BEM COMUM; pobres, paupérrimas, serão as nossas conclusões, diante de tanta experiência acumulada, de tanto sofrimento somado na história das nações, de tantas lágrimas e de tanto sangue desperdiçados generosamente, quando, cega e esquecida, a humanidade renova os erros do passado.

28) Com o intuito de prevenção, portanto, dos males que se apresentam aos nossos olhos, do amesquinamento do Poder Judiciário ante um clima de pronunciamentos, sôbre o qual não cabem aqui as discussões, tentemos um último esforço de investigação desses males. Ora, diante da exposição que fizemos, podemos aqui es-

tar de acôrdo com OLIVEIRA VIANA, de quem tantas vêzes somos obrigados a discordar. Revela êsse nosso acatado publicista, em suas *Instituições Políticas Brasileiras*, o fundo de seu pensamento em favor do Judiciário, de mescla com outros conceitos políticos que não acatamos:

“Os nossos reformadores constitucionais e os nossos sonhadores liberais ainda não se convenceram de que nem a *generalização do sufrágio* direto, nem o *self-government* valerão nada sem o primado do Poder Judiciário — sem que êste poder tenha pelo Brasil toda a penetração, a segurança, a acessibilidade que o ponha a tôda a hora e a todo momento ao alcance do Jeca mais humilde e desamparado, não precisando êle — para tê-lo junto a si — de mais do que gesto da sua mão numa petição, ou de uma palavra de sua boca num apêlo.” (pág. 241, v. II). E mais adiante (pág. 243) comentando a expressão de Nabuco, o pai: “O problema da liberdade individual e civil no Brasil — problema que é preliminar a tôda e qualquer liberdade política — é justamente eliminar êste “longo hábito de impunidade”. Esta certeza da impunidade, que os nossos costumes asseguram ao arbítrio, corrompe tudo; mata no seu berço o cidadão e impede a formação do verdadeiro espírito público.”

29) Com tão acatado apoio, e diante das manifestações do Poder que acabamos de examinar, concluimos:

1. O Poder Judiciário só se constitui em garantia dos direitos individuais como parte de uma organização política estável.
2. Entretanto, a estabilidade de instituições políticas repousa na difusão, até às camadas mais desassistidas da comunidade, das garantias civis e, até onde isso fôr possível, das garantias políticas, proporcionadas pelo Poder Judiciário.
3. A difusão dessas garantias constitui, não só um passo no sentido da ordem e da paz sociais, como também no sentido da criação da mentalidade popular e nacional, de confiança no Poder Judiciário.

Em consequência:

4. Sem necessidade de reformas constitucionais, ou de regime, preconiza-se, nos países onde os quadros de pessoal administrativo e de Juizes do Poder Judiciário não tenha aumentado em proporção com o desenvolvimento demográfico, econômico e social desses países, que os seus orçamentos consignem meios necessários à mais pronta recuperação desses quadros e à sua instalação condigna.