

MAGISTRATURA E CIDADANIA: uma relação necessária e mutuamente benéfica

Ministro Humberto Martins
Superior Tribunal de Justiça

“A boca do justo profere a sabedoria, e a sua língua fala o que é justo.” (Salmos 37:30)

1. Introdução

Ao ser convidado para proferir uma palestra com o tema “magistratura e cidadania”, enchi-me de alegria. Afinal, apesar de os dois vocábulos evocarem conceitos que acabam por possuir uma dimensão técnica, do ponto de vista jurídico, contêm eles, também, variações no campo da sociologia, da antropologia e da ciência política. Dessa forma, terei a oportunidade, nesta palestra, de lhes dirigir uma reflexão que busca cobrir não somente a dimensão técnica do direito, ou seja, esclarecer acerca dos dispositivos do ordenamento jurídico que incidem e regulam os dois mencionados conceitos. Ao contrário, minha reflexão estará permeada por elementos oriundos da história, da filosofia e das ciências sociais.

A presente palestra também possui um objetivo analítico: demonstrar que o conceito de magistratura e de cidadania se reforçam com a prática – e a efetividade – do que conhecemos por Estado Democrático de Direito. Essa instituição é nova no Brasil. A nossa democracia sempre foi marcada por avanços e retrocessos. O período recente, tão bem marcado pela

promulgação da Constituição Cidadã de 1988, acaba de completar pouco mais de trinta anos. O Poder Judiciário e a sociedade brasileira estão unidos para que a democracia se mantenha forte em nosso país. O conceito de Estado Social e Democrático de Direito (*Demokratischer und sozialer Bundesstaat*) possui sua melhor formulação na República Federal da Alemanha, criada após a II Guerra Mundial. Após o colapso da República de Weimar, a Alemanha assistiu à ascensão do nazismo e à marcha de mais um conflito bélico em escala mundial. A derrota do Eixo pelos aliados, em 1945, foi marcada pela ocupação e divisão da Alemanha pelos vencedores. A Alemanha foi dividida em duas, ficando a parte ocidental sob a tutela da França, do Reino Unido e dos Estados Unidos e a parte oriental sob ocupação da União Soviética. Após pouco tempo, foi fundada a República Federal da Alemanha (ou, a Alemanha Ocidental) e a República Democrática da Alemanha (Alemanha Oriental). Berlim também havia sido dividida em quatro setores. Com a criação das duas repúblicas, a capital também foi dividida em duas. No momento de sua criação, a República Federal da Alemanha promulgou a Lei Fundamental de Bonn, de 1948, a qual, ainda hoje, é o diploma constitucional mais relevante daquele país. O conceito de Estado Social e Democrático de Direito possui forte influência desse processo histórico, uma vez que é o termo jurídico mais afinado com a tradição romano-germânica ou, pode-se rotular também, da tradição jurídica continental europeia. Nos Estados Unidos da América e no Reino Unido, o conceito equivalente do Estado de Direito (*Rechtsstaat*) é o Império do Direito (*Rule of Law*). Desse modo, o objetivo analítico se refere à assertiva de que a existência de um Estado Social e Democrático de Direito pressupõe a efetividade do Poder Judiciário e uma magistratura forte e de um conceito substantivo de cidadania. Vamos começar, na segunda parte, com a descrição de um conceito de magistratura forte.

Depois, na terceira parte, será dedicada atenção ao tema de uma cidadania substantiva.

2. Magistratura forte

Uma apreciação histórica da magistratura brasileira remontaria as suas origens aos tempos coloniais. Esse esforço historiográfico foi realizado pela pesquisa de Stuart B. Schwartz em “Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751”, republicada em nova tradução pela Companhia das Letras. Essa obra descreve o funcionamento daquela jurisdição específica, bem como traz elementos sobre a organização judiciária em Portugal e na parte ultramarina do Império Português. Os portugueses e espanhóis levavam o Estado administrativo e eclesiástico consigo às colônias. Dessa forma, o direito português era aplicado no Brasil colonial, assim como nas demais colônias da África (Ceuta, Cabo Verde, Angola, São Tomé e Príncipe, e Moçambique, dentre outras) e da Ásia (Macau, Goa e Timor, dentre outras). Cabe anotar que o primeiro império global da história humana foi o Império Português. A aplicação do direito português às colônias e às possessões ultramarinas ficava clara, também, com a subordinação hierárquica ao sistema judiciário da metrópole, como bem descreve Schwartz:

As possessões ultramarinas de Portugal, apesar de distintas pelas condições peculiares e pela localização geográfica, eram subordinadas ao sistema judiciário da metrópole. A lei portuguesa tornou-se a lei dos territórios que acabavam de ser incluídos em seus domínios, e ministros da Justiça semelhantes aos de

Portugal assumiram cargos nas colônias para aplicar a lei. As condições locais e as relações particulares da colônia com a Coroa, entretanto, determinavam, em certa medida, a natureza da administração judicial (p. 35).

Os magistrados possuíam um estatuto peculiar na organização administrativa de Portugal. A organização administrativa local, em um primeiro momento da história, era muito fortalecida na tradição portuguesa. Isso se devia ao regime de acordos entre o Rei e os nobres do período medieval. Entretanto, para evitar o esfacelamento político do Império, a solução organizacional portuguesa foi atribuir poder aos magistrados locais, submetendo-os, todavia, ao escrutínio de revisão pela jurisdição de vértice, a qual ficava em Lisboa. Esse sistema de autonomia local com submissão recursal funcionou tão bem, que Stuart B. Schwartz descreve que o modelo de organização judiciário se tornou a espinha dorsal da administração colonial:

A unidade básica da estrutura administrativa e judicial portuguesa era o Conselho. Cada Conselho mantinha um determinado número de funcionários que exerciam as funções administrativas e judiciais necessárias à vida urbana. Esses servidores incluíam o almotacel, o alcaide, o meirinho e o tabelião, mas o mais importante funcionário judiciário local era o juiz ordinário, às vezes chamado de juiz da terra. Cada Conselho incluía dois desses magistrados municipais eleitos. Nem sempre formados em direito, eram cidadãos comuns desejosos de servir à comunidade pelo período de um

ano. Um bastão vermelho simbolizava a autoridade do magistrado municipal. Ele era responsável pela manutenção da lei e da ordem no município, mas geralmente encontrava obstáculos na realização desse objetivo; como funcionário eleito e membro da comunidade, o juiz ordinário e sua família ficavam expostos às ameaças e pressões dos fidalgos e de outros indivíduos e grupos poderosos. Em contrapartida, o magistrado municipal podia abusar da autoridade para favorecer amigos e parentes. Essas falhas levaram a Coroa a criar, já em 1352, o cargo de juiz de fora (literalmente, juiz que vinha de fora) para substituir o juiz municipal em certas comunidades. Nomeados pelo rei, os juízes de fora eram, teoricamente, menos sujeitos a pressões locais. Além disso, a política da Coroa era garantir que esses magistrados não tivessem ligações pessoais nas áreas de sua jurisdição. Como os juízes municipais, os magistrados reais podiam ouvir casos civis e criminais em primeira instância, exceto aqueles que envolvessem prerrogativas reais. Em 1580, a autoridade real e central — simbolizada pelo cetro branco do juiz de fora — já tinha suplantado o controle judiciário municipal em mais de cinquenta cidades de Portugal (p. 28-29).

A importância do Poder Judiciário foi mantida após a independência do Brasil. A previsão de um Poder Judiciário independente e formado por

juizes já estava contida na Constituição de 1824, a qual dedica dezesseis artigos ao tema. Junto com a República e a Constituição de 1891 veio a ideia de transpor para o Brasil algumas das instituições dos Estados Unidos da América. Assim, o Brasil funda um Supremo Tribunal Federal com a missão de figurar como órgão de vértice do sistema judicial brasileiro. Os magistrados tiveram prerrogativas como a vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos inseridas, também, na Constituição de 1891. A garantia da independência para julgar sempre foi uma luta constante da magistratura e da advocacia. Rui Barbosa proferiu um vigoroso e famoso discurso em defesa do Supremo Tribunal Federal quando assumiu a presidência do Instituto dos Advogados de Brasil (IAB) em 1914. Ele defendia a necessidade de que o Poder Judiciário fosse preservado em sua independência de julgar para que pudesse florescer a obra republicana e civilizatória. Ele explicou que os tribunais sempre são fracos perante os poderes de Estado. Daí a necessidade de sua proteção, em prol da garantia de uma democracia que a todos oferte justiça:

Os tribunais não usam espadas. Os tribunais não dispõem do Tesouro. Os tribunais não nomeiam funcionários. Os tribunais não escolhem deputados e senadores. Os tribunais não fazem ministros, não distribuem candidaturas, não elegem e deselegem presidentes. Os tribunais não comandam milícias, exércitos e esquadras. Mas, é dos tribunais que se temem e tremem os sacerdotes da imaculabilidade republicana (p. 166).

A preocupação de Rui Barbosa se referia às propostas urdidas nas sombras contra a independência do Supremo Tribunal Federal. Elas eram

maldosamente sussurradas e defendiam que os magistrados da mais alta corte poderiam ser interpelados pelo Senado para apurar algum eventual crime de responsabilidade em razão de suas decisões. Cabe notar que o discurso de posse no IAB, de 1914, soou forte em prol da defesa do lógico ponto de vista de que não seria possível aferir potencial crime de responsabilidade a partir de decisões judiciais. Como bem relembra Alberto Venâncio Filho, aquele era um período no qual o país estava submetido ao Estado de Sítio, decretado pelo então Presidente, Hermes da Fonseca. O Estado de Sítio seria, ainda, prorrogado pelo novo Presidente da República, Venceslau Brás, que havia tomado posse em 15 de novembro daquele ano:

A série de *habeas corpus* impetrados no ano de 1914 iniciou-se com o pedido por Rui Barbosa em nome de Irineu de Melo Machado e de Pedro Gonçalves Moacir, todos membros do Congresso Nacional, e outros dois deputados, contra o risco de prisão iminente, de que se consideravam ameaçados por parte do Governo Federal durante o estado de sítio em vigor, e que seria prorrogado.

A defesa de Poder Judiciário independente era – e continua sendo – crucial para que seja possível termos tanto uma cidadania substantiva, quanto para termos um Estado Social e Democrático de Direito. A próxima parte desta palestra será dedicada ao conceito de cidadania.

3. Cidadania Respeitada!

Como indicado na seção anterior, a existência de uma magistratura forte se refere – e tem consequências diretas – à possibilidade de termos um

Poder Judiciário efetivo, que tenha condições de assegurar direitos civis, políticos e sociais. Porém, para que possamos avançar, cabe anotar que o conceito de cidadania precisa ser deslindado. A construção conceitual de uma cidadania, a partir de um ponto de vista bastante elementar, poderia se referir à capacidade pela qual a pessoa possa exercer seus direitos políticos. Esse conceito minimalista de cidadania resume ao papel de participante na vida política e é claramente tributário de uma construção que considera a participação política – e eleitoral – como a base da existência cidadã. A participação política, desde as origens constitucionais do termo cidadania, está relacionada com a construção do Estado nacional. No caso da França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, é bem exemplificativa:

Artigo 6. A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de participar pessoalmente, ou por meio de seus representantes, de sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para aqueles que protege, seja para aqueles que ela pune. Todos os cidadãos são iguais aos seus olhos, sendo igualmente admissíveis, para todos, as honrarias, posições e empregos públicos, de acordo com suas capacidades e sem outra distinção além das suas virtudes e dos seus talentos.

Cabe sempre frisar que a Declaração faz parte do ordenamento jurídico francês até os dias de hoje, sendo considerada como uma parte relevante de sua Constituição. No caso dos Estados Unidos da América, a Constituição, também de 1789, definia, nos seus artigos iniciais, que as posições políticas só poderiam ser providas por cidadãos daquele país:

deputados federais (*representatives*), no artigo 1º, seção 2; senadores, no artigo 1º, seção 3; e presidente, no artigo 2º, seção 1. Ela também definia que os cidadãos de qualquer Estado da União teriam os mesmos direitos que os demais cidadãos dos demais Estados (artigo 4º, seção 2). O texto mais importante sobre cidadania, no caso dos Estados Unidos da América, contudo, derivam da 14ª Emenda Constitucional, de 1868. Essa Emenda foi aprovada pelo Congresso dos Estados Unidos da América ao final da Guerra Civil de Secessão, na qual os Estados do Sul daquele país decidiram formar outro país para poder manter a escravidão. A primeira seção da 14ª Emenda é claramente um dispositivo de igualdade:

XIV Emenda. Seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição, portanto, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado no qual elas residem. Nenhum Estado poderá criar ou aplicar qualquer lei que venha a reduzir os privilégios e imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá qualquer Estado privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem poderá negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção pelas leis.

Uma pergunta interessante pode surgir a partir da leitura do dispositivo acima transcrito: os estrangeiros possuiriam a mesma proteção pelas leis, dada a expressão “(...) nem poderá [qualquer Estado] negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção pelas leis”? Em primeiro lugar, cabe indicar que a Constituição dos Estados Unidos visa proteger o cidadão em face do poder estatal. Logo, a discriminação entre particulares não é claramente coibida pelo texto constitucional, que se

dirige contra os Estados. Foi preciso uma longa evolução jurídica para se chegar aos termos das Leis Federais dos Direitos Civis (*Civil Rights Acts*, de 1964 e de 1968), que fortaleceram a proteção dos cidadãos daquele país contra a discriminação. A primeira lei, de 1964, interditou a discriminação no mercado de trabalho. Já a segunda lei, de 1968, proibiu a discriminação no mercado imobiliário.

A segunda questão se refere às leis federais que regulam a entrada, a permanência e a saída compulsória de estrangeiras. Parece claro que é possível realizar um tratamento discriminatório no que se refere a tais questões, por motivos óbvios. Afinal, a própria condição jurídica de estrangeiro é que atrai a aplicação de regras jurídicas relativas à imigração. Todavia, a questão se complica quando se pensa em situações mais amplas, tais como a aplicação da 4ª Emenda. Essa Emenda trata do devido processo legal. Não parece que seja aceitável, nos Estados Unidos, permitir que os procedimentos e processos judiciais e administrativos não observem os ritos do devido processo legal. Nesse sentido, uma atuação arbitrária do Estado, como a inobservância do direito de defesa, poderia ser atacada como inconstitucional.

Essa menção à Constituição dos Estados Unidos da América coloca um tema muito pertinente ao debate, que é a expansão do conceito de cidadania para além da fruição dos direitos políticos e civis. É conhecida a formulação do direito em termos de gerações. Os direitos civis e políticos, nessa leitura, seriam direitos de primeira geração. Nesse sentido, eles seriam fortemente marcados por uma cultura original do liberalismo, pela qual se visam reconhecer os direitos dos indivíduos em face do Estado. A noção de inviolabilidade da vida íntima e da esfera privada é um bom exemplo. Fica evidente a ideia de proteger os cidadãos contra o potencial arbítrio do Estado. Tais direitos civis englobaria, ainda, o direito à

liberdade e à propriedade, como inerentes à condição de cidadão. É claro que os mesmos direitos poderiam ser restringidos. Apesar disso, tal restrição exigiria a realização de diversos procedimentos claros e, por óbvio, contraditáveis pelos cidadãos envolvidos. Além dessa primeira geração de direitos, existe a formulação de uma segunda geração: os direitos econômicos, sociais e culturais.

É nesse momento que se torna importante mencionar o conceito do Estado Social e Democrático (*Demokratischer und sozialer Bundesstaat*), como descrito na introdução. Essa formulação, ainda que prenunciada no início do Século XX, somente terá sua maior expressão no período posterior à Segunda Guerra Mundial, quando inscrita em diversos textos constitucionais. Ainda, ela veio a se efetivar por meio de diversas políticas públicas colocadas em marcha por vários países. Assim, além de ela ter sido afirmada pelos textos constitucionais, ela foi estruturada com o objetivo de buscar efetividade aos direitos de segunda geração. A Lei Fundamental de Bonn (*Grundgesetz*) possui essa expressão no seu artigo 20. A Constituição da República Portuguesa de 1976, no seu artigo 2º, assim define a sua ordem política e institucional:

A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

Assim como ocorrerá com a Constituição brasileira de 1988, o texto constitucional português é analítico e perfaz uma detalhada exposição sobre os direitos econômicos, sociais e culturais. No mesmo sentido está a Constituição do Reino de Espanha, de 1978, que dedica vários dispositivos em prol da promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais. Também a Constituição francesa, da Quinta República, de 1958, prevê – nos seus artigos 69, 70 e 71 – um Conselho Econômico, Social e Ambiental, com a função de acompanhar a produção da legislação concernente a esses temas.

O que podemos depreender desses elementos de direito constitucional comparado é que os textos constitucionais mais modernos, dos diversos países do Ocidente, vieram a consagrar o que havia sido determinado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966 com o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O Brasil, inclusive, incorporou esse tratado internacional ao seu ordenamento jurídico por meio do Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992, que o promulgou. Fica evidente, portanto, que o conceito de cidadania não se resume apenas a fruição da nacionalidade e, muito menos, apenas de direitos civis e políticos. O conceito de cidadania, ao longo do século XX se expandiu para incluir toda uma nova gama de direitos, que possuem caráter coletivo, como os direitos econômicos, sociais e culturais. A razão para isso deriva da constatação de que não é possível a plena liberdade individual se a ordem social e econômica do país estiver em situação de penúria.

4. Conclusão: o Poder Judiciário como fiador do futuro

A partir da presente exposição foi possível identificar que há uma evidente relação entre a outorga e garantia de acesso a direitos com a

existência de um Poder Judiciário e de uma magistratura forte. O Poder Judiciário é – como relembramos na acepção de Rui Barbosa – um poder fraco do ponto de vista econômico. O tesouro nacional está sob o zelo do Poder Executivo, ao qual se submetem, também, as forças de segurança, que possuem a capacidade de executar as sanções. O Poder Judiciário também não possui a prerrogativa de criar cargos ou encargos. Ele deve respeito ao Poder Legislativo para tanto, uma vez que esse é o último definidor do orçamento geral. O Poder Judiciário não possui sequer iniciativa, já que depende do impulso processual das partes para poder agir. Contudo, a ele é reservado o papel de intérprete final da interpretação e aplicação das leis e da Constituição. É possível dizer que é de sua fraqueza que emerge sua força. Por não ser ativo, possui a palavra final. Pode declarar a ilegalidade ou inconstitucionalidade de atos administrativos, bem como determinar a execução de medidas legais para assegurar a fruição de direitos.

É essa prerrogativa – outorgada pelas cartas constitucionais dos mais diversos países do Ocidente – que precisa ser preservada e respeitada. Defender a existência de um Poder Judiciário forte é um dever de todos os cidadãos comprometidos com a formação de um Estado de Direito que tenha caráter social e democrático, como explicado. A forma encontrada pelo Poder Constituinte Originário de 1988 é clara: independência para julgar e autonomia para funcionar. Essa solução encontra reflexo nas melhores experiências dos países mais bem-sucedidos do mundo. Com sua efetividade, o Poder Judiciário – e a magistratura – pode cumprir o seu papel constitucional de colaborar com os demais poderes da nação em prol tanto do desenvolvimento cívico-político, quanto da evolução social, econômica e cultural. O Poder Judiciário, assim, poderá ser o guardião do futuro, que será desenhado pela sociedade brasileira nos dias de hoje.

Acredito nas Instituições Democráticas, tenho fé nas pessoas!
Acredito no Brasil!

Deus abençoe a todos! Ilumine a Magistratura e a cidadania brasileira.

Magistratura forte, cidadania respeitada.

Muito obrigado.