

O PODER JUDICIÁRIO, O CONTROLE EXTERNO E A TEORIA DOS PODERES INDEPENDENTES

Raul José de Galaad Oliveira¹

RESUMO

Muito embora tenha ocorrido a reforma do judiciário em 2004 o controle cívico externo não foi contemplado, permanecendo um controle majoritariamente corporativo, expressando, portanto, a vontade parcial do judiciário, e não a vontade geral da sociedade. A análise do poder judiciário e do controle externo à luz da teoria dos poderes independentes e da teoria da vontade merece assim ser revisitada.

Palavras-chave: Reforma do judiciário. Teoria dos poderes independentes

ABSTRACT

Although it has occurred to reform the judiciary in the 2004 civic external control was not included, leaving a mostly corporate control, expressing thus the will part of the judiciary, not the general will of society. The analysis of the judiciary and external control in the light of the theory of independent powers and will theory deserves to be revisited.

Key-words: Reform the judiciary. Theory of independent powers.

INTRODUÇÃO

Que papel pode ter o controle externo no funcionamento do Judiciário? O Judiciário é órgão ou poder? Ou os dois? Enquanto instância derivada do poder originário, o Judiciário está imune a qualquer controle? Qual a razão de ser da independência e da harmonia entre os poderes? Que função pode desempenhar a vontade geral e a parcial em relação ao Judiciário? A vontade corporativa opõe-se ao controle externo? O Judiciário é independente da vontade soberana que o institui?

Essas são algumas dúvidas que este trabalho irá contemplar. Afinal, o debate sobre o Judiciário é de indispensável e constante interesse para a construção de uma sociedade brasileira mais justa. Apresentamos, aqui, algumas considerações sobre as disfunções e possibilidades do sistema judiciário.

¹ Professor de Direito Administrativo (graduação) e Direito Ambiental (mestrado) da Universidade Federal do Amapá – Unifap. Doutor em Direito e Especialista em Direito Constitucional pela UFMG. Coordenador do Mestrado em Direito Ambiental e Políticas Públicas da Unifap

1 PODER JUDICIÁRIO: PODER OU ÓRGÃO

Já se tornou lugar comum no debate sobre a *efetiva* reforma do judiciárioⁱ, entre aqueles que a combatem, a idéia de que o controle externo feriria o princípio da separação dos poderes. Totalmente equivocada essa concepção.

Em primeiro lugar, a Constituição Federal consagra no Artigo 2º a ideia de que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são poderes independentes e harmônicos entre si. Mas tal separação configura-se não no plano institucional, mas sim na dimensão orgânica. Isso porque os “três poderes” são meramente órgãos do poder de Estado, com as atribuições típicas de, respectivamente, legislar, administrar e julgar. Constituem-se em órgãos especializados nessas competências, cumprindo cada qual atribuição essencial para o funcionamento do próprio Estado. É de se observar que a palavra órgão, sob o auspício da influencia da biologia sobre o direito, designa apenas uma parte do corpoⁱⁱ. Assim, o Judiciário, como órgão que é, pertence a um corpo maior, que de forma imediata é o Estado, e de forma mediata é o povo do país. É extremamente ilustrativo lembrar que o Código Processo Civil, em referência ao Ministério Público e ao Judiciário, denomina-os, nos artigos 85 e 86, de, respectivamente, *órgão do Ministério Público* e *órgãos jurisdicionais*ⁱⁱⁱ.

O órgão judiciário pertence à estrutura do Estado. Os princípios que orientam sua organização estão expressamente previstos na Constituição Federal. Tanto na ótica do direito constitucional como na do direito administrativo, o Judiciário é um órgão do Estado^{iv}. Da mesma forma, o Legislativo e o Executivo são órgãos do poder de Estado. Como órgão que é, o Judiciário não se constitui por um poder próprio. O Judiciário, como os demais poderes, só foi criado por obra e graça do legislador constituinte, que no exercício de seu poder originário, acreditou ser importante ele estar previsto na nossa Constituição. Assim, no plano do direito constitucional comparado, podemos citar a Constituição da Colômbia, que de forma altamente técnica e muito acertada, preceitua que *son órganos del poder de Estado* o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Tão só órgão, nada mais.

Outro aspecto que deve ser ressaltado é que o poder do Estado não é tripartite, mas uno. Desde o advento da Escola clássica da soberania, na França, uma das características fundamentais do poder soberano é a unidade; e sua segunda peculiaridade, até reforçando a primeira, é a indivisibilidade do poder. Por isso mesmo, o parágrafo único do Artigo 1º da Constituição brasileira comanda que **todo o poder emana do povo**. Claro e cristalino, o texto não diz que todos os poderes emanam do povo, mas tão só que *todo o poder* emana do povo,

no sentido de que esse poder é único. A objetividade e simplicidade gramatical elidem a dúvida de qualquer intérprete. Contudo, como compatibilizar a interpretação do parágrafo único do Artigo 1º com o Artigo 2º? Não estamos autorizados, do ponto de vista científico, a dizer que os dispositivos da Carta Maior são contraditórios. Cabe-nos, enquanto juristas, buscar o sentido e o real alcance da norma. A Constituição não entra em contradição consigo mesma. De onde a necessidade de sempre nos orientarmos pela sua unidade fundamental, pela harmonização de seus preceitos. Sendo assim, não há o que se falar sobre independência do poder judiciário. No máximo, poderíamos dizer independência dos órgãos, já que enquanto órgãos são independentes entre si; ou poderíamos dizer, separação de funções, vez que cada órgão cumpre uma função típica específica, constitucionalmente prevista. Onde se lê poderes independentes interprete-se órgão independente ou separação de funções. Dessa forma, o texto se harmoniza. Interpretar no teor exclusivamente gramatical do Artigo 2º seria conferir menor importância ao Artigo 1º, que, no nosso entender, tem ascendência sobre o posterior, a começar pela sua antecedência lógica e topológica no texto constitucional, a indicar a *fundamentalidade*, a *primacialidade* que lhe conferiu o legislador constituinte^v (GALAAD OLIVEIRA, 2000).

2 PODERES CONSTITUINTE E CONSTITUÍDO

O Poder Judiciário – ou como vimos, de forma mais correta, o Órgão Judiciário - não se autoconstitui, mas é um poder decorrente, secundário, derivado da ordem instituída pelo legislador constituinte, esse sim munido de um poder originário, primário, mas não autoconstitutivo, vez que foi instituído pela coletividade cívica nacional - o povo brasileiro. E é justamente o povo brasileiro que detém a titularidade do poder nacional.

A soberania desdobra-se em duas dimensões fundamentais: a constituinte e a constituída. A soberania constituinte é a soberania maior, e tem como titular o povo. Na impossibilidade do povo reunir-se em uma grande Assembléia Nacional Constituinte (ANC) ele investe determinados representantes para ali atuar. Justamente por isso, a ANC tem um poder quase que ilimitado – segundo alguns teóricos, ilimitado; segundo outros, o único limite a que estaria submetida seria o respeito aos direitos naturais do ser humano, que não podem ser afastados no trabalho de elaboração da Constituição do país. Os direitos naturais constituir-se-iam em princípio de referencialidade obrigatória, a que estariam jungidos todos

os constituintes. O legislador constituinte brasileiro assumiu essa segunda perspectiva, ao se submeter aos conteúdos de instituição relacionados no Preâmbulo da Constituição, que declara solenemente:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. (BRASIL, 2009)

Dito de outra forma, os constituintes aceitaram o histórico encargo de fundarem um estado democrático que assegurasse o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Todos esses itens integram a pauta de valorações a que o constituinte teve de se ater. Esses valores, quase sempre procedentes do universo discursivo do jusnaturalismo, inseriram-se no referencial ontológico a que o constituinte no seu trabalho de construção lógica da constituição não pode se afastar.

A Assembléia Constituinte recebe amplos poderes do povo, que detém a soberania constituinte. Em relação ao povo, a ANC é constituída, e o povo é o constituinte. No entanto, a partir do momento em que inicia os seus trabalhos de elaboração da constituição, a Assembléia Constituinte passa a deter poder originário - um poder que será constituinte em relação a tudo mais que há de ser estabelecido.

Precisamente, que papel ocupa o Judiciário nessa arquitetura política? O Judiciário é um poder secundário, em relação à ANC. É poder derivado dos trabalhos constituintes, pois é a partir daí, que ele será criado. Por obra do Poder Constituinte da Assembléia é que o Judiciário será estabelecido. O Judiciário é assim órgão instituído pelo povo constituinte, que o constitui através do seu poder investido na Assembléia Constituinte.

Na relação jurídica que se estabelece entre constituinte e constituído a vontade determinante é ou deve ser a do constituinte. Ainda que no mandato esteja prevista a possibilidade de autonomia do constituído na gestão do interesse do constituinte a vontade que a final determina o campo de ação, a renovação, a ampliação ou redução de poderes e a sua revogação é a do constituinte. Ainda que originada do direito civil, e tendo adquirido feição pública, através da teoria da imputação, que confere mais autonomia ao representante-constituído, no que diz respeito ao mandato político, essa liberdade de ação não vai a ponto de

prescindir por completo da intervenção do constituinte-representado. Por isso, de tempos em tempos, o constituinte é chamado para renovar ou revogar, através de sua participação no processo eleitoral, o mandato conferido ao seu constituído-representante. Caso não considere de boa qualidade o trabalho desenvolvido pelo representante, o representado, agora constituinte através da eleição, designará outro representante para ocupar a posição daquele que foi avaliado negativamente. Essa tem sido a regra reinante em relação àqueles que exercem um mandato político, seja do Órgão Legislativo, seja do Órgão Executivo.

A ideia de poder constituinte e órgãos constituídos é essencial à compreensão da sociedade democrática contemporânea. Os três grandes órgãos do poder de estado, também conhecidos como Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, são instituídos em decorrência da vontade do poder instituinte – que, como vimos, é a assembléia nacional constituinte que age em nome do povo - esse sim titular do poder.

A posição ocupada pelo povo, verdadeiro titular da soberania, é a de, através de seus representantes, reunidos numa grande assembleia constituinte, instituir os órgãos, princípios de organização do estado e a declaração de direitos e garantias do próprio cidadão - a fim de que permita o pleno funcionamento do estado segundo os preceitos do direito e da democracia.

Os órgãos estruturados para o funcionamento do estado, uma vez mobilizados ou uma vez em ação, constituir-se-ão em órgãos de exercício da soberania - da qual é senhor o povo. Assim, a soberania em movimento desdobra-se em dois momentos: o da sua fundação, que se refere ao povo, portanto soberania constituinte, e o de seu exercício efetivo no cotidiano, que se refere à ação institucional desses órgãos na realização de suas competências. Portanto, o exercício que os órgãos do poder realizam, em decorrência da delegação recebida, denomina-se soberania constituída.

Se não restou nenhuma dúvida em relação à soberania constituinte ou à soberania constituída cabe-nos indagar: a final quem manda mais, a soberania constituinte ou a soberania constituída? Obviamente é a soberania constituinte, pois é ela quem, enquanto poder originário institui os órgãos ou *poderes* derivados. E esses são derivados justamente por decorrerem de um poder que lhes é superior.

A natureza do poder exercido pelos órgãos legislativo, executivo e judiciário é sempre derivada do poder constituinte do povo. Sendo assim, desses órgãos só pode decorrer poder instituído subalterno ao poder constituinte. O constituído não pode ser superior ao seu constituinte. Pensar diferente seria paradoxo lógico.

3 INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS ÓRGÃOS DE PODER

O ditame contido no Artigo 2º da Constituição Federal ao estabelecer o Legislativo, o Executivo e o Judiciário como Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, tem provocado, no campo da sua interpretação, exageros teóricos, que contribuem mais para esclarecer interesses do que propriamente para elucidar o seu sentido.

O vocábulo *independente*, em relação aos poderes, tem a função de esclarecer que cada um desses *poderes* não é dependente um do outro, não guarda relação de subordinação ou hierarquia em relação aos demais. Independente também no sentido de que cada poder foi instituído e organizado para cumprir principalmente uma função típica. Percebemos, ante o exposto, que o nosso representante constituinte, ao aprovar nossa constituição, não radicalizou, pois poderia ter incorporado também a idéia de separação entre os poderes. Não o faz. Pelo contrário, declara que os poderes são também harmônicos entre si.

Harmonia, na linguagem constitucional, entendemos como sendo a necessidade de colaboração entre os poderes. Embora, sistematicamente apontado como autor da idéia da separação entre os poderes, é bom que se diga que o maior mérito de Montesquieu foi o de ter sustentado a especialização funcional dos poderes, e soube ele muito bem perceber a indispensável colaboração que se deve estabelecer entre os três poderes^{vi}.

Ínsita na ideia de harmonia está a de entendimento e cooperação entre os poderes. Isso porque, enquanto órgãos que são, pertencem todos à estrutura da União. Interpretação gramatical decorrente do texto expresso da Constituição, *são poderes da União*, não deixa dúvida quanto ao sentido de que esses poderes pertencem à União. Ao usar a preposição *da*, o constituinte está estabelecendo que os *três poderes* se reportam à União. Mas por quê? Porque na estrutura federal brasileira, a União é o órgão que expressa a soberania nacional. É através da União que a soberania geral do povo é mobilizada. Ou seja, aqui também a soberania desdobra-se em dois momentos: o da soberania titularizada pelo povo, e o da soberania em exercício, que através do seu órgão maior, a União, representa e coloca em ação aquela que é a vontade geral do povo. Como maior órgão da soberania em exercício, a União é o ente que confere unidade à ação soberana do Estado.

A titularidade da soberania, ou seja, o fato jurídico da soberania pertencer ao povo, confere à soberania uma unidade fundamental. Por outro lado, a soberania em exercício da União também possui uma unidade, na medida em que é possível a esse ente mobilizá-la nacionalmente para um determinado propósito. O critério para o governante nacional saber se

sua ação está eticamente fundada orienta-se pela necessidade da soberania exercitada pela União, pelo Estado, estar em correspondência com o anseio expresso pelo povo através de sua vontade geral, que por sua vez é medida pelos consensos fundados na maioria^{vii}.

Em face dessas considerações, como podemos situar o Legislativo, o Executivo, e muito especialmente o Judiciário? Todos os três estão ligados à estrutura da União. À soberania nacional conferida ao Estado, os três, enquanto órgãos da estrutura da União realizam parcela da soberania, no campo de sua especialização funcional. Há assim a possibilidade da soberania se fracionar, quando colocada em ação. Isso porque nos estados contemporâneos a ação nacional, o encaminhamento de políticas públicas, as decisões fundamentais para a coletividade nacional são implementadas através das diversas e das múltiplas organizações civis e públicas, entes e órgãos do Estado. Por isso, é possível que no seu exercício a soberania se fracione sem, contudo, perder sua unidade fundamental naquelas questões de interesse geral.

A ideia de independência e harmonia dos poderes, e muito em particular em relação ao judiciário, não exclui, muito pelo contrário, implica na necessidade de existência de mecanismos de controle recíproco entre os órgãos legislativo, executivo e judiciário. A questão mais complexa fica na medida em que cada um dos órgãos, além das funções típicas, exercita também funções atípicas. O Judiciário, além de julgar, também administra e legisla, quando, p. ex., respectivamente, designa seus servidores, e estabelece seu regimento interno.

A independência só há que ser entendida em relação de um poder ao outro. A harmonia, da mesma forma, tem de ser compreendida como a imprescindível colaboração entre órgãos pertencentes a uma mesma estrutura comum. No primeiro caso, para que um poder não açambarque a competência do outro. No segundo, para que possa ser estabelecido consenso em torno das questões fundamentais para a coletividade e indispensáveis de ser efetivadas pelo poder público.

4 VONTADE GERAL E VONTADE PARCIAL

O compromisso que cada cidadão tem com a comunidade na expressão de sua vontade geral funda a própria eticidade republicana do mundo contemporâneo. Através da vontade geral se afere o interesse público nas questões mais fundamentais da sociedade (ROSSEAU, s/d). O fato de se adequar ao interesse público, que representa os desígnios mais

permanentes da sociedade, é que serve de critério para aceitar como eticamente correta as escolhas e decisões contidas na vontade geral. Se as decisões se pautam por interesses transitórios, ou interesses privados, não serão eticamente válidas - ainda que expressem a vontade de todos. Daí a primeira diferença. Ainda que seja de todos, ainda que seja unânime, a vontade é imprestável, do ponto de vista ético, se não se adequa ao bem público. Para ser considerada como expressão da vontade geral a vontade deve ter um poder de generalidade e de permanência a fim de atender o bem comum.

Ora, se até mesmo a vontade de todos é alijada do esquema rousseauiano, em função do seu desajuste ético, em pior situação fica a vontade parcial, que expressa tão só o seu compromisso com o interesse particular de um determinado grupo. Esta atende apenas aos interesses imediatistas e privados daquele segmento social. Contudo, algo há de comum entre a vontade de todos e a vontade parcial: ambas sucumbem aos apelos dos interesses particulares.

Assim, nesse esquema, o ideal é que a sociedade se organize sem a intervenção de grupos e organizações. O cidadão tem de contribuir individualmente a fim de estabelecer a vontade geral. Para isso acontecer não pode ser permitida a presença de ordens intermediárias na sociedade. Rousseau entendia que esse tipo de organização da democracia, ou seja, sem a intermediação, só seria possível em sociedades menos densamente povoadas – aí sim ganharia efetividade a ideia de participação direta do cidadão na vida do Estado.

Obviamente, no mundo contemporâneo, as condições de possibilidade de uma organização política e social sem a interveniência de grupos intermediários na relação cidadão-Estado é fadada ao insucesso, ou praticamente impossível.

O Estado contemporâneo é um tipo de organização altamente complexa. Na maior parte, os territórios são extensos, sendo poucos os estados de diminuta extensão. Quase todos são densamente povoados - mesmo os pequenos estados. Agregue-se a isso a quantidade de demandas sociais que devem ser atendidas nas sociedades contemporâneas. Por tudo isso, forma-se uma ampla rede pública e privada, a fim de atender as contínuas demandas da sociedade. No plano político, a sociedade é multifacetada, com organizações sociais e políticas postulando direitos e representando os mais diversos interesses.

No contexto de sociedades complexas, a existência de diferentes grupos e organizações é necessária e indispensável para o seu funcionamento, pois criam comunhão em torno de determinados interesses. Impacto maior e maior possibilidade têm de ser atendidas àquelas demandas expressas através da ação coletiva organizada.

Além desses interesses coletivos ou grupais, uma ampla rede de instituições e órgãos do estado é montada a fim de atender as solicitações, interesses e direitos individuais.

Na multiplicidade de interesses existentes, a manifestação da vontade geral se torna mais problemática, pois as vontades parciais que disputam espaços entre si pleiteiam-no também em relação ao Estado. Ou seja, lutam para transmutar vontades parciais, muitas vezes meras vontades corporativas, em vontade nacional expressa na lei. Contudo, mesmo que transformada em lei, essa vontade, ainda que erigida como nacional, não é eticamente válida, pois contrasta com a generalidade e permanência - a fim de atender o interesse público - que toda boa norma deve ter. Aliás, o bom legislador, no sentido rousseauiano, é aquele que consegue formular leis que sejam a expressão da vontade geral.

5 ÓRGÃO JUDICIÁRIO, VONTADE CORPORATIVA E CONTROLE EXTERNO

A exacerbação com que alguns segmentos jurídicos refutam a ideia do controle externo do judiciário demonstra, a nosso ver, uma grande fé na infalibilidade desse poder, ou que, pelo menos, as reformas a serem empreendidas devem atacar apenas aspectos não pertinentes ao controle, tais como procedimento, extinção de recursos, diminuição de prazos, contratação de servidores, mecanismos mais ágeis e fortes para fazer valer as decisões e diversos outros mecanismos que podem contribuir para a maior funcionalidade do órgão judiciário.

Acreditamos que mudanças no sentido da atualização de nosso Código de Processo Civil devem ser contempladas dentro de uma grande reforma do nosso sistema processual.

Atemo-nos, não obstante, a um aspecto específico, qual seja a urgente e indispensável necessidade de se estabelecer mecanismos de controle externo do judiciário pela sociedade – ao lado do controle quase corporativo que já existe. Esse tipo de mudança no nosso judiciário não tem nada a ver, absolutamente nada a ver, com a indispensável mutação de nosso sistema processual. Isso não passa de **tática diversiva** para atrair a atenção para a outra face da moeda, que não deixa de ser importante, mas que não tem o destemor de arrostar bem de frente, na arena discursiva do espaço público, o problema basal de nosso judiciário, que é a inexistência de controle cívico sobre ele.

E isso é tão ou mais formidável, pois como um dos órgãos do poder de Estado, o Judiciário é independente e se harmoniza com o Legislativo e o Executivo. Diferentemente, desses dois últimos poderes, que sofrem o controle político dos cidadãos, que periodicamente renovam ou revogam o mandato dos representantes eleitos para esses cargos, o Judiciário não recebe qualquer tipo de avaliação cívica do povo. Já que o nosso sistema político optou por não designar nossos juízes através de eleição, como ocorre em outros países, não se justifica a inexistência do controle externo, já que como órgão de exercício de parcela da soberania, o Judiciário foi tão constituído como os demais poderes. Se esses sofrem controle do povo, não há por que afastar o povo do controle do judiciário. Esse é um paradigma da sociedade contemporânea: estabelecer mecanismos de controle sobre as instituições existentes.

Interpretando o Judiciário como sistema, encontramos um catálogo de disfunções que comprometem o seu labor. Não há como fechar os olhos e ignorar os escândalos envolvendo o órgão Judiciário nos últimos tempos. Sem entrar na minudência da descrição dos casos, os fatos, principalmente os mais recentes, permitem-nos, através da indução, estabelecer, por hora, algumas generalizações quanto às disfunções do Judiciário: (1) Quando um juiz julga a favor de outro juiz, ou dos familiares do outro juiz, contra o sentimento geral de justiça do povo, há que se indagar se realmente o julgador se orienta por critérios éticos ou pelo simples zelo e solidariedade corporativa. No domínio das vontades, o zelo corporativo, se verificado no caso descrito, constituir-se-á tão só na expressão do triunfo de uma vontade corporativa sobre o interesse público contido na vontade geral. (2) Na apuração das infrações possivelmente cometidas por juízes não fica visível para a sociedade a atuação da Corregedoria Judicial. A transparência é fundamental nas sociedades democráticas; orienta a Administração em geral, e deve orientar o trabalho das Corregedorias internas. (3) É escandalosamente desproporcional à sociedade a magnitude das denúncias contra magistrados e o resultado punitivo contra quem é processado, julgado e responsabilizado.

Na maioria absoluta das vezes, sequer é aberto procedimento ou ocorrência contra a ação delituosa do magistrado, pois ele conta com o acobertamento das instituições do Estado. A imagem social que fica é a de que magistrados não são punidos por suas infrações, enquanto o cidadão do povo o é. (4) Tem sido muito mais comum voto e moção de solidariedade referendada por tribunais, quando um de seus integrantes é acusado da prática de ilícitos, do que a ação efetiva no sentido de se verificar as denúncias e, conseqüentemente, inocular publicamente e o mais rápido possível os magistrados acusados. O tribunal, nesse caso, tem de ser o maior interessado na desafetação da imagem de qualquer um de seus

membros. (5) Juízes acusados de crimes hediondos ou que gerem forte comoção social, tais como, envolvimento com o narcotráfico, associação ao crime organizado, venda de sentenças^{viii}, crimes contra a previdência, pedofilia devem ser diligentemente investigados, para que não se corra o risco de se estender o manto protetor do corporativismo sobre juízes que estão moral e eticamente descomprometidos com a sociedade. (6) A ação delituosa de juízes, seja no campo administrativo, civil ou criminal, sem que venha a ser responsabilizada permitem-lhes a utilização da instituição do Estado como *locus* privilegiado para a continuidade delitiva, com superior vantagem em relação aos demais infratores comuns. (7) Juízes que praticam delitos e não sofrem punição rompem a moralidade legal e o mínimo ético estabelecido pelo consenso social. (8) Juízes ou tribunais que não condenam magistrados infratores rompem a moralidade legal e o mínimo ético estabelecido pelo consenso social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que vimos nossa posição está amparada na convicção de que o Judiciário, juntamente com o Legislativo e o Executivo, constitui-se em órgão do poder de Estado, instituído pelo Poder Constituinte originário, por delegação expressa do povo. A soberania constituinte pertence ao povo, e a soberania constituída cabe, no plano da ação nacional, à União. Contudo, a fim de garantir uma ação mais conseqüente, o órgão judiciário, recebe parcela do poder para cumprir as competências que lhe foram designadas. Esse poder recebido permite ao judiciário sua independência funcional em relação aos demais poderes, com os quais também deve colaborar, em razão de pertencer, como os demais, à mesma estrutura do poder de estado. Todavia, o Judiciário não independe da vontade soberana que o institui.

A vontade geral do povo decorre da soberania que lhe pertence originariamente - e essa vontade soberana é superior à vontade corporativa do Judiciário, que é parcial em relação à vontade geral. A vontade geral é orientada pelo interesse público, de caráter mais permanente, e tem ascendência sobre todas as vontades parciais dos diversos agrupamentos, organizações e mesmo instituições – que são sempre fracionárias em relação àquela que se reveste de unidade fundamental.

A origem da idéia de independência funcional ao invés de elidir a possibilidade de controle externo do judiciário a corrobora. O receio que às vezes chega até ao asco, em

relação ao controle externo do Judiciário, é infundado. O controle externo permite o domínio da qualidade, afastando, portanto, as disfunções que forem localizadas. Um órgão judiciário que fortaleça cada vez mais seu papel na sociedade e goze de prestígio e respeito social é o que todos nós almejamos.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, Nylson Paim de (Org.). *Brasil: constituição federal, código civil e código de processo civil*. 3. ed. por Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008.

GALAAD OLIVEIRA, Raul José de. O preceito da soberania nas constituições e na jurisprudência brasileiras. *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, abr./jun. 2000, p. 153-173.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Abril, s/d. (Coleção Os Pensadores)

NOTAS:

Desde o final do séc. XX muito se tem discutido sobre a reforma do judiciário, debate no qual a principal e mais conseqüente proposta se refere ao controle externo. Em 2004 é aprovada a Emenda Constitucional n. 45, referente à reforma do judiciário. Representou relativo avanço, muito embora, no que diga respeito ao controle externo, seja extremamente tímida. O atual Conselho Nacional de Justiça, *verbi gratia*, é um órgão majoritariamente corporativo, já que os magistrados detêm a maioria e o poder de mando.

ⁱⁱ Essa parcial vitória semântica da biologia sobre o direito é tomada como dado já instituído, muito embora não acreditemos nessa visão organicista.

ⁱⁱⁱ

Literalmente, prescreve o CPC: Art. 85. O **órgão** do Ministério Público será civilmente responsável, quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude. Art. 86. As causas cíveis serão processadas e decididas, ou simplesmente decididas, pelos **órgãos jurisdicionais**, nos limites de sua competência, ressalvada às partes a faculdade de instituírem juízo arbitral (grifos nossos).

^{iv} O consagrado e saudoso administrativista Hely Meirelles classifica o Legislativo, o Executivo e o Judiciário como órgãos independentes. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 69. No mesmo sentido, vide DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 428. Por sua vez, o constitucionalista José Afonso da Silva sustenta: “Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário são expressões com duplo sentido. Expressam, a um tempo, as funções legislativas, executiva e jurisdicional e indicam os respectivos órgãos”; v. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 97.

^v Essa posição sustentamos faz tempo: “O preceito da soberania é elevado à norma constitucional com o texto da atual Constituição, que de forma expressa e explícita, quase que solenemente, consagra-o em várias passagens de seu texto. Aliás, da interpretação de sua inserção topológica nas constituições em geral, e na brasileira em particular, entendemos que o mesmo tem a natureza de princípio fundamental, com caráter primacial”. (GALAAD OLIVEIRA, 2000, p. 154).

^{vi} Vide o *Espírito das Leis*, de Montesquieu.

^{vii} Muito interessante a respeito é o trabalho *Betwin facts and norms*, de autoria de Jurgen Habermas.

^{viii} Descrição de como a conduta repercute socialmente, e não da conduta típica juridicamente dita.