

Notas sobre o controle externo do Poder Judiciário*

NILO BATISTA

Professor Titular de Direito Penal da UERJ e da Universidade Candido Mendes. Presidente do Instituto Carioca de Criminologia.

Na breve comunicação que trago a este oportuno seminário, quero descartar os argumentos jurídicos que podem ser extraídos da tensão entre os conceitos de “controle externo” e de “sistema de controle interno de cada Poder”, ambos integrantes do artigo 70 da Constituição da República, que abre a Seção IX do Capítulo I, dedicado ao Poder Legislativo, do Título IV, que trata “da organização dos Poderes”. O Poder Judiciário está ali referido (art. 71, inc. IV; art. 74). Renuncio, portanto, a decifrar o enigma que pretende direcionar uma “*fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial*” da administração pública, “*quanto à legalidade*” – detenho-me por aqui na leitura do artigo 70 – sobre um Poder ao qual quis a vontade constituinte soberana entregar precisamente a decisão final sobre a *legalidade* não só procedimentos contábeis, operações financeiras e negócios patrimoniais, mas também e sobretudo das próprias *fiscalizações*. Caso prosseguíssemos na leitura do artigo 70, seríamos surpreendidos com uma impensável “*fiscalização quanto à economicidade*”. Se a economicidade representa, como frisa Oliveira Mata (RT 710/235), “*um instrumento de averiguação da relação gasto público e benefício auferido*”, como aplicá-lo com respeito a uma decisão judicial? Quem se atreveria a considerar a lucratividade das sentenças como um indicador idôneo do desempenho do Poder Judiciário?!

Estou convencido de que estamos num terreno em que a inserção do problema no seu contexto histórico e político pode iluminá-lo muito mais do que a mais bem elaborada construção jurídica.

* Intervenção no seminário *Controles*, realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 10 de maio de 2004.

Minha tese é simples: a campanha em curso, de desmerecimento do Poder Judiciário, é apenas a nova etapa da reforma do Estado, levada a cabo pelo empreendimento neoliberal, através de fantástica transferência de poder do âmbito público para o privado.

O Judiciário já começou a perder espaço. Cabe mencionar, antes de mais nada, as jurisdições internacionais que, sob o *nomos* do mercado de exploração global, avançam lenta porém seguramente, fenômeno mais fácil de ser divisado nos países centrais, já que desastres econômicos periféricos retardaram a efetividade do Mercosul. As jurisdições internacionais, que tanto seduzem juristas ingênuos, cumprem uma função oculta muito estratégica, de dissolução das soberanias nacionais, estes últimos contrafortes que poderiam opor-se ao poder sem limites das grandes corporações transnacionais. Recentemente, assistíamos estupefatos à visita de uma certa senhora Ashma, representante de uma ONU dócil e silenciosa perante as torturas de Bush em Guantánamo ou nas prisões do Iraque, que se pretendia uma espécie de corregedora internacional do Judiciário brasileiro. Porém a arbitragem é também representativa desses nacos de jurisdição com que o cutelo neoliberal vai se despedindo do Estado de bem-estar. O julgamento arbitral, que pode ser entrevisto como privatização da jurisdição, contorna certos inconvenientes do interesse público; por exemplo, neutraliza o artigo 40 do Código de Processo Penal. Alguém já se dedicou a calcular a mole de conflitos sociais massivamente desviados do Judiciário para as chamadas agências reguladoras? E, curiosamente, os mesmos órgãos publicitários do pensamento único que reproduzem preconceitos contra o Judiciário defendem que os gestores de tais agências disponham de uma espécie de mandato, da mesma estabilidade – ainda que não vitalícia – que criticam na magistratura. Aliás, no capítulo 9 de seu livro **O Caminho da Servidão**, traduzido e editado entre nós pelo Instituto Liberal, o profeta do neoliberalismo, Hayek, afirmando que “*a segurança absoluta numa sociedade livre não pode ser conquistada por todos*”, abria exceção para “*certos casos especiais, como o dos juízes*” (p. 123). Parece que seus seguidores querem ultrapassá-lo: nem os juízes devem dispor de segurança econômica, para não se converterem em perturbadores da única lei que verdadeiramente não pode ser violada, aquela da oferta e da demanda. Se se pudesse

reduzir este paradoxo a uma só situação, eu perguntaria: porque a autonomia do Poder Judiciário é vista negativamente, ao contrário da proposta – monstruosa, no meu entendimento – de autonomia do Banco Central? Só saberá responder corretamente quem conhecer o poder sem fronteiras do capital financeiro transnacional, hoje em dia. O único obstáculo a estes instrumentos privilegiados do totalitarismo comunicacional de mercado em vias de implantação, as agências reguladoras, é o controle jurisdicional de seus atos, é aquele solitário juiz que pode desconstituir a alíquota de reajustamento dos planos de saúde que afligem os aposentados, ou das tarifas telefônicas, ou dos pedágios etc. Não nos iludamos. Os mesmos fundamentos políticos que hoje dinamizam a chamada reforma do Judiciário amanhã estarão restringindo o controle jurisdicional de certos atos administrativos dessas agências, acrescentando uma ressalva ao inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República.

Também simbolicamente o Judiciário é esquartejado. Olhe-mos para essas Comissões Parlamentares de Inquérito, nas quais, geralmente, a uma baixíssima produtividade investigatória correspondem assustadores teores de invasividade e abuso de poder. São exaltadas pela mídia, porque criam – ao largo das garantias concernentes à “*intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas*” (art. 5º, inc. X CR) – um espetáculo autoritariamente grotesco, uma espécie de Big Brother da vida pública, uma correspondência pós-moderna dos autos-de-fé inquisitoriais. Este último episódio, envolvendo o bate-boca entre um ex-prefeito de São Paulo e um senador da República, jamais – e felizmente – ocorreria num espaço judicial, porque não passaria pela cabeça de qualquer juiz criminal perguntar a um réu de furto que optou pelo silêncio se, diante das provas dos autos, ele não se considera um ladrão. A Corte Suprema, que correta e corajosamente deferira ao investigado o direito ao silêncio perante aquela CPI, foi tratada pela crônica jornalística quase como cúmplice dele.

Fosse o Judiciário um Poder em ebulição sediciosa, cujos estamentos se insurgissem organizadamente contra o programa econômico, político e cultural que desde 1989 vem sendo implantado entre nós, seria fácil responder à pergunta sobre a quem interessa neutralizá-lo neste momento. Sucede que as pesquisas sobre a ma-

gistratura (mencionarei apenas duas: Luiz Werneck Vianna *et alii*, **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**, ed. Revan; Eliane Botelho Junqueira *et alii*, **Juízes – Retrato em Preto e Branco**, ed. Letra Capital) revelam o predomínio de um certo conservadorismo corporativista, que nos permite concluir que as razões do assalto à independência do Poder Judiciário estão apenas e tão somente ligadas aos inconvenientes, para as escabrosas pilhagens do capital financeiro transnacional, desta própria independência. A corporação judiciária é vista pela reengenharia institucional da nova ordem como pesada e onerosa, e principalmente como inconfiável. O discurso jurídico, que é afinal a linguagem dos atos de poder, deixou-se influenciar ao longo do tormentoso século XX pelas utopias do Estado previdenciário, temperando o individualismo de suas origens liberais burguesas. Quem imaginaria que a liberdade de contrato, pedra fundamental daquele direito privado, encontraria limites numa antes inconcebível “função social do contrato”, como dispõe o artigo 421 do novo Código Civil? Um juiz que se interesse pela “função social” dos contratos desestabiliza expectativas negociais: para o extremado (neo) liberalismo, qualquer intervenção nas cláusulas “livremente” pactuadas agride a competitividade, que é a regra de ouro da sociabilidade por ele proposta. Para esta visão, o mercado não precisa de Justiça, porque já é intrinsecamente justo. Aquele juiz incômodo pode com certeza ser neutralizado através de uma súmula vinculante, desta usurpação de poder legislativo pelo Judiciário que participa da voragem controladora.

Tem escapado à discussão a circunstância nada desprezível de que o “sistema de controle interno” (para voltar ao artigo 70 CR) do Poder Judiciário é incomparavelmente superior ao do Executivo e ao do próprio Legislativo. A garantia do duplo grau, expressa nos dispositivos recursais, torna comum que a decisão judicial seja sempre revista por outro órgão, com poder para reformá-la ou cassá-la; freqüentemente, três, quatro ou mais julgamentos intervêm na solução do conflito submetido ao Judiciário. Em qual outro Poder há tantas possibilidades de tão completamente, tão visivelmente e tão despersonalizadamente escandirem-se as questões que fundamentarão uma decisão?

Como consta da PEC nº 112-A, de 1995, de autoria do Deputado José Genoíno, texto que escolho por motivos óbvios, ao controle externo seria “*vedada a interferência no mérito das decisões e nas atividades jurisdicionais*”. Num ambiente menos circunspeto que o deste seminário, caberia comentar: não faltava mais nada. Porém o tal conselho de Justiça estaria decidindo sobre “*aquisição da vitaliciedade, aferição do merecimento para efeitos de promoção e perda do cargo do magistrado*”. Sempre acreditei, nas quatro décadas em que tenho participado da vida forense, que o merecimento fosse resultante de diversos fatores (por exemplo, probidade, assiduidade, discricção, produtividade, cortesia etc.) entre os quais sobressairia a qualidade jurídica das sentenças. Muitas vezes encontrei colegas de minha geração, que se dedicaram à magistratura, raciocinando com o percentual de sentenças confirmadas – e, num caso ou outro, registrando uma eventual referência elogiosa – para calcular suas esperanças de promoção na carreira. Não há melhor árbitro para a qualidade jurídica de uma sentença do que alguém que tenha a obrigação de estudar e decidir a mesma causa. Então, trocar a opinião – em nível estadual – do Órgão Especial pela opinião de um Conselho de Justiça, por mais respeitáveis que sejam os seus membros, é optar por um juízo menos instruído.

O controle da gestão orçamentária do Poder Judiciário responde a outro item da, permitam-me a expressão, pauta criminalizante do FMI: no caso, aquela que criou os delitos de responsabilidade fiscal, para converter os dirigentes políticos de países periféricos em meros gerentes de execução orçamentária. Está o Poder Judiciário sendo conduzido para a vala comum da subserviência orçamentária. A uma angustiante situação conflitiva, que pode levar a uma tragédia social, não poderá o Judiciário responder com a instalação de órgãos judicantes, ou quaisquer outras medidas que impliquem despesa. A espada da deusa vendada nada pode contra as sublimes exigências do *superavit* primário.

Um dos achincalhes mais freqüentes feitos ao Poder Judiciário ocupa-se do tempo da tramitação dos procedimentos, especialmente os criminais. Como se sabe, o empreendimento neoliberal vale-se intensamente de poder punitivo para o controle dos contingentes humanos que ele mesmo marginaliza, dos inúteis da nova econo-

nia. Nas narrativas jornalísticas percebe-se claramente esta tendência de olhar para os conflitos sociais a partir da limitada episteme binária infracional, reduzindo toda a sua complexidade e riqueza ao marco da transgressão à lei. No **Jornal Nacional** de sexta-feira passada, 7 de maio de 2004, logo após a notícia sobre os vultosos depósitos bancários suíços atribuídos a um líder político conservador paulista, o comentarista Arnaldo Jabor – aquele que, como já se observou, reinventou a confortável indignação a favor do sistema – responsabilizou o Poder Judiciário por uma suposta demora na revelação dos fatos. Ou seja, exatamente o Poder Judiciário, que viabilizou o *disclosure* bancário revelador, era responsabilizado pela longa e prestigiada carreira de um quadro cortejado por todos os governos federais desde os militares, inclusive, que suspiravam pelo apoio parlamentar do partido por ele dirigido e por vezes favoreceram eleitoralmente sua carreira; culpa do Judiciário!!! Quero recordar uma passagem do pensamento jurídico ilustrado, a respeito disso. Montesquieu, ao fito de prevenir abusos e excessos nos julgamentos criminais, afirmava: “será útil retardar um pouco o processo em tais casos, sobretudo quando o acusado estiver preso, a fim de que o povo possa acalmar-se e julgar com sangue frio” (**O Espírito das Leis**, L. 6^o, cap. V). Justiça criminal muito expedita costuma chamar-se justiça: o tempo do processo criminal é o tempo do devido processo legal, é o tempo de maturação e realização das garantias que os defensores do controle do Poder Judiciário desejam flexibilizar, a exemplo dos direitos trabalhistas. Como disse com a costumeira lucidez José Carlos Barbosa Moreira, “*nada mais sumário e rápido que o linchamento do réu*” (**Temas de Direito Processual**, 8^a série, ed. Saraiva, p. 5). Esta expedita truculência, na sua modalidade comunicacional pós-moderna, o “linchamento virtual”, já é largamente praticado pela mídia. Sem defesa, sem qualquer garantia, sem processo, sem reflexão, reputações – de pessoas, mas também de instituições, e até mesmo de Poderes – são arruinadas da noite para o dia, quase sempre irremediavelmente.

Não sei o que o Poder Judiciário brasileiro ganha com o chamado controle externo, mas acho que sei o que os cidadãos brasileiros perdem com ele. ◆