

## **QUAL CONTROLE? PARA QUAL JUSTIÇA?\***

**José Ribas Vieira**

Prof. Titular – Direito UFF

Prof. Associado – Direito PUC-Rio

Prof. Adjunto – Direito UFRJ

### **INTRODUÇÃO**

O tema da Revisão Constitucional tem suscitado uma série de pontos controversos. Entre esses, merece ser destacada a questão do controle externo do Poder Judiciário no Brasil. Reconhecemos, desse modo, que esse debate tem recebido um tratamento bastante simplificador. Tal procedimento acaba por omitir, por exemplo, a necessidade de enfocá-lo dentro de uma perspectiva mais totalizante; procurando, nesse sentido, examinar, articuladamente, determinadas perspectivas.

Uma delas mereceu, até mesmo, o título desse trabalho. Isto é, acreditamos que qualquer possibilidade de discussão sobre controle externo de Poder Judiciário terá de responder a indagação que tipo de Justiça desejamos construir. Assim, para efeitos desse estudo, a concepção de controle externo vincula-se a qual forma de função jurisdicional a sociedade brasileira está realmente, demandando. Não pode ser omitido, também, o fato de que a compreensão do perfil de uma justiça a ser construído está vinculada, ainda, a própria crise da prestação jurisdicional e a necessidade de estabelecer um novo modelo de magistrado na nossa sociedade.

---

\* Trabalho apresentado no "IV Fórum de Direito Constitucional" promovido pela Faculdade de Direito da UFMG e pelo Instituto Brasileiro de Direito Constitucional - 21 de outubro de 1993 - Belo Horizonte - Minas Gerais.

Essas questões levam-nos a responder a respeito da fundamentação de uma legitimidade democrática como alicerce para a estruturação e linha teleológica para a ação e funcionamento do Judiciário entre nós.

Além desses eixos, não devemos esquecer de que há, em realidade, outros questionamentos a serem discutidos ao longo dessa análise sobre o tema controle externo, a saber:

- Caso prevaleça uma resposta afirmativa de nossa parte no tocante a afetivação do controle externo, cabe indagar se ele por si próprio seria um instrumento institucional mais apto e suficiente para a integração entre o Judiciário e a Sociedade;
- Além do controle externo, caso não seja único instrumento suficiente, quais seriam os outros mecanismos possíveis para viabilizar uma fiscalização mais articulada a respeito da Justiça?

Para respondermos, essas instigações é que procederemos, como etapa importante de nossa reflexão, um exame de quais foram as razões desse peso institucional, hoje, presente em relação a função jurisdicional.

## 1 CONTEXTO HISTÓRICO

O liberalismo jurídico-político do século XIX atuou no sentido de outorgar ao Judiciário um papel de neutralidade e de reserva institucional. As conseqüências advindas da 1ª Guerra Mundial e a Revolução Soviética de 1917 levaram, naturalmente, o esgotamento desse modelo liberal proposto a nível da própria estrutura do aparato estatal. A possibilidade do rompimento de processos revolucionários acarretou a pensadores e a juristas a reencontrar um substituto possível aos freios políticos existentes dentro do ordenamento jurídico liberal então vigente. A saída proposta foi, na verdade, reafirmar o primado de direito via o fortalecimento do Judiciário. Destacam-se nessa defesa dessas propostas figuras como a de um Max Weber ou de juristas como Hugo Preuss e Hans Kelsen. Era a vitória da norma jurídica, diante da probabilidade de uma Revolução neutra, branca, capaz de deter qualquer tentativa de ruptura institucional. As Constituições de Weimar (1919) e a austríaca (1920) consubstanciaram a prevalência do Judiciário nesse período. Dentro dessa lógica, resulta todo o debate a respeito da pertinência, por exemplo, de uma Justiça Constitucional. É a instituição do governo juízes como elemento de arbítrio diante dos "possíveis excessos" das maiorias parlamentares. Apesar desse esforço, nós veremos que esse arcabouço institucio-

nal não foi capaz de mudar os rumos de processos como o regime totalitário nazista a partir de 1933 na Alemanha. Não podemos, a título de exemplo maior, deixar de destacar qual foi o comportamento do Judiciário sob o regime de Vichy, convalidando, assim, toda uma série de arbitrariedades.

É, talvez, como uma reação necessária que a Constituição Francesa da IV República (1946) consagrou, pela primeira vez, uma limitação estrutural ao princípio do auto-governo do Judiciário via ao estabelecimento de um Conselho Superior da Magistratura estatuído no seu artigo 83.

## 2 MECANISMOS INSTITUCIONAIS ESTRUTURANDO O PODER JUDICIÁRIO

Em realidade, é necessário reconhecer que o princípio de limitação do auto-governo da função jurisdicional não se dá, apenas, no nível, de um Conselho Superior da Magistratura, vem acompanhado de outros princípios como consta do seguinte disposto do artigo 101 da Constituição Italiana de 1947 que reza:

“Art. 101 - A Justiça é administrada ao nome do povo.  
Os juízes estão somente submetidos à Lei”.

É essa injunção à Lei por parte dos magistrados, aparece, também, na Lei Fundamental (Alemanha) de 1949 no corpo do seu artigo 97.1.

Esses documentos constitucionais do final dos anos 40 é, assim, uma demonstração cabal e salutar de autonomia dos juízes, quanto à falta de parâmetros no tocante ao funcionamento do Judiciário. Entretanto, essa subordinação a uma soberania popular não traduz uma possibilidade de eleição dos juízes. Pelo contrário, os disciplinamentos constitucionais apontados acima demonstram uma vontade de repor a legitimidade da Justiça dentro dos mesmos princípios de fonte democrática dos demais órgãos constitucionais (Poderes Legislativo e Executivo). Já o jurista alemão Otto Bachof, vê a subordinação à soberania popular da seguinte forma:

“O juiz administra justiça “em nome do povo - isto não é uma fórmula vazia - da mesma forma que o Parlamentar promulga leis e o governo governa em nome do povo. Isto não quer dizer que o juiz deva nem possa ceder a pressão da opinião pública num caso litigioso concreto. Senão que, da mesma maneira que está em comunicação permanente com as partes litigantes, com seus colegas do mesmo tribunal e da

mesma sala, com os inumeráveis tribunais superiores, inferiores e iguais do seu, com o mundo técnico-jurídico e científico-jurídico, igualmente está em contato com o povo, com a opinião pública, num “diálogo permanente sobre o valor ou falta de valor sobre a justiça ou erros de sua jurisprudência”.<sup>1</sup>

Uma ampliação desses princípios norteadores a estruturação do judiciário, encontramos em constituições mais recentes como a da Espanha de 1978 que passou a incluir a noção de responsabilidade do juiz ao dispor:

“Art. 117

1. A justiça emana do povo e administra-se em nome do Rei por juízes e magistrados integrantes do poder judicial, independentes, inamovíveis e submetidos unicamente ao império da lei”.

O princípio da responsabilidade consagrado na Constituição da Espanha de 1978 complementa-se com o conceito de dano estruturado no seu artigo 121 que dispõe:

“Os danos causados por erro judicial, assim como os que sejam consequência do funcionamento anormal da Administração da Justiça, darão direito, a uma indenização a cargo do Estado, conforme a lei”.

Ao comentar o citado artigo, José Manuel Serrano Alberca<sup>2</sup> recomenda um entedimento sistematizado e articulado dos princípios como da legalidade, subordinação à soberania popular e o da responsabilidad em relação ao Judiciário.

Cabe observar que a nossa Constituição Federal vigente seguiu um outro caminho totalmente diverso do que foi exposto. Esta trajetória vem desenhando-se, assim, a partir da nossa Carta Constitucional de 1934. Nela, esboça-se,<sup>3</sup> de forma definitiva, um tratamento meramente técnico e “apolítico” no qual estão consagrados artigos referentes, por exemplo, a composição dos tribunais, promoções, etc. Nessas linhas a Constituição Federal de 1988 dis-

---

1 Otto Bachof. **Jueces y Constitución** (Madrid: Editorial Civitas, 1985) páginas 59 a 60.

2 José Manuel Serrano Alberca. **Comentarios a la Constitución** (org. Fernando Garrido Falla) (Madrid: Editorial Civitas, 1985) páginas 1615 a 1644).

3 Vide nosso artigo “O Poder Judiciário e a República: a democratização adiada” in **Revista de Ciência Política** n° 2 (vol. 33 - fev/abr. 90) 101:107.

tancia-se dos documentos contemporâneos como a mencionada Magna Carta da Espanha de 1978, não havendo, entre nós, lamentavelmente, nenhum dispositivo incorporando, por exemplo, os princípios da subordinação à soberania popular ou à lei.

Após examinarmos o peso institucional desses mecanismos a respeito do Judiciário, cabe avaliar, no próximo item desse trabalho, a análise do controle externo propriamente dito.

### 3 CONTROLE EXTERNO DO PODER JUDICIÁRIO

No tópico do contexto histórico, já assinalávamos que a Constituição Francesa de 1946 no seu artigo 83 estatuiu, pela primeira vez, a instituição de um Conselho Superior da Magistratura.

Na verdade, a questão do controle externo do Poder Judiciário do auto-governo inerente aos órgãos constitucionais. Assim, a título de exemplo, os Poderes Legislativo e Executivo não apresentam uma noção de autogoverno absoluto. Pelo contrário, essa categoria tem um aspecto limitado porque esses poderes dependem do crivo eleitoral. Em relação ao judiciário, lembra, mais uma vez, Serrano Alberca<sup>4</sup> que há dois tratamentos possíveis do controle desse aparato estatal. Existe o sistema alemão que, na realidade, cerceia bastante o auto-governo do Judiciário através do artigo 95.2 da “Lei Fundamental de 1949”. Na qual estrutura uma comissão de seleção de juízes pelo Ministério Federal competente. Outro sistema é o da Constituição Italiana de 1947 através de seu artigo 104 possibilitando na sua composição, entre outros integrantes, o próprio Presidente da República, magistrados, professores universitários e advogados. Tal sistema prima por uma defesa da autonomia relativa ao aparato judicial. Segundo Serrano Alberca a Constituição Espanhola de 1978 aproxima-se bastante da sistemática italiana. É importante sublinhar que, recentemente, a Constituição francesa de 1958 sofreu uma mudança constitucional na estrutura e na competência de seu Conselho de Magistratura, restringindo a participação de outros poderes constitucionais na sua composição. Dessa forma, gradativamente, teremos, talvez, um outro modelo de controle externo.

Independente de qual sistema deva prevalecer, não podemos esquecer o fato de que a teoria constitucional européia consolida uma visão de um princípio de auto-governo relativo, em maior ou menos grau de restrição, para o

<sup>4</sup>Ibidem. páginas 1757 e seguintes.

Judiciário. Acrescente-se, ainda, que o debate do controle externo do Judiciário esbarra com frequência na resistência ao seu próprio funcionamento. Pois, não há uma resposta exata no tocante a questões como: qual seria sua competência? É de sua responsabilidade nomear juízes? Quem integra o Conselho Superior da Magistratura? São os outros poderes constitucionais? Ou a própria sociedade civil?

A Constituição Federal de 1988 nem precisou assumir uma posição a respeito dessas indagações. Ela é silente no tocante à instituição de um Conselho Superior da Magistratura entre nós.

Reconhecemos que há uma série de problemas opostos quanto à efetivação do controle externo nas sociedades que a adotam. É nossa opinião, nesse momento vivenciado por nós de revisão constitucional, buscarmos uma outra forma de solução para a temática do controle. Dentro da perspectiva assumida nesse trabalho do estabelecimento de um modelo de Justiça necessário para firmar os mecanismos de sua subordinação, pensamos, assim, que qualquer proposta de mudar o perfil de nosso aparato judicial tem de estar vinculada a uma outra linha de fiscalização do aparato judicial.

Assim, é básico a instituição de um tipo de controle que não privilégio, apenas, o magistrado. Defendemos a necessidade da instituição, em realidade, de um Conselho Administrativo de Justiça que proceda uma avaliação constante sobre todos os agentes/operadores responsáveis da prestação jurisdicional desde a assistência jurídica (advogado/Defensoria Pública), Ministério Público e Magistratura.

Esboçada essa linha de revisão dos mecanismos sobre o Judiciário, é importante focar qual é o comportamento do Supremo Tribunal Federal (S.T.F.) na tutela de direitos individuais e coletivos. O exame do papel do S.T.F. dentro de um quadro social serve como exemplo de parâmetro dos rumos atuais da Justiça no país.

#### **4 O PAPEL DO STF NA TUTELA DE DIREITOS**

Este item do estudo resultou de uma pesquisa desenvolvida com o apoio institucional do CNPq junto a “Universidade Federal Fluminense” (UFF) a respeito da participação do STF nos conflitos econômicos, sociais e políticos após a Constituição Federal de 1988. Essa pesquisa foi realizada no período de 1992/1993.

A citada Magna Carta não só consolidou o STF como “guardião” da estrutura constitucional, como também, possibilitou o alargamento da legitimidade processual na defesa da tutela de direitos individuais e coletivos. De

fato, se depararmos com as estatísticas do ingresso de medidas judiciais no STF a favor desses direitos, constataremos que a Constituição Federal em vigor representou um pleno sucesso com a presença de sindicatos, partidos políticos e outras entidades. Entretanto, a título de exemplo, ao estudarmos as ADINS referentes as medidas provisórias baixadas no final do Governo Sarney e no início da Presidência de Fernando Collor, distinguiremos duas posturas do S.T.F. Num grupo congregando decisões sobre políticas econômicas e salariais esse tribunal evita entrar no julgamento do mérito das questões levadas ao seu julgamento. Prende-se, apenas, nos aspectos formais como foi o caso do confisco da poupança que o S.T.F atuou no sentido de não poder julgar “direito em tese” (as medidas provisórias não poderiam ser examinadas em abstratos mesmo que tivessem ferido o direitos individuais). Noutro grupo, o S.T.F. entra no mérito quando estava em jogo a autonomia institucional dos poderes constitucionais, notadamente, o do próprio Judiciário. Exemplificamos com julgamento de medida provisória limitando os vencimentos dos integrantes do Tribunal Superior do Trabalho (T.S.T.). Assim, o S.T.F. acatou que se tratava de um documento legal ferindo os dispositivos da própria Constituição Federal de 1988.

Com esses dados suscintos, podemos visualizar a necessidade de mecanismos de um controle externo em relação ao nosso Judiciário com o objetivo de “furtar a um corporativismo institucional” no seu próprio funcionamento.

## 5 QUE TIPO DE JUSTIÇA?

François Ost<sup>5</sup> ao citar a **Revue de L'École National de la Magistrature** (o número de junho de 1990) descrevendo a profissão de magistrado apontava que não há mais modelo possível, e para função jurisdicional, sua formação torna-se, cada vez, mais “multiforme e pluralista”.

Assim quando discutimos, hoje, os mecanismos e o controle externo sobre Judiciário, é importante lembrar a reiteração de Ost de perceber a existência de três modelos básicos de magistrado, a saber:

---

<sup>5</sup>François Ost. “Jupiter, Hercle, Hermés: Trois modeles du juge” in **La Forçe du Droit - Panorama des débats contemporains** (org. Pierre Bouretz) (Paris: Éditions Esprit, 1991).

**O Juiz Jupiter:** O magistrado típico do positivismo jurídico liberal, capaz de interpretar e aplicar rigidamente as “tábuas da lei”.

**O Juiz Hércules:** Dentro de uma visão “à la Dworkin”, o responsável por fazer justiça, seria sensível de auscultar a sociedade, ao criá-lo, conhecer qual direito deve prevalecer.

**O Juiz Hermes:** Para François Ost vivemos numa sociedade de fundamento pós-moderno. Em consequência, a estrutura social encontra-se, profundamente, estilhaçada e corporativada em direitos. É uma sociedade convivendo, também, de forma constante com o pluralismo jurídico tanto do direito positivado sobrepondo-se os códigos tradicionais com uma série de leis esparsas (“droit flou”) quanto à imperiosidade da integração do direito estatal com o direito do asfalto.

É esse o modelo do **Juiz Hermes** que devemos alicerçar as propostas de mecanismos institucionais e de controle externo da prestação jurisdicional. Cremos que, dessa forma, será mais fácil, construir um Conselho Superior de Administração de Justiça.

## 6 CONCLUSÃO

O trabalho procurou demonstrar que o controle externo não deve existir por si próprio. Constituições contemporâneas como a da Espanha de 1978 consagraram outros princípios com elementos complementares a um controle externo, entre outros destacamos: a soberania do povo e a lei.

Além desses dados, o exame de alto-governo do judiciário observou-se que as constituições européias recentes consolidaram uma posição de autonomia relativa no tratamento do controle externo do Judiciário.

Por fim, a partir de um novo modelo do juiz proposto por François Ost (Hermes) que é básico de estruturar um outro tipo de controle externo mais amplo nas suas competências como é o caso da nossa proposta de um Conselho Superior da Administração da Justiça a ser institucionalizado numa possível mudança de nossa Constituição Federal de 1988.