GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA NOVA CONSTITUIÇÃO*

E. D. MONIZ DE ARAGÃO**

1. Garantias fundamentais do Poder Judiciário e na administração da justiça. 2. O direito comunitário. 3. O tríplice aspecto das garantias do Poder Judiciário. 4. Garantias dos jurisdicionados: garantia do recurso efetivo e do prazo razoável. 5. Sugestões.

1. O vocábulo *garantia* não tem sentido inequívoco; sua origem, que enraíza no direito privado, revela parte das dificuldades que o exame da matéria oferece ao intérprete que se proponha examinar o tema da epígrafe,[1] certo como é que para tanto deverá viajar por quase todas as províncias da Constituição e nelas demorar-se em análises que podem atingir grande profundidade. Não é fácil estremar o conceito, nem mesmo com o auxílio do acréscimo delimitador — garantias fundamentais (a indicar a possível presença de outras, com hierarquia inferior).

Menos árdua se torna a tarefa de fazer o tema corresponder ao título, porém, quando se têm presentes a natureza e a finalidade deste Simpósio, cujo mote é o "Poder Judiciário e a Administração da Justiça". Parece de todo prudente, pois, relacionar o estudo das garantias fundamentais na nova Constituição ao Poder Judiciário e à realização da justiça, prudência esta que mais se impõe, afora as razões acima, diante da manifesta insuficiência do expositor; jamais o conselho de Apeles veio tão a calhar.

Deixadas de lado, portanto, as garantias fundamentais *in genere,* serão tecidas considerações breves e despretensiosas sobre as que respeitam, *in specie,*

* Palestra proferida no Simpósio O Poder Judiciário e a Administração de Justiça, realizado no Rio de Janeiro, sob os auspícios do Instituto dos Advogados Brasileiros, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e da Associazione di Studi Sociali Latino-Americani.

** Professor titular na Universidade Federal do Paraná.

1 Sobre tais dificuldades, terminológicas e conceituais, ver Ferrari, Giuseppe. Guarentigie Costituzionali. *Novissimo digesto italiano,* v. 8, p. 44-7.

ao Poder Judiciário, a seus membros e, também, aos destinatários e beneficiários da realização da justiça. Ao iniciá-las, não será demais recordar (e tomar como bússola) a idéia-força que John Kennedy reproduziu em seu discurso de posse: não devemos perguntar à cidade o que ela pode fazer por nós e sim o que podemos nós fazer por ela.

2. Por isso, antes de examiná-las como tal, parece ao expositor que é essencial ter em conta que as garantias atribuídas ao Poder Judiciário e à Magistratura, que o consubstancia, não foram elucubradas nem são outorgadas pelo poder e para o poder, e sim tendo em vista a realização, sempre mais aprimorada, da justiça. Só é possível pensá-las e defendê-las na medida em que se tiver presente que os juízes delas são depositários a fim de que se ponham, e melhor se ponham, a serviço da Nação e de seu povo. Dentro dessa linha de raciocínio afigura-se adequado não seguir orientação meramente corporativista, que conduziria a raciocinar com os proveitos que a Constituição oferece aos membros do Poder Judiciário através das garantias que lhes assegura, mas procurar entender como tais garantias podem levar a que a Nação obtenha do Poder Judiciário os proveitos que este, delas provido, tem o dever de proporcionar-lhe. A existência do Poder Judiciário, como órgão de Governo que também é, não está destinada a assegurar prerrogativas a seus integrantes mas, isto sim, a possibilitar-lhes o desempenho eficiente dos relevantes serviços que devem prestar à Nação.

3. Em expressiva imagem literária, Hendrick Van Loon escreveu que "muito longe, nas plagas boreais, numa terra denominada Svithjod, eleva-se um penhasco imponente de cem milhas de altura e cem milhas de circunferência. De 10 em 10 séculos um passarinho pousa nesse rochedo para aguçar o bico. Quando desse modo a avezinha houver consumido a rocha, ter-se-á escoado um único dia da eternidade".[2]

Os acontecimentos subseqüentes à II Guerra Mundial relacionados com o direito contrariam a lenda do escritor. Tais e tantas mudanças ocorreram em tão pouco tempo nas idéias e nas práticas jurídicas (sem falar na vertiginosa precipitação, no leste europeu, nesses últimos dois anos, de fatos políticos de relevância transcendental) que o observador vê o tempo escoar muito mais rápido e trepidante do que Van Loon imaginara ao compor sua plácida historieta.

Sucedem-se transformações da maior importância, como as operadas através da ONU e de seu Conselho de Segurança, a interferirem no conceito tradicional de soberania estatal absoluta. Haja vista o envio das chamadas "For-

[2] Van Loon, Hendrick. *A história da humanidade* (*Story of Mankind*). Trad. Marina Guaspari. Porto Alegre, Globo, 1944. p. 13.

ças de Paz" a regiões conflagradas, ou o recente episódio da Guerra do Golfo, em que foi ultrapassada a missão pacifista até então exercida, para chegar a operações beligerantes propriamente ditas, realizadas em nome do direito.

Observe-se o que acontece na Comunidade Econômica Européia através de tratados que, além de vincularem os países participantes a compromissos normalmente assumidos nesses instrumentos jurídicos, foram muito além do que se poderia imaginar no que concerne à edição e aplicação do direito. As normas comunitárias constituem hoje (na significativa expressão de Cappelletti[3]) o novo "direito comum" europeu, que se impõe a Estados soberanos, assim cerceados em sua vetusta autonomia para editar o ordenamento jurídico. Ao lado dessa, outra alteração impressionante ocorre com a aplicação desse *ius commune* pelos juízes e tribunais, que para tanto podem afastar a legislação local (quando em choque com a internacional) ou verificar sua adequação ao direito comunitário — algo semelhante ao controle de constitucionalidade — mesmo em países que não conferem a seus magistrados esse poder com relação ao próprio direito. A tudo acresce a atuação da Corte de Justiça da Comunidade, com jurisdição e poderes supranacionais, vinculantes para os Estados, em dimensão diversa da que era uso atribuir a órgãos judiciários internacionais. Pois bem, grande relevo assumem na atuação dessa Corte os julgamentos a propósito de garantias e prerrogativas do cidadão, *ipso facto* do jurisdicionado, atingidos por entidades governamentais, incluído o próprio Poder Judiciário.

Tais idéias começam a insinuar-se no continente americano, como atesta a Convenção Americana de Direitos Humanos (ou Pacto de São José da Costa Rica), instrumento jurídico que declara e disciplina direitos do homem e prevê a instituição de órgãos para controlar e aplicar tais normas, como a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja finalidade é proteger os cidadãos contra seus governos (aí incluídos eventualmente juízes e tribunais) e de submetê-los a julgamentos vinculantes iniciados por aqueles (através da Comissão).

Pois bem, como a seu tempo será visto, a interferência desses órgãos supranacionais pode fazer-se sentir (e já começa a sê-lo) na realização, ou administração, da justiça por tribunais estatais, fato este que motivou a breve incursão anteriormente feita e justificará algumas considerações ao final.

4. Tais acontecimentos revelam que a concepção tradicional de garantias, no concernente ao Poder Judiciário, passa por transformações relevantes: não é possível estudá-las desligadamente das que são, quando menos devem ser, atribuídas aos jurisdicionados perante e contra os próprios juízes. Essa preocupação não passou despercebida aos organizadores do Simpósio, dado o tí-

[3] Cappelletti. Giustizia costituzionale sopprannazionale. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 33, p. 1 e segs., 1978.

tulo que lhe atribuíram e define sua abrangência: "O Poder Judiciário e a Administração da Justiça." A segunda parte, "administração da justiça", contém sua realização — administrar justiça é também distribuí-la — e envolve necessariamente o exame da garantia mínima que deve ser efetivamente assegurada aos destinatários e beneficiários do exercício da função jurisdicional em face daqueles que são os depositários desse Poder.

5. As garantias do Poder Judiciário devem ser examinadas sob tríplice aspecto: as que lhe são próprias como Poder; as peculiares aos tribunais colegiados e as dos magistrados em todos os níveis.

5.1 O Poder Judiciário tem como prerrogativa principal a que lhe é outorgada no art. 2º da Constituição; independência em face do Executivo e do Legislativo, conquanto deva necessariamente atuá-la em harmonia com estes, a fim de exercerem em conjunto o Governo da Nação. Prevalece neste particular a máxima da GVG alemã: "O Poder Judiciário será exercido por tribunais independentes, apenas à lei subordinados." Liberdade, portanto, em confronto com os demais órgãos governamentais. Corolário dessa independência é a possibilidade de intervenção federal nos Estados a fim de assegurá-la, *in genere* (art. 34, IV: "garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes") e *in specie* (art. 34, VI: "prover a execução de ordem ou decisão judicial").

À autonomia em sentido largo seguem-se regras específicas que a materializam na prática. Mais relevante de todas é a liberdade econômica outorgada no art. 99: "autonomia administrativa e financeira", assunto que há longo tempo preocupava os magistrados, para os quais a solução constitucional em vigor ainda deve ser aprimorada, matéria a cujo respeito devem ter a palavra os dirigentes de tribunais, que conhecem o problema.

Em seguida avulta a garantia da elaboração do Estatuto da Magistratura, lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal (art. 93, *caput*).

Na ordem de importância segue-se a liberdade para escolher os magistrados de carreira, através de concursos organizados e realizados *interna corporis*, com a só fiscalização da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 93, I). Também a escolha dos funcionários e serventuários da Justiça, considerados amplamente, bem como o regime disciplinar destes e dos magistrados, incumbem exclusivamente ao Poder Judiciário, como natural decorrência de sua autonomia (art. 96, I, *e, b,* e 93, VII). As nomeações iniciais, as promoções subseqüentes e a aposentadoria cabem aos presidentes dos tribunais respectivos (art. 96, I, *c*), medidas de cujo resultado é cedo para dar qualquer testemunho. Delas decorre o risco da introdução do nepotismo que, infelizmente, grassa no preenchimento dos cargos administrativos e de serventuários

e funcionários da justiça, a ponto de terem surgido leis a coibir abusos, o que é lamentável.

5.2 Peculiares aos tribunais colegiados (e extensivas aos Tribunais de Contas no que lhes for aplicável) são as garantias de autogoverno, consubstanciadas na livre escolha dos dirigentes, na elaboração do regimento interno e na organização e composição de seus órgãos auxiliares (secretaria) (art. 96, I, *a*).

Além dessas, e talvez mais relevantes, há as garantias relacionadas com sua autodefesa. Somente eles próprios (ou tribunais superiores em relação aos inferiores) podem deliberar sobre o aumento ou diminuição do número de seus membros (art. 96, II, *a*). Incumbe ao Superior Tribunal de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais; ao Tribunal Superior do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados organizar listas de nomes para o preenchimento das vagas neles (e nos Tribunais de Alçada, onde estes existirem) ocorridas, de modo que a elas só terá acesso quem houver sido por eles aprovado. Tal poder autoriza-os a recusar promoção ao juiz mais antigo nas vagas a serem preenchidas por antigüidade (art. 93, II, *d*). A garantia se estende à composição dos Tribunais Eleitorais, cujos membros, dentre os magistrados, são de escolha de outros tribunais, o que também ocorre com os representantes da classe dos advogados que neles devam ter assento. A garantia não se estende, porém, aos tribunais militares, nem ao Supremo Tribunal. Quanto a estes a escolha incumbe ao Presidente da República (ou ao Governador para os tribunais militares estaduais) sob controle e aprovação do Senado Federal.

5.3 As garantias até aqui rapidamente examinadas correspondem ao Poder e a seus órgãos; cumpre verificar agora as que concernem aos juízes.

Antes de mencioná-las, porém, não será demais referir o direito de acesso à Magistratura, assegurado a quem quer que seja aprovado no concurso respectivo, de provas e títulos, aberto ao público em geral (art. 93, I). Também o ingresso nos tribunais superiores, para preenchimento das vagas reservadas a membros da Advocacia e do Ministério Público, o chamado "quinto constitucional", é assegurado a todos, mediante escolha inicial pelos "órgãos de representação da respectiva classe" (art. 94) e ulterior pelo tribunal a que pertença a vaga. Quer-se impedir, em ambos os casos, a formação de categoria especial, ou casta: a Magistratura é acessível ao povo e reflete a Nação.

Uma vez nomeados, os juízes passam a desfrutar das garantias da vitaliciedade (com sujeição à aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade), inamovibilidade (salvo remoção compulsória determinada pelo tribunal a que estejam subordinados, com ampla garantia de defesa) e irredutibilidade de vencimentos (art. 95), a que acresce a segurança de não serem amesquinha-

dos, para o que a Constituição vincula-os percentualmente (art. 93, V). Os magistrados de carreira só alcançam a vitaliciedade após estágio probatório de dois anos durante os quais podem perder o cargo por deliberação do tribunal a que estiverem vinculados. Quanto aos integrantes dos tribunais superiores, nomeados diretamente, adquirem desde logo todas as garantias, isentos de estágio.

À margem dessas, a Constituição assegura aos magistrados, ainda, a garantia da carreira, tanto na instância inferior quanto na superior (onde houver tribunal de alçada), na qual ascendem por antigüidade e merecimento, com direito certo à promoção, neste último caso, se figurarem na lista respectiva por três vezes consecutivas ou cinco alternadas. Para que a aferição do merecimento não decorra de critérios meramente subjetivos, a Constituição traça algumas normas de cuja aplicação resulta maior segurança para os juízes (art. 93, II e III).

6. O exame das garantias fundamentais, no que tange ao Poder Judiciário e à Administração da Justiça, não ficaria completo sem breve referência ao que deve ser assegurado aos jurisdicionados perante seus próprios juízes. Trata-se de natural contrapartida.

6.1 A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela ONU, a todos faculta o ingresso em juízo e a obtenção de um julgamento "justo" [*fair*, na versão em inglês, *équitable*, em francês (art. 10)]. A Constituição corresponde a tal anseio, pois assegura o acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV),[4] que não pode ser obstado pela lei, tampouco pelos próprios órgãos judiciais, como tem afirmado o Supremo Tribunal.[5] Acrescenta outros direitos, como p. ex., o mandado de injunção e o *habeas-data*, a demonstrar a amplitude com que deve ser entendida a garantia. Outorga ela aos litigantes, ainda, prerrogativas processuais, que completam a do ingresso em juízo, todas visando a proporcionar julgamento justo (*fair trial*) como, p. ex., a do contraditório, a da regularidade da prova, a da fundamentação da sentença.

Mas ao lado dessa garantia a Declaração da ONU confere outra, que a complementa e tem importância fundamental para o exercício do direito de acesso aos tribunais: "Toda pessoa tem direito a um recurso (*remedy*, na versão inglesa) efetivo ante os tribunais nacionais (...)" (art. 8º).

[4] Todavia está muito distante o momento em que tal garantia se tornará realmente efetiva; massas imensas de população desassistida jamais tiveram esse direito, senão formalmente.

[5] Entre outros julgamentos: a) do Supremo Tribunal, REs. 92.823, 107.445, 112.405 (*RTJ*, 99/794, 127/220, 121/373); b) do Supremo Tribunal de Justiça: RMS 195 (*DJU*, 21.5.90, p. 4.428); REs. 2.278, 2.795, 2.815 (*DJU*, 17.9.90, p. 9.513; 22.10.90, p. 11.662; 21.8.90, p. 11.663).

A conjugação das duas disposições revela que não é suficiente facultar o acesso ao Poder Judiciário e deste exigir o julgamento justo; é preciso que para obtê-lo sejam concedidos meios (*remedies*) *efetivos*. Este é o ponto.

A Declaração Americana dos Direitos do Homem, aprovada pela IX Conferência Interamericana (Bogotá, 1948), deu importante passo à frente ao estabelecer, com esse propósito, que "toda pessoa pode ingressar nos tribunais para fazer valer seus direitos. Para tanto, deve dispor de um procedimento *simples e breve* (...)" (art. 18). No mesmo sentido dispõe a Convenção para Proteção dos Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais, da Comunidade Européia (aprovada em Roma, 1950), cujo art. 6º, 1, fala, igualmente, em toda pessoa ter direito "a que sua causa seja apreciada (...) em prazo razoável".

6.2 A garantia do recurso efetivo e do prazo razoável, que a Convenção de Bogotá qualificou de "procedimento simples e rápido", ensejou notável pronunciamento da Corte de Justiça da Comunidade Européia, que, ao ver do expositor, preenche lacuna das mais graves no estudo da Administração da Justiça pelo Poder Judiciário — a lentidão processual. De há muito se sabe, e a Corte testemunhou, que justiça tardia é injustiça. Referindo-se à sentença e à demora em obtê-la, Francis Bacon cunhou frase que se tornou célebre: *iniustitia enim illud reddit amarum: mora acidum.*[6]

Considerando que o remédio efetivo só o é quando proporciona resultado em prazo razoável, a Corte Européia dos Direitos do Homem pronunciou a 7 de julho de 1989 julgamento da maior relevância, no qual declarou ocorrente a violação do art. 6º, 1, da Convenção e por isso condenou o Estado espanhol a indenizar o litigante prejudicado pela demora injustificável do processo que instaurara perante a justiça local.[7]

Essa decisão abre rumos para o exame da efetividade da garantia de acesso aos tribunais e constitui contrapartida das garantias outorgadas ao Poder Judiciário. Se este, e os magistrados que o consubstanciam, são providos de prerrogativas, que asseguram sua independência, e são tradicionalmente depositários das esperanças de legiões de moleiros Sans Souci, que diariamente lhes batem às portas, é essencial que deles se exija o julgamento em prazo razoável, sem o que o jurisdicionado ficará ao desamparo e a justiça terá faltado a sua mais importante missão.

[6] Cf. Almeida, Cândido Mendes de. Auxiliar jurídico (Apêndice à 14. ed. do Código Philippino). Rio de Janeiro, Typographia do Instituto Philomathico, 1869, p. 502.
[7] A íntegra do julgamento está publicada na revista jurídica espanhola *Justicia*, v. 3, p. 633-83, 1989.

7. Ao rematar essas observações é possível concluir que a Constituição concedeu ao Poder Judiciário garantias suficientes ao fiel desempenho de sua tarefa como órgão de governo, cujas atribuições situam-se em nível mais elevado que os outros, pois a cada dia com mais intensidade lhes controla os atos. Se algo ainda falta fazer, são retoques menores em relação ao conjunto. No que diz, porém, com a administração — realização — da justiça é longo o caminho a percorrer, pois a Nação ainda não recebe do Poder Judiciário a contrapartida que tem direito de exigir-lhe diante das prerrogativas que lhe outorgou.

É conveniente incluir na Carta, pois, como garantia de boa administração da justiça, a exigência do prazo razoável para a entrega da prestação devida ao jurisdicionado; este é um ponto a cogitar na anunciada reforma constitucional. Mas apenas isso não é suficiente, em vista do ocorrido com o Estado espanhol, que a adotou,[8] e assim mesmo a prática aponta em sentido oposto. O que realmente urge, portanto, a fim de equacionar e resolver o problema, além da inserção da garantia para o cidadão, é que o Poder Judiciário diagnostique urgentemente a causa de sua atuação não atingir o desejado grau de eficiência. Ninguém melhor do que ele próprio pode investigar honestamente os motivos de sua dificuldade em solucionar as pretensões que lhe são submetidas, em prazo compatível com a ânsia de justiça da população.

8. Entre as medidas a examinar é possível, com a devida vênia, oferecer algumas sugestões.

8.1 Uma sugestão se relaciona com o funcionamento da máquina judiciária, de modo a atingir melhores índices de eficiência, algo similar ao pleno emprego. Para tanto é indispensável examiná-la cuidadosamente, investigar seu funcionamento e os métodos nele empregados, diagnosticar a causa profunda de suas falhas, os pontos de estrangulamento, enfim regulá-la e, se necessário, reformulá-la a bem de sua atuação corresponder às exigências do mundo moderno. Sem isso a lentidão processual jamais será corrigida.

Diz Arthur Vanderbilt que sua experiência como presidente da Suprema Corte do Estado de Nova Jérsei (fora presidente do American Bar e diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Nova Iorque) revelou-lhe "que os tribunais e o foro têm demonstrado serem incapazes de modernizar-se sem a ampla ajuda dos leigos".[9] É indispensável superar tal desafio.

[8] Constituição da Espanha, art. 24, 2: "(...) todos tienem derecho (...) a un proceso publico sin dilaciones indebidas (...)"

[9] Vanderbilt, Arthur. *La justicia emplazada a reformarse (The challenge to the law reform).* Trad. Carlos Alberto Bentes e Xavier Clavel Borrás. Buenos Aires, Depalma, 1959, p. 11.

8.2 Outra sugestão concerne à melhoria de qualidade do pessoal em todos os níveis de ação (não somente juízes mas também os auxiliares da justiça), através de eventual depuração dos maus, que lamentavelmente sempre os há, e de constante aprimoramento dos bons. Como diz o mesmo autor, "a qualidade do pessoal é o problema básico de toda organização judicial. A justiça, em sua aplicação concreta, não pode ser melhor que o juiz que a administra".[10]

No que respeita aos juízes, já foram adotadas providências de grande importância; a Constituição inclui entre os pontos a serem necessariamente tratados pelo Estatuto da Magistratura sua "preparação e aperfeiçoamento como requisitos para ingresso e promoção na carreira" (art. 93, IV). As associações de magistrados têm contribuído com a realização de ciclos de estudos e seminários. Resta elevar ao máximo o padrão de todos esses cursos, pois o mundo atual exige do juiz cada vez mais e maiores conhecimentos.

Mas não se tem notícia de providências equivalentes com relação aos serventuários, funcionários e demais auxiliares da justiça, em todas as instâncias, o que constitui falha insuportável. O bom funcionamento da máquina judiciária, em sua atuação cotidiana, depende basicamente da infra-estrutura de juízos e tribunais. No entanto a seleção de pessoal não obedece a critérios rigorosos (é onde mais se depara com o nepotismo), não há cursos de formação e ninguém parece preocupado com o aperfeiçoamento desse pessoal ao longo de sua permanência em serviço. Nenhum resultado positivo poderá ser obtido em proveito da administração da justiça enquanto tal problema não for equacionado e solucionado.

8.3 Não basta, porém, escolher bem os que ingressam e aprimorá-los depois. É fundamental mantê-los sob constante fiscalização e controle funcional. Falha, e muito falha tem sido a atuação dos órgãos disciplinadores, o que prejudica a administração da justiça. Recentes e estarrecedores episódios demonstram que é urgentíssimo tomar providências saneadoras, pois o organismo judiciário não pode conviver com certos cancros cuja extirpação se impõe. Nenhuma coletividade funcional está imune ao risco de nela ingressarem elementos indesejáveis, o que torna indispensável eficiente e diuturna atividade censória, com providências saneadoras enérgicas, a culminar com a eliminação dos que não revelem condições de nela permanecer.

[10] Id. ibid. p. 186.