CONTROLE EXTERNO DO PODER JUDICIÁRIO E CONTROLE DE QUALIDADE DO JUDICIÁRIO E DA MAGISTRATURA: UMA PROPOSTA*

CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO**

1 — Introdução. 2 — A crise das instituições brasileiras. 3 — O controle externo do Judiciário: exame do tema no âmbito do Direito Público. 4 — O controle externo no sistema parlamentar de governo. 5 — O controle na Itália, na Espanha, em Portugal e na França. 6 — A impossibilidade de controle externo no sistema presidencial de governo. 7 — A doutrina dos freios e contrapesos como forma de controle. 8 — Demais mecanismos de controle do Poder Judiciário. 9 — O abastardamento da função jurisdicional. 10 — O controle de qualidade do Judiciário e da magistratura. 11 — O século XXI será o século do Poder Judiciário. 12 — O aperfeiçoamento do Poder Judiciário: controle de qualidade e Conselho Nacional da Magistratura. 13 — O Conselho Nacional da Magistratura: composição. 14 — O Corregedor-Geral ou "investigador da Justiça". 15 — Conclusão.

1. *Introdução*

Está na moda falar sobre o controle externo do Poder Judiciário. E é interessante anotar que sempre que o Judiciário profere decisão que desagrada a certos políticos, o tema vem à baila, provocado por esses mesmos políticos. No fundo, o que desejam é mesmo controlar as decisões do Poder Judiciário, o que representaria um retrocesso de mais de cem anos e significaria um retorno à África de Idi Amin Dada. O povo, portanto, que fique atento, porque qualquer retrocesso, qualquer diminuição do Poder Judiciário, atingiria a cidadania, faria menor o indivíduo.

* Texto básico das palestras proferidas no "XIII Congresso Brasileiro de Magistrados", patrocinado pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Magistrados do Espírito Santo, em Vitória, ES, no dia 10.09.93, no "I Encontro de Direito da Universidade Estadual Paulista", em Franca, SP, em 29.10.93, e na Escola Judicial da Magistratura Trabalhista, Assoc. dos Magistrados Trabalhistas da 3ª Região, AMATRA, em Belo Horizonte, no dia 05.11.93.

** Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor Titular da UnB.

Trago-lhes, por isso mesmo, alguns temas para reflexão em torno do controle externo do Poder Judiciário. Penso que é importante, neste momento, refletir sobre o Poder Judiciário. Os povos do primeiro mundo, os povos civilizados, na Europa e nos Estados Unidos, estão preocupados com a formação dos seus juízes, com a sua Justiça, com a qualidade do Poder Judiciário. É natural que isto ocorra, porque a maior garantia dos indivíduos está num Judiciário independente e forte. Em 1215, os ingleses pugnaram, no pacto que ficou conhecido como a Magna Carta do Rei João Sem Terra, por tribunais independentes e imparciais. Logo após as primeiras Declarações de Direitos, registrei em palestra que proferi em 1985 — "O Poder Judiciário na Constituição — Uma Proposta de Reforma", em "Temas de Direito Público", Del Rey Editora, p. 25 e segs. — os povos perceberam que elas só não são suficientes, sendo necessária a existência de mecanismos que tornem realidade os direitos declarados. Esses mecanismos são as garantias. Os povos perceberam, também, que a garantia maior de direito são as medidas judiciais a serem utilizadas pelas pessoas perante juízes e tribunais independentes e imparciais. Os ingleses e os norte-americanos sempre se preocuparam menos com as Declarações de Direito e mais com as suas garantias e sempre fizeram do Judiciário a maior dessas garantias. Daí a longa tradição de respeito aos direitos individuais, ou de limitação do poder, existente na Inglaterra e nos Estados Unidos. Os Estados Unidos, aliás, têm o Judiciário mais poderoso do mundo.

2. *A crise das instituições brasileiras*

As instituições brasileiras passam por situação de crise, afirma-se, situação de crise que parece ser geral: há crise na educação, no sistema de saúde, na previdência social, na economia. Em 1992, houve crise séria no Poder Executivo, mas as instituições, os Poderes Legislativo e Judiciário, e o povo brasileiro, dando mostras de maturidade política, realizaram pela primeira vez, no mundo, o *impeachment* do Presidente da República, pondo fim à crise do Poder Executivo. Pela primeira vez no mundo, vale realçar, o *impeachment* de um Presidente da República chegou ao seu final. Agora, a crise atinge o Poder Legislativo, que está às voltas com o que a imprensa denomina de o escândalo da "máfia" do orçamento, ou o escândalo dos "sete anões", uma complicada história de corrupção, de apropriação de dinheiro público.

Neste quadro de crises, é natural que o Poder Judiciário também tenha a sua crise. E tem. Em conferência que proferi no "XI Congresso Brasileiro de Magistrados", realizado em Santa Catarina, em setembro de 1991, sob o patrocínio da Associação Brasileira de Magistrados, analisei e discuti vários dos problemas do Judiciário brasileiro ("Problemas e Soluções na Prestação da Justiça", em "Temas de Direito Público", cit., p. 56 e segs.). Felizmente, entretanto, a crise do Poder Judiciário é bem menor que as crises acima indicadas. É importante registrar que, diante da situação de crise dos Poderes Executivo e Legislativo, nenhum juiz pediu a instituição de mecanismos de controle do Executivo e do Legislativo, que pudessem redundar em desprestígio dessas instituições. É que nós, juristas, sabemos que a democracia não se realiza com o enfraquecimento das instituições políticas, com o despres-

tígio do Poder Legislativo. Ruim com o Legislativo, muito pior sem ele. Estamos certos, aliás, de que os Poderes Executivo e Legislativo sairão fortalecidos, pois terão resolvido os seus problemas com os mecanismos postos na Constituição. É assim que deve pensar um povo que deseja viver num Estado de Direito, num Estado Democrático de Direito.

3. *O controle externo do Judiciário e o exame do tema no âmbito do Direito Público*

Diante dos problemas do Poder Judiciário, problemas que foram criados muito mais pelos que têm a chave do cofre, fala-se, entretanto, em controle externo. O controle externo seria a vara de condão, a varinha mágica que daria solução aos problemas da Justiça brasileira. Alguns chegam a preconizar a existência de um conselho, que efetivaria esse controle externo, integrado por membros dos dois outros Poderes.

Gostaria, então, de suscitar alguns temas para reflexão. Vamos situar a nossa conversa sobretudo no Direito Público. Infelizmente, a formação do jurista brasileiro é marcadamente de Direito Privado, o que é uma pena. Então, quando surgem questões como a de que estamos tratando, a tendência é visualizar essas questões fora do seu campo, fora do campo do Direito Público. Quando falamos em controle externo do Poder Judiciário, temos que situar a crítica, a reflexão, no campo do Direito Público.

Acabei de ler uma notável palestra a respeito do tema, do Deputado Álvaro Vale, que é um cientista político — "O Controle Externo do Poder Judiciário", proferida no Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, em 23.08.93 — em que essa questão foi trazida ao debate e o tema foi discutido sob a ótica do Direito Público. Nessa linha, o Deputado Álvaro Vale lembrou que, num sistema de governo presidencialista, não é possível um controle externo do Poder Judiciário, controle que, no sistema parlamentarista, se torna possível.

4. *O controle externo no sistema parlamentar de governo*

Na verdade, num sistema parlamentar de governo, é possível o controle externo do Poder Judiciário. É que, no sistema parlamentarista, há o predomínio do parlamento, o governo é do parlamento. Nesse sistema de governo, o Poder Executivo é dualista, dado que o Governo situa-se no Gabinete, liderado pelo primeiro-ministro, que é o chefe do governo. O gabinete, na verdade, não passa de uma comissão do parlamento. O chefe de Estado, que é o Presidente da República, ou o rei, onde a forma de governo é a monarquia, distingue-se do chefe do governo. Por isso, o Executivo é dualista, no parlamentarismo. Neste, dizia eu, o governo é do parlamento, que encarna a nação, representa a vontade popular. Num autêntico sistema parlamentar de governo, não é possível a existência de constituição rígida, dado que o parlamento, já falamos, representa a vontade do titular do poder constituinte. Assim, identificando-se o parlamento com a nação, com a vontade popular, não se justifica a existência nem de constituição escrita. Onde o parlamentarismo é praticado na sua expressão mais pura, a Inglaterra, não há constituição escrita e o parlamento pode tudo.

No parlamentarismo, dizia eu, o parlamento há de estar identificado com a vontade popular. Quando isto não ocorre, ou quando há dúvida de que isto não está ocorrendo, o chefe de Estado, que é neutro, dissolve o parlamento e convoca o titular do poder, que é o povo, a escolher novos representantes.

5. *O controle na Itália, na Espanha, em Portugal e na França*

Num sistema de governo assim, onde o parlamento se sobrepõe ao Poder Executivo e até ao Poder Judiciário, pode haver controle externo deste, este costuma ser controlado pelo parlamento. Registre-se que os Estados que adotam controle externo do Judiciário são parlamentaristas. Começo por mencionar a Itália, onde há um Conselho Superior da Magistratura, presidido pelo Presidente da República, assim pelo Chefe de Estado, Conselho esse que faz o controle do Judiciário. Esse Conselho Superior da Magistratura, na Itália, presidido pelo Presidente da República, compõe-se de membros eleitos pelo Parlamento e pela Magistratura, e tem poderes disciplinares sobre os juízes. São trinta e três os membros do Conselho, contando-se o Presidente, assim distribuídos: vinte magistrados escolhidos pela magistratura; dez juristas escolhidos pelo Parlamento; o Ministro da Justiça e o Procurador-Geral da República.

Na Espanha, há um Conselho Geral do Poder Judiciário, composto de vinte e um membros: doze juízes escolhidos pelo Parlamento, oito juristas escolhidos pelo Parlamento e mais o Presidente do Conselho, que é escolhido pelo primeiro-ministro e nomeado pelo Rei, que é o Chefe de Estado. Os membros do Conselho têm mandato de cinco anos.

Em Portugal também há um Conselho Superior da Magistratura, com dezessete membros: o Presidente do Conselho é o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça; dois juristas são escolhidos pelo Presidente da República, sendo um deles magistrado; sete juristas são eleitos pela Assembléia da República; sete juízes são eleitos pelos seus pares.

Na França há um Conselho Superior da Magistratura, presidido pelo Presidente da República. O Ministro da Justiça será o seu vice-presidente. O Conselho se compõe de mais nove membros designados pelo Presidente da República. Quando funcionar como conselho de disciplina dos magistrados, será presidido pelo Primeiro Presidente da Corte de Cassação. Conforme vêem, o Conselho Superior da Magistratura, na França, recebe grande influência do Presidente da República. O Presidente da República, aliás, na França, está no art. 64 da Constituição, é quem garante a independência da autoridade judicial. O Judiciário, na França, não é um poder. O Judiciário, na França, é uma autoridade judicial, nada mais. A Constituição francesa de 1958 recebeu grande influência de seu criador, o General Charles de Gaulle, um homem de personalidade fortíssima. Enquanto a França esteve ocupada, manteve o General de Gaulle, em Londres, o governo da Resistência Francesa. Chefe da Resistência, tinha assento à mesa com Churchill, com Roosevelt, com Stalin. De modo que a Constituição que teve a sua inspiração haveria de refletir a sua forte personalidade. Ele reservou para o Presidente da República, para ele próprio, poderes amplos: o Presidente da República é o árbitro do funcionamento regular dos poderes públicos, o árbitro da política. Tem-se, ali, portanto, um sistema semiparlamentar de governo,

onde predomina a vontade do Presidente da República. Num sistema assim, é natural que, também no âmbito do Judiciário, haja o predomínio do Presidente da República, que, além de escolher os nove membros do Conselho Superior da Magistratura, o preside, tendo como vice o Ministro da Justiça.

Os dados de que falamos, a respeito de Estados que contam com controle externo da magistratura, são importantes, porque, comumente, ouvimos, principalmente de leigos — não deixa de existir, entretanto, advogados distraídos que fazem coro com os leigos — que países do primeiro mundo contam com controle externo e que, por isso, esse controle é bom. Esquecem-se, todavia, de que o sistema de governo adotado nesses Estados é o parlamentarista. Não sabem, também, que em tais países o Judiciário não chega a ser um poder político.

6. *A impossibilidade do controle externo no sistema presidencial de governo*

No sistema presidencial de governo as coisas ocorrem diferentemente, certo que o sistema presidencial de governo foi consagrado nas urnas, pelo povo, no plebiscito de abril próximo passado. No sistema presidencial de governo, a separação dos poderes dá-se com nitidez. A constituição brasileira estabelece que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (C.F., art. 2º). A separação dos poderes é característica do sistema presidencial de governo: os Poderes exercem as suas atribuições com independência e sem subordinação nenhuma, não havendo o predomínio de um Poder sobre o outro. A separação dos Poderes, aliás, como garantia do sistema presidencial de governo, constitui limitação material ao poder constituinte derivado ou de revisão, assim cláusula pétrea (C.F., art. 60, § 4º, inciso III).

No presidencialismo, o Poder Executivo se diz monocrático, no sentido de que se concentram no Presidente da República as funções de Chefe de Estado e de Chefe de Governo. O presidencialismo surgiu com a Constituição americana de 1787. Na Convenção de Filadélfia, *os pais* fundadores tinham em mãos o "*Bill of Rights*" de 1689, que surgiu no bojo da "Gloriosa Revolução". Com o "*Bill of Rights*", os ingleses fizeram, em termos empíricos, o que cem anos depois Montesquieu teorizou no "Espírito das Leis", livro que, registra Afonso Arinos de Melo Franco, é o "mais célebre de todo o século XVIII, o estudo histórico-jurídico de maior repercussão política que a humanidade conheceu antes do "Capital', de Marx, cujo dinamismo ideológico superou incontestavelmente a "Política", de Aristóteles, a "República", de Platão, o "Príncipe", de Maquiavel, ou o "Governo Civil", de Locke". (Afonso Arinos de Melo Franco, "O Som do Outro Sino — Um breviário liberal", Civilização Brasileira, e UnB, Rio, 1978, p. 200). Com o "*Bill of Rights*", os ingleses estabeleceram, em termos empíricos, a separação das funções do Estado: enquanto o monarca governava, o parlamento legislava e os juízes, com independência em relação ao monarca e ao parlamento, aplicariam contenciosamente a lei a casos particulares. Os convencionais de Filadélfia tinham em mãos o "*Bill of Rights*": constituiriam um parlamento, instituiriam um poder judiciário e porque não tinham um rei, porque queriam uma república, o chefe do Poder Executivo seria um Presidente que o povo elegeria. Surgiu, então, o sistema presidencial de governo, em que as funções estatais

— legislativa, administrativa e jurisdicional — seriam exercidas por órgãos distintos e independentes, mas harmônicos entre si. Essa harmonia é conseguida na medida em que se pratica a doutrina que os norte-americanos denominam de "*checks and balances*", freios e contrapesos. Essa doutrina, que institui uma certa colaboração entre os poderes, e da qual resulta uma fiscalização mútua, para o fim de realizar justamente aquilo que Montesquieu propugnava: a limitação do poder pelo poder. No "Espírito das Leis", teorizando a respeito da separação dos poderes, e trabalhando sobre o "*Bill of Rights*", que denominou de Constituição da Inglaterra, escreveu Montesquieu que "em todo o Estado há três espécies de poderes, o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do Direito das gentes, e o Poder Executivo das que dependem do Direito Civil. Pelo primeiro o príncipe ou magistrado faz leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia e recebe embaixadas, estabelece a ordem, prevê as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes e julga os dissídios (...) Chama-se a última o poder de julgar e a outra simplesmente o Poder Executivo do Estado." ("O Espírito das Leis", Livro XI, cap. VI, Ed. UnB, p. 187). Antes, entretanto, escrevera:

> "A liberdade política somente existe nos governos moderados. Mas nem sempre ela existe nos governos moderados. Só existe quando não se abusa do poder, mas é uma experiência eterna que todo homem que detém o poder é levado a dele abusar: e vai até onde encontra limites. Quem o diria? A própria virtude precisa de limites. Para que não se abuse do poder é necessário que pela disposição das coisas o poder limite o poder" (ob. cit., cap. IV, p. 186).

7. *Os freios e contrapesos como forma de controle*

A Constituição brasileira consagra a doutrina dos freios e contrapesos, que pode ser assim visualizada, de forma sintética e exemplificativa: A) Legislativo sobre o Executivo, ou a fiscalização daquele sobre este, dá-se, por exemplo, pela rejeição do veto (C.F., art. 66 e §§); pela aprovação, pelo Legislativo, de nomes para determinados cargos (C.F., art. 52, III, IV); pela aprovação de Tratados (C.F., art. 49, I); pela sustação de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (C.F., art. 49, V); pela fiscalização dos atos do Poder Executivo mediante Comissões Parlamentares de Inquérito (C.F., art. 58); pelo controle orçamentário (C.F., art. 70); pelo "*impeachment*", que muitos julgavam ser "peça de museu" e que, entretanto, teve boa prática no Brasil, em 1992. O "*impeachment*" está tratado nos arts. 51, I, 52, I, e parágrafo único, 85 e 86 da Constituição. B) Executivo sobre o Legislativo: o Presidente da República pode vetar projetos de leis (C.F., art. 66, § 1º); nas técnicas de delegação legislativa, mediante a iniciativa legislativa, em certos casos exclusiva (C.F., arts. 61, § 1º, art. 63); na elaboração de leis delegadas (C.F., art. 68); na expedição de medidas provisórias (C.F., art. 62). C) Legislativo sobre o Poder Judiciário: o Legislativo elabora as leis de que necessita o Poder Judiciário (C.F., art. 48); o Poder Legislativo cria os cargos do Poder Judiciário (C.F., art. 48, X); a organização judiciária é votada pelo Legislativo

(C.F., art. 48, IX); o Legislativo vota o orçamento do Poder Judiciário e fiscaliza a execução orçamentária (C.F., art. 48, II; art. 70). O Poder Judiciário tem, hoje, por força da Constituição, autonomia financeira. Vale dizer, apresenta a sua proposta orçamentária, mas cabe ao Poder Legislativo a elaboração do orçamento. O Legislativo aprova os nomes de magistrados do Supremo Tribunal e dos Tribunais Superiores (C.F., art. 52, III, *a*, art. 101, parágrafo único; art. 104, parágrafo único; art. 111, § 1º; art. 123). Convém registrar que os ministros do Supremo Tribunal são aprovados pelo voto da maioria absoluta do Senado Federal (C.F., art. 101, parág. único); pelo julgamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade. Isto quer dizer que os Ministros do Supremo Tribunal estão sujeitos a "*impeachment*" perante o Legislativo, mais precisamente perante o Senado Federal (C.F., art. 52, II). D) Poder Executivo sobre o Poder Judiciário: o Presidente da República nomeia os Ministros do Supremo Tribunal, dos Tribunais Superiores e de Tribunais Regionais (C.F., art. 101; art. 104, parágrafo único; art. 107; art. 111, § 1º; art. 115; art. 119, II; art. 120, § 1º, III; art. 123); pela concessão de indulto e pela comutação de penas (C.F., art. 84, XII). E) Poder Judiciário sobre os Poderes Executivo e Legislativo: no controle da administração e no controle da constitucionalidade das leis. É efetivando esses controles que o Poder Judiciário se afirma como poder político.

Nessa interação de funções, nessa colaboração de poderes, que resulta numa fiscalização mútua, realiza-se a doutrina dos *checks and balances*, ou dos freios e contrapesos, tornando harmônicos os Poderes.

A doutrina dos freios e contrapesos realiza, outrossim, o controle do Poder Judiciário, como é fácil verificar, sem violar as garantias que a Constituição concede a esse Poder. Hoje, aliás, no mundo inteiro — quando falo no mundo inteiro, refiro-me ao mundo civilizado — os povos se preocupam — retorno às minhas palavras iniciais — com as garantias do Poder Judiciário, com a independência do Poder Judiciário, porque os povos perceberam que a garantia das garantias é mesmo a prestação jurisdicional, a possibilidade que o indivíduo tem de se dirigir, desde que violado um direito seu, a um tribunal independente e imparcial. Na Magna Carta do Rei João Sem Terra isto foi escrito. Os ingleses, no seu pragmatismo, pugnaram por isso na Magna Carta de 1215: todo aquele que tivesse atingida a sua fazenda ou a sua liberdade poderia reclamar a um juiz independente e imparcial.

É conhecida a atitude adotada por Mangabeira, quando recebeu a intimação do Tribunal de Segurança Nacional, ao Tribunal respondendo que não se defenderia perante juízes que não tinham garantias de independência.

8. *Demais mecanismos de controle*

Falamos que a doutrina dos freios e contrapesos é um mecanismo de controle do Poder Judiciário. Há, ao lado dos *checks and balances*, outros mecanismos de controle do Poder Judiciário. É falsa, portanto, a afirmativa no sentido de que o Poder Judiciário é um Poder sem controle. O eminente Desembargador Antônio Carlos Amorim, Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tem escrito, proficientemente, a respeito do tema, demonstrando a existência desse controle. Da mesma forma, o eminente Senador Josaphat Marinho, que é dos melhores juristas deste País.

Vejamos os inúmeros mecanismos de controle do Poder Judiciário: 1) os juízes ingressam na carreira após aprovação em concurso público de provas e títulos, concurso que conta com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil (C.F., art. 93, I); 2) todos os julgamentos são públicos e fundamentadas todas as decisões (C.F., art. 93, IX); 3) as decisões administrativas dos Tribunais são motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros (C.F., art. 93, X). Uma palavra a respeito disso. Estive na Suprema Corte americana. Constatei que esse notável Tribunal decide, sobretudo, em reuniões reservadas. O Tribunal Constitucional da Espanha decide, preliminarmente, em reunião reservada, mediante comissão de membros do Tribunal. E assim ocorre em diversos outros países. No Brasil, entretanto, todos os julgamentos são públicos, todas as decisões serão fundamentadas; 4) os tribunais, no Brasil, são integrados por juízes de carreira e por juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público. O art. 94 da Constituição consagra o "quinto" constitucional, certo que os juízes do "quinto" são escolhidos, preliminarmente, pelos seus órgãos de classe em listas sêxtuplas. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de um terço de juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público; 5) os orçamentos do Poder Judiciário são estipulados em conjunto com os demais Poderes (C.F., art. 99, § 1º) e votados pelo Poder Legislativo; 6) a fiscalização externa da gestão orçamentária do Poder Judiciário é realizada pelos Tribunais de Contas, que são órgãos auxiliares do Poder Legislativo (C.F., arts. 70 e segs.); 7) os membros do Supremo Tribunal, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais Regionais são nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação dos indicados para o STF e Tribunais Superiores pelo Senado Federal; 8) os Ministros do Supremo Tribunal Federal estão sujeitas a "*impeachment*" perante o Senado Federal; 9) a regra é o duplo grau de jurisdição. Por isso, são assegurados recursos, vale dizer, as decisões estão sujeitas a recursos, recursos que estão previstos na Constituição e nas leis processuais.

Não há dúvida, portanto, de que o Poder Judiciário é um Poder sob intenso controle. Todavia, esse controle a que o Poder Judiciário está sujeito, por força da Constituição, não atenta contra a independência e a imparcialidade dos juízes, não atenta contra a separação dos Poderes, que é garantia do sistema presidencial de governo. É fácil verificar que aqueles que afirmam que o Poder Judiciário é um Poder sem controle, o fazem por ignorância ou por má-fé.

9. *O abastardamento da função jurisdicional*

Há um controle que os juízes brasileiros não admitem e com o qual o Supremo Tribunal Federal, como cúpula do Judiciário, não concorda, que é aquele que abastarda a função jurisdicional, que atenta contra a separação dos Poderes, que é esse controle externo que certas vozes propagam e que, conforme bem disse o Prof. Geraldo Facó Vidigal, da USP, em artigo publicado na "Folha de S. Paulo", não passa de "uma idéia-travesti, engana quem a olhe, mas, despida, é o que é. Hitler e Goebbels invejariam esta mentira que, se convenientemente repetida, se tornará o princípio do fim das liberdades públicas e das garantias individuais", porque é ela "a espada de Dâmocles" que o penúltimo bastião da sociedade ergue sobre o último, que é, no Brasil, de longe, o melhor dos três poderes. A ameaça representará, na verdade,

caso o Judiciário termine por ser dobrado, o enterro definitivo do Estado democrático de direito no Brasil." (Geraldo Facó Vidigal, "Controle do Poder Judiciário, idéia nazista", "Folha de S. Paulo", 25.04.93).

Jamais concordei e continuo não concordando com a idéia infeliz de submeter o Poder Judiciário a controle externo, que seria exercido por pessoas estranhas ao Judiciário e cuja verdadeira finalidade é manietar os juízes.

10. *O controle de qualidade do Judiciário e da magistratura*

O fato de não concordar com o "controle externo do Judiciário", não quer dizer que não reclame eu a instituição de um Conselho Nacional da Magistratura que realizaria um controle de qualidade do Judiciário e dos juízes. Primeiro que tudo, não podemos ignorar que há problemas no Judiciário que precisam ser corrigidos. Reporto-me, novamente, à palestra que proferi em setembro de 1990, em Santa Catarina, no "XI Congresso Brasileiro de Magistrados", na qual analisei e discuti alguns desses problemas. É preciso, na verdade, que o Poder Judiciário efetive o seu controle de qualidade, controle de qualidade da Justiça e dos juízes.

11. *O século XXI será o século do Poder Judiciário*

Ouvi magnífico discurso, em São Paulo, do Presidente do Tribunal Federal da 3ª Região, Juiz Américo Lacombe. O Juiz Lacombe, que é, também, notável professor de Direito, fez afirmativa muito interessante no seu discurso. Disse ele que o século XVIII e o século XIX foram os séculos do Poder Legislativo. O século XX foi o século do Poder Executivo, mas o século XXI será o século do Poder Judiciário.

Refleti sobre o tema. A reflexão me fez concordar com Lacombe. Dou-lhes as razões do meu convencimento. Em primeiro, porque as constituições deste final de século conferem um novo sentido à cidadania. As novas constituições querem fazer do povo o grande fiscal do poder político, despertando e convocando as pessoas para o exercício da cidadania consciente, cidadania no seu sentido mais amplo. Essa fiscalização do poder político se faz e se fará mediante a atuação do Poder Judiciário.

Situemo-nos no Brasil. A Constituição de 1988, a mais democrática das Constituições que tivemos, fortaleceu essa fiscalização, ao ampliar o campo de proteção, por exemplo, da ação popular, que protege, agora, também, a moralidade administrativa (C.F., art. 5º, LXXIII). A Constituição de 1988, aliás, fez da moralidade administrativa princípio constitucional, ao lado da legalidade, da impessoalidade e da publicidade, estabelecendo, expressamente, a sujeição da administração pública a esses princípios (C.F., art. 37).

Hoje, na Europa, e também entre nós, há correntes doutrinárias de Direito Administrativo que inovam no tema do controle da administração pública pelo Poder Judiciário. Assim as posições doutrinárias de Eduardo Garcia de Enterria, na Espanha, de Afonso Queiró, em Portugal, de Guido Falzone, na Itália, de Agustin Gordilho, na Argentina, de Celso Antônio Bandeira de Mello, no Brasil. Num Estado de Direito tudo se faz de conformidade com a lei, vale dizer, a Administração age dando

execução à lei, observando rigorosamente a lei. Em certos casos, a lei estabelece o único comportamento a ser adotado pelo administrador perante casos concretos. Noutras palavras, casos há em que o legislador preestabelece a situação de fato e o modo de agir do administrador diante de tal situação. Tem-se, em caso assim, vinculação, ou o ato a ser praticado pelo administrador é um ato vinculado. Noutros casos, entretanto, o legislador permite ao administrador, diante de certas situações fáticas, determinada margem de liberdade no praticar ou não praticar o ato, ou concede-lhe competência para escolher o momento de praticar o ato, ou defere-lhe opção quanto à forma do ato, ou autoriza o administrador a decidir sobre a providência a ser adotada entre alternativas que lhe são oferecidas. Nestas hipóteses, estamos diante da discricionariedade administrativa, que Celso Antônio Bandeira de Mello resume da seguinte forma: "Nestes casos, diz-se que há discricionariedade, porque cabe interferência de um juízo subjetivo do administrador no que atina, isolada ou cumulativamente: a) à determinação ou reconhecimento — dentro de certos limites mais além referidos — da situação fática ou b) no que concerne a não agir ou agir ou c) no que atina à escolha da ocasião azada para fazê-lo ou d) no que diz com a forma jurídica através da qual veiculará o ato ou e) no que respeita à eleição da medida considerada idônea perante aquela situação fática, para satisfazer a finalidade legal." (Celso Antônio Bandeira de Mello, "Discricionariedade e Controle Jurisdicional", Malheiros Ed., São Paulo, 1992, p. 17).

Posta assim a questão, indaga-se: quando a lei concede ao administrador a faculdade de decidir com discricionariedade, ela o faz com que sentido? Ela estaria, ao conceder discricionariedade ao administrador, permitindo que este deixe de adotar comportamento que satisfaça a sua exata finalidade? Responde Celso Antônio que, bem ao contrário, a discrição é a "prova de que a lei sempre impõe o comportamento ótimo". É que, "quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal". (Ob. cit., p. 32). Ora, se o legislador quer que o administrador, diante das circunstâncias fáticas, adote a melhor solução, "se o comando da norma sempre propõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, nos casos de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente, aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei". (Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., p. 33).

Então, a obrigação que a lei impõe ao administrador de tomar a melhor das decisões, para o fim de atender à finalidade posta na lei, não é apenas uma obrigação política, mas é, também, uma obrigação jurídica, mesmo porque, na lição de Guido Falzone, há um dever jurídico de boa administração e não apenas um dever moral, "porque a norma só quer a solução excelente". E se não for adotada a solução querida pela lei, que é a solução excelente, "haverá pura e simplesmente violação da norma de Direito, o que enseja correção jurisdicional, dado que terá havido vício de legitimidade." (Guido Falzone, "*Il Dovere di Buona Amministrazione*", A. Giuffrè Editore, 1953, p. 87 e segs. *Apud* Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., pp. 36/37).

Repito: se a lei quer que o administrador tome a solução melhor para o fim de satisfazer a sua finalidade, vale dizer, a finalidade inscrita na lei, tem-se uma obriga-

ção jurídica, por isso mesmo sujeita ao controle judicial. A doutrina é, na verdade, inovadora, inovadora e benfazeja. Ela altera conceitos, deixa longe o conceito clássico de mérito administrativo, aparta-se da afirmativa no sentido de que os motivos de oportunidade e de conveniência administrativa, utilizados pelo administrador, na prática do ato discricionário, são intangíveis ao controle judicial. Ora, diante de uma tal doutrina, o juiz passa a ter uma atuação política — claro que quando falo em política, refiro-me à política em seu exato sentido, no seu sentido grego, não, evidentemente, à política partidária, que esse tipo de política nós, juízes, não praticamos e a queremos distante dos Tribunais — atuação política que confere preeminência à função jurisdicional. Essa doutrina de Direito Administrativo toma corpo, é objeto de considerações dos publicistas, constitui a tônica do moderno Direito Público. Ela contribuirá, sobremaneira, ao que penso, para fazer do Poder Judiciário o Poder do século XXI.

Retorno às considerações a respeito da moralidade administrativa. O que se percebe é que os povos, quanto mais tomam consciência de sua cidadania, mais desejam que os atos dos governantes sejam marcados pela moralidade. Há como que uma fome de moralidade. Isto é muito bom. É claro que a moralidade administrativa, a moralidade jurídica, distingue-se da moralidade comum. Elas, entretanto, a moralidade jurídica e a moralidade comum, se entrelaçam nos seus objetivos. O que parece certo é que, erigida a moralidade administrativa em princípio constitucional, muita vez o juiz terá que decidir a respeito de um ato administrativo formalmente perfeito, mas que é atentatório à moralidade administrativa. O Judiciário, por isso mesmo, deverá anulá-lo.

Na medida em que as pessoas, no exercício de sua cidadania, fiscalizando o poder público, exigem efetiva atuação do Judiciário, para o fim de restaurar a moralidade administrativa, e na medida em que o Judiciário preste, a tempo e modo, a tutela jurisdicional, estará se fortalecendo.

E mais: a jurisdição constitucional das liberdades, de que nos fala o príncipe dos processualistas, Mauro Cappelletti, e que se efetiva mediante a utilização dos remédios constitucionais, ou das ações constitucionais, tem sido fortalecida e viu-se fortalecida, por exemplo, no Brasil, com a Constituição de 1988, que instituiu novos remédios constitucionais, o mandado de segurança coletivo, a proteger interesses coletivos e difusos, o mandado de injunção, o *habeas data*, que fez a ação popular proteger, também, a moralidade administrativa. O reconhecimento, pela Constituição, da legitimação coletiva, o prestígio concedido à ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, reforça, sobremaneira, a jurisdição das liberdades, faz crescer de importância a função jurisdicional.

Tudo isto, meus senhores, leva-me a concordar com o Juiz Américo Lacombe, tudo isto concede relevância ao Poder Judiciário e fará dele o Poder do século XXI.

12. *O aperfeiçoamento do Poder Judiciário: controle de qualidade e o Conselho Nacional da Magistratura*

Penso, por isso mesmo, que é dever dos juízes, que é dever dos juristas, propug-

nar por um Judiciário melhor, cujos problemas sejam atacados de frente, por um Judiciário transparente, sem as mazelas que causam desgostos aos magistrados e aos advogados e afligem o jurisdicionado, que não recebe, a tempo e modo, a prestação jurisdicional, mazelas que mancham e desacreditam a função jurisdicional. Por isso, tenho proposto e tenho propugnado por um controle de qualidade do Judiciário e da magistratura.

Para que se efetive esse controle — controle que o próprio Judiciário realizará — proponho a criação de um Conselho Nacional da Magistratura, que seria instituído junto ao Supremo Tribunal Federal e que teria as atribuições principais de fiscalizar o andamento dos serviços judiciários, tornar efetiva a pronta prestação jurisdicional, mediante a investigação e o exame das causas de emperramento da máquina judiciária, formulando proposta de soluções, punindo, se for o caso, o juiz ou o servidor que não seja laborioso, afastando e punindo os juízes e servidores desonestos ou que não tenham vocação para o cargo. Se numa determinada Comarca os processos se avolumam, a prestação jurisdicional se torna lenta demais, o Conselho investigará as causas disso e verificará o que é necessário ser mudado, ser alterado, inclusive no que toca às leis processuais, para que o processo se torne mais ágil e seja menos objeto da "chicana" judiciária. O Conselho terá como atribuição, ademais, velar pelo exato comportamento dos juízes, porque a sociedade deseja que os magistrados sejam exemplares na sua conduta. O Conselho recomendaria, sempre que necessário, a instauração de procedimentos disciplinares contra servidores e magistrados, com recurso para o próprio Conselho, que poderia formalizar atos de exoneração, disponibilidade e aposentadoria de servidores e magistrados faltosos. E mais: o Conselho teria competência para expedir decisões normativas a respeito de questões administrativas, como, por exemplo, aquelas que dizem respeito a vencimentos e vantagens de juízes e servidores. Quantas vezes o Supremo Tribunal Federal se vê diante de situações curiosas: há decisões de Tribunais em torno de vencimentos e vantagens, divergentes de decisões de outros Tribunais, o que redunda em desprestígio para o Poder Judiciário.

Este meu pensamento foi exposto, pela primeira vez, na conferência que proferi, em maio de 1985, na Escola Superior da Magistratura gaúcha, num simpósio promovido pela Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul — AJURIS. A palestra, que se subordinou ao título — "O Poder Judiciário na Constituição — Uma Proposta de Reforma" —, está no meu livro "Temas de Direito Público", Del Rey Editora, p. 23 e segs. Posteriormente, em palestra que proferi no "XI Congresso Brasileiro de Magistrados", realizado em Santa Catarina, de 13 a 15 de setembro de 1990, sob o patrocínio da Associação dos Magistrados Brasileiros, voltei ao tema. De lá para cá tenho trabalhado a idéia, tenho tentado aperfeiçoá-la.

13. *O Conselho Nacional da Magistratura: composição*

O Conselho Nacional da Magistratura, instituído junto ao Supremo Tribunal Federal, cujas decisões poderiam ser revistas por este, em mandado de segurança originário, por exemplo, seria integrado por quatro Ministros do STF, por quatro Ministros que representariam os quatro Tribunais Superiores — STJ, TSE, STM e TST —

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

por três Desembargadores que representariam os Tribunais dos Estados-membros, escolhidos pelo Colégio de Presidentes dos Tibunais de Justiça, por um Juiz representante dos Tribunais Regionais Federais e um Juiz representante dos Tribunais Regionais do Trabalho. E aqui estou diante de uma questão que, geralmente, os meus colegas magistrados costumam divergir de mim. É que penso que o Conselho Nacional da Magistratura pode e deve ser integrado, também, por representante do Conselho Federal da O.A.B., indicado, por este, ao Supremo Tribunal Federal, em lista tríplice, cabendo ao Supremo Tribunal a designação. E, junto ao Conselho, oficiará o Procurador-Geral da República. Os grandes problemas do Poder Judiciário seriam levados ao Conselho, principalmente, pelo representante da O.A.B., porque os advogados é que podem sentir e perceber mais nitidamente esses problemas. Assim, o representante da O.A.B. seria — utilizo-me de imagem formulada por um eminente colega, em conversa informal — o homem que apagaria o estopim, porque este homem, repito, transmitiria ao Conselho os problemas da Justiça e ajudaria, com a sua experiência, a eliminar esses problemas.

Não considero nem o advogado nem o representante do Ministério Público elementos estranhos ao Poder Judiciário. É que o Ministério Público é considerado, pela Constituição, instituição essencial à função jurisdicional (C.F., art. 127), enquanto que o advogado, segundo dispõe o art. 133 da Constituição, é indispensável à administração da Justiça. Nenhum Tribunal funciona e nenhum juiz decide sem a participação do advogado. Juízes, advogados e membros do Ministério Público estamos todos empenhados no distribuir justiça, integramos uma mesma instituição, fazemos parte de uma mesma família. Creio, por isso mesmo, que estaria justificada a participação, no Conselho, do advogado e do promotor, aquele como membro do Conselho, o Ministério Público, pelo seu chefe, o Procurador-Geral, nele oficiando, exercendo a função de fiscal da lei.

O Conselho Nacional da Magistratura poderia sugerir um conjunto de leis, quer no campo processual, quer na área administrativa, para o fim de tornar mais ágil o processo, banindo a burocracia cartorária, conforme já foi dito, racionalizando os serviços dos cartórios e das secretarias, eliminando práticas administrativas viciosas, como, por exemplo, o nepotismo, mediante a proibição de nomeação, para cargos em comissão, de parente de magistrados e de servidores. Isto seria fácil. Bastaria que uma lei estabelecesse a aplicação obrigatória, em todos os Tribunais, das normas regimentais, que dizem respeito a servidores, vigentes no Supremo Tribunal Federal. É que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal estabelece, expressamente, que, "salvo se funcionário efetivo do Tribunal, não poderá ser nomeado para cargo em comissão, ou designado para função gratificada, cônjuge ou parente (arts. 330 a 336 do Cód. Civil), em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, de qualquer dos Ministros em atividade." Eu acrescentaria: "de qualquer dos Ministros ou servidor da Casa em atividade".

14. *O Corregedor-Geral ou o "investigador da Justiça"*

E mais: o Conselho Nacional da Magistratura teria um Corregedor-Geral, que seria o "investigador da Justiça". O Corregedor-Geral seria um Ministro do Supre-

mo Tribunal Federal, que, enquanto Corregedor, não teria funções judicantes no Tribunal, porque ficaria, em tempo integral, por conta do Conselho. Para que isto se efetive, seria criado mais um cargo de Ministro do Supremo Tribunal, com a finalidade de exercer as funções de Corregedor, sem funções judicantes. O Corregedor exerceria as funções por um espaço de tempo determinado, três anos, por exemplo, e seria eleito pelo Supremo Tribunal Federal no momento em que o Tribunal escolhesse os seus representantes no Conselho Nacional da Magistratura. O Corregedor, nas correições e nas investigações que realizasse, poderia requisitar juízes de quaisquer órgãos do Poder Judiciário, para auxiliá-lo, podendo aos juízes delegar atribuições. Assim, por exemplo, diante de denúncias ou representações contra órgãos jurisdicionais de certa região do País, requisitaria o Corregedor juízes de órgãos jurisdicionais de outras regiões, que o auxiliariam nas investigações. O Corregedor-Geral seria o órgão executivo do Conselho.

O Conselho Nacional da Magistratura, assim composto, poderia, respeitando a independência da magistratura, efetivar aquilo que chamo de controle de qualidade do Poder Judiciário, controle de qualidade da magistratura. Com isto, teríamos contribuído para tornar verdade a afirmativa de que o século XXI será o século do Poder Judiciário.

No Supremo Tribunal Federal, quando da elaboração do projeto de lei complementar que dispõe sobre o Estatuto da Magistratura Nacional, nos termos do art. 93 da Constituição, a questão foi posta em mesa. O Supremo Tribunal propôs, então, a criação do Conselho Nacional de Administração da Justiça, com a seguinte composição:

I — O Presidente e o Vice-Presidente do S.T.F.;

II — três outros Ministros do S.T.F.; com mandato de dois anos, admitida a recondução por um período;

III — os Presidentes dos quatro Tribunais Superiores;

IV — dois Presidentes de Tribunais de Justiça, escolhidos, com os respectivos suplentes, pelos Presidentes desses Tribunais, na forma do Regimento Interno do Conselho (Projeto, art. 81).

Tanto na composição como nas atribuições do Conselho, a nossa proposta difere da proposta do Supremo Tribunal Federal. Elas encontram convergência, entretanto, nos seus objetivos fundamentais.

De uma feita, falando assim numa reunião como esta, alguém, durante os debates, indagou se eu não estaria a propugnar por uma ditadura dos juízes, por uma ditadura do Poder Judiciário. Respondi, então, ao meu interlocutor, com as palavras do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello que, escrevendo sobre o tema, disse que "temer a ditadura do Judiciário seria o mesmo que temer o seqüestro de pessoas por naves interplanetárias ao invés de temer os assaltantes que invadem as ruas. Temer a ditadura judicial seria o mesmo que temer hipóteses de ficção científica em lugar de fatos concretos".

15. *Conclusão*

Concluindo, podemos afirmar que o controle externo do Judiciário não seria

compatível com o sistema presidencial de governo, em que há nítida separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ademais, o controle externo atentaria contra garantias de independência e de imparcialidade do Poder Judiciário, causando danos à cidadania, assim aos jurisdicionados. De outro lado, a doutrina dos freios e contrapesos, própria do sistema presidencial de governo, e mais os mecanismos de fiscalização hoje existentes — o ingresso na carreira mediante concurso público, com a participação da O.A.B., a publicidade dos julgamentos e a obrigatoriedade de as decisões serem fundamentadas, a existência do "quinto" constitucional, com a participação, nos Tribunais, de juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público, a estipulação dos orçamentos em conjunto com os demais Poderes, a fiscalização externa da gestão orçamentária pelos Tribunais de Contas, a nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais Regionais pelo Chefe do Poder Executivo, depois de aprovada a escolha, pelo Senado Federal, dos indicados para o STF e para os Tribunais Superiores, o "*impeachment*" dos Ministros do Supremo Tribunal, pelo Senado, o amplo sistema de recursos previsto na Constituição e nas leis processuais, e a possibilidade de fiscalização da gestão patrimonial, orçamentária e administrativa pelos cidadãos, por entidades representativas da sociedade e pelo Ministério Público, mediante a propositura, por exemplo, de ações populares, ações civis públicas e ações diretas de inconstitucionalidade — demonstram que o Judiciário não é um Poder sem controle. A nocividade do controle externo e a sua absoluta desnecessidade não afasta, entretanto, a possibilidade da implantação de um controle de qualidade do Judiciário e da magistratura, que seria exercido por um Conselho Nacional instalado junto ao Supremo Tribunal Federal e integrado por quatro Ministros do Supremo Tribunal, por quatro representantes dos quatro Tribunais Superiores, STJ, TSE, STM e TST, por três desembargadores, por um Juiz representante dos Tribunais Regionais e Federais e um Juiz representante dos Tribunais Regionais do Trabalho, mais um advogado, indicado, em lista tríplice, pelo Conselho Federal da O.A.B. e designado pelo Supremo Tribunal Federal, oficiando, perante o Conselho, o Procurador-Geral da República. O Conselho teria, dentre outras atribuições, a coordenação superior da Justiça brasileira, fiscalizaria o andamento dos serviços judiciários, propondo ao Congresso projetos de leis que tornassem mais ágil a prestação jurisdicional e que eliminassem práticas administrativas viciosas e velaria pelo exato comportamento de juízes e servidores da Justiça. O Conselho teria um Corregedor-Geral da Justiça, que seria o "investigador da Justiça", podendo requisitar juízes que o auxiliariam nas correições e investigações. O Corregedor-Geral seria o órgão executivo do Conselho Nacional da Magistratura.