

Controle externo do Poder Judiciário – inconstitucionalidade

ALEXANDRE DE MORAES

SUMÁRIO

1. Poder Judiciário – autonomia e independência. 2. Independência do Poder Judiciário e controle externo. 3. Supremo Tribunal Federal e controle externo do Poder Judiciário.

1. Poder Judiciário – autonomia e independência

O Poder Judiciário é um dos três poderes clássicos previstos pela doutrina e consagrado como um poder autônomo e independente, de importância crescente no Estado de Direito, pois, como afirma Sanches Viamonte, sua função não consiste somente em administrar a Justiça, pura e simplesmente, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornariam-se vazios. Essa concepção resultou da consolidação de grandes princípios de organização política, incorporados pelas necessidades jurídicas na solução de conflitos. Clèmerson Merlin Clève, nesse sentido, coloca que a Constituição Federal de 1988 prestigiou o Poder Judiciário. Concedeu, afinal, “a esse Poder o monopólio da função jurisdicional”¹.

Se é verdade que se deve ter em mente a advertência de Pinto Ferreira de que

“nos derradeiros anos aumentou a influência do Poder Judiciário. Se, a princípio, era um órgão de pouca influência, e praticamente subordinado aos demais órgãos, hoje não somente é um órgão distinto, mas poderoso. É essa a razão pela qual

Alexandre de Moraes é Promotor de Justiça de São Paulo e professor de Direito Constitucional e Direitos Humanos do Complexo Jurídico Damásio de Jesus e do Curso de Especialização da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. É membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Mestrando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo.

¹*Temas de Direito Constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 36.

surgiu conhecido livro de Lambert intitulado *O governo dos juízes e a luta contra a legislação social nos Estados Unidos* (1925), livro que mereceu a réplica de Roger Pinto na obra intitulada *Os juízes que não governam* (1934). Uma tal doutrina chegou a cristalizar-se numa orientação avançada de que o Poder Judiciário é um superpoder, como lembrou James Black no livro *A Constituição dos Estados Unidos* (1923, p. 150 e s.). Nem tanto, nem quanto. O Poder Judiciário é um dos três poderes constitucionais; não está acima dos demais poderes. Acolher a idéia do superpoder, como aliás teve agasalho em nosso STF, é uma utopia, desmentida pela realidade prática do Brasil e dos demais países”²;

não é menos verdade que o Poder Judiciário não está abaixo dos demais, devendo, portanto ter plena autonomia e independência.

Não se consegue conceituar um verdadeiro Estado de Direito Democrático sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de guardião das leis, pois, como afirmou Zaffaroni, “a chave do poder do judiciário se acha no conceito de independência”³.

Daí as garantias de que goza, algumas das quais asseguradas pela própria Constituição Federal, sendo as principais a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Na proteção dessas garantias, devemos atentar na recomendação de Montesquieu, de que as leis e expedientes administrativos tendentes a intimidar os juízes contravêm o instituto das garantias judiciais, impedindo a prestação jurisdicional, que há de ser necessariamente independente, e afetando, dessa forma, a separação dos poderes e a própria estrutura governamental. Na defesa da necessária independência do Judiciário, Carl Schmitt afirma que a utilização da legislação pode ser facilmente direcionada para atingir os predicamentos da magistratura, afetando a independência do Poder Judiciário. Como autoproteção, o próprio Judiciário poderá garantir sua posição constitucional, mediante controle judicial desses atos, de onde concluímos a ampla possibilidade de con-

trole de constitucionalidade das leis ou atos normativos que desrespeitem o livre exercício desse Poder. Ressalva, porém, a necessidade da submissão do magistrado ao império da Constituição e das leis ao afirmar que

“En todos los casos, los fundamentos del control y de la decisión judicial han de ser normas que permitan una subsunción precisa y delimitada. La sujeción a una de estas normas es, justamente, condición y premisa de la independencia del poder judicial. Cuando el juez abandona el terreno en que realmente es posible una efectiva subsunción bajo normas generales y, como consecuencia, una sujeción concreta a la ley, deja de ser un juez independiente, sin que puede aducirse en su descargo ninguna apariencia de judicialidad”⁴.

Bandrés afirma que a independência judicial constitui um direito fundamental dos cidadãos, inclusive o direito à tutela judicial e o direito ao processo e julgamento por um tribunal independente e imparcial. E conclui, citando Luigi Ferrajoli, para quem a independência da magistratura pode ser entendida de diversas maneiras, inclusive opostas,

“como independencia de la función judicial respecto del Poder Ejecutivo y de los centros burocráticos de decisión internos a la propia organización judicial, o como independencia del Poder Judicial de cualquier forma de control democrático y popular. En una palabra, como independencia frente al poder o como poder independiente”⁵.

Assim, é preciso um órgão independente e imparcial, para velar pela observância da Constituição, e garantidor da ordem na estrutura governamental, mantendo nos seus papéis tanto o Poder federal como as autoridades dos Estados Federados, além de consagrar a regra de que a Constituição limita os poderes dos órgãos da soberania. Marcelo Caetano analisa essa importante função do Judiciário americano, apontando que

“na verdade, a Constituição criou um equilíbrio instável entre a União e os Es-

²FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 4. p. 03.

³ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário* - tradução: Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995, p. 87.

⁴SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución* (Der Hüter der Verfassung) - tradução do alemão de Manuel Sanchez Sarto. Madri: Tecnos1983, p. 53.

⁵BANDRÉS, José Manuel. *Poder Judicial Y Constitución*. Barcelona: Bosch-Casa Editorial, 1987. p. 12.

tados que nos primeiros tempos teria sido muito fácil romper em benefício dos Estados, considerados fonte e origem da soberania federal, reduzindo a União à importância. Era preciso que um órgão independente e imparcial velasse pela observância da Constituição e mantivesse nos seus papéis tanto o Poder federal como as autoridades dos Estados federados. O Supremo Tribunal chamou a si essa missão, que não lhe estava atribuída expressamente na Constituição, a partir do célebre caso *Marbury v. Madison* (1803). Mas com ela veio uma idéia nova, desconhecida em Inglaterra: a de que a Constituição limita os poderes dos órgãos da soberania”⁶.

2. Independência do Poder Judiciário e controle externo

A imperiosa obrigatoriedade de imparcialidade e independência do Poder Judiciário nos traz a necessidade de tratarmos da real possibilidade da criação de um *controle externo* sobre suas atividades.

O estudo deve analisar, primeiramente, o teor de dois artigos da Constituição Federal, o art. 2º (*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*) e o art. 60, § 4º, III (*Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a separação dos Poderes*), pois a conjugação de ambos nos mostra que o legislador constituinte, ao proclamar a existência de poderes da República, independentes e harmônicos entre si, cada qual com sua função soberana, buscou uma finalidade maior, qual seja, evitar o arbítrio e garantir a liberdade individual do cidadão. Ambas as previsões vieram acompanhadas pelo manto da imutabilidade, pretendendo o legislador constituinte evitar o futuro desequilíbrio entre os detentores das funções estatais.

A harmonia prevista entre os Poderes de Estado vem acompanhada de um detalhado sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), consistente em controles recíprocos⁷.

⁶CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. I. p. 117.

⁷Cf. MORAES, Alexandre. *Direitos humanos*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 65-75; PIÇARRA, Nuno. *Separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989. ; FERRAZ,

Assim, é necessário lembrar, dentro dessa idéia de *reciprocidade de controles*, que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades administrativas do Poder Judiciário deverá ser realizada pelo Poder Legislativo, por meio do próprio Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União⁸, no âmbito nacional.

Além disso, o modo de escolha e investidura da cúpula do Poder Judiciário – os Ministros do Supremo Tribunal Federal – sofre rigoroso controle por parte tanto do Poder Executivo, quanto do Poder Legislativo. A Constituição Federal prevê, em seu art. 101, que o

“Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada”,

sendo que o parágrafo único do citado artigo determina que

“Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”.

Não bastasse isso, o Poder Judiciário sofre controle administrativo na escolha e modo de investidura de altos magistrados de Tribunais Superiores, além da regra do quinto constitucional na Justiça Federal, no âmbito da União; e nos Tribunais Estaduais e do Distrito Federal.

A reforçar esse sistema de controles exercidos sobre o Poder Judiciário, como relembra José Tarcízio de Almeida Melo,

“o controle legislativo do Poder Judiciário, além daquele em que o Congresso tem como auxiliar o Tribunal de Contas da União, dá-se com a participação na elaboração dos projetos de lei, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça, concernentes à alteração do número de cargos de membros dos Tribunais e dos respectivos servidores, e fixação dos vencimentos, bem como à organização e divisão judiciária (art. 96, III)”⁹.

Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes*. São Paulo: RT, 1994.

⁸CF, art. 71, IV.

⁹ALMEIDA MELO, José Tarcízio de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 258.

Todos esses controles configuram-se previsões originárias do legislador constituinte, dentro do equilíbrio que deve pautar a harmonia entre os Poderes da República.

Seria possível, pois, ao legislador constituinte derivado – Congresso Nacional – conceber a tarefa de criação de um *verdadeiro Quarto Poder*, cuja função precípua seria controlar um dos três Poderes da República, originariamente criado e organizado pela Assembléia Nacional Constituinte?

Creemos que não, sob pena de grave ferimento à uma das cláusulas pétreas: a Separação dos Poderes¹⁰. A criação de um órgão autônomo e externo ao Poder Judiciário, com a missão de fiscalizá-lo e controlá-lo, acabaria por desrespeitar flagrantemente os arts. 2º e 60, § 4º, III, da Constituição Federal, configurando-se em uma intervenção dos demais poderes na magistratura, que ficaria submetida hierárquica e politicamente a um órgão político, composto por integrantes pertencentes aos demais Poderes ou instituições estatais, e, em conseqüência, haveria o grave risco de comprometimento da imparcialidade dos magistrados¹¹.

Esse mesmo entendimento é defendido por Michel Temer, que, após analisar a necessidade de independência do Judiciário, afirma que o

“Conselho Nacional de Justiça será um outro poder, independente dos demais. Será composto, inafastavelmente, por membros de correntes partidárias ou funcionais que farão nascer, se não diretamente, pelo menos indiretamente, *nefasta influência na decisão judicial*. Não desejo dizer, com isso, que o juiz será intimidado pelo Conselho. Haverá, porém,

¹⁰Posicionando-se a favor da criação de um controle externo do Poder Judiciário, que entende compatível com a Separação dos Poderes, Mário Brockmann afirma que “a expressão poderes independentes permite uma interpretação abusiva da teoria inspirada da fórmula importada, pois o que se busca com a separação de poderes é a sua limitação mútua, enquanto o que se obtém com a sua independência é uma lógica de expansão isolacionista. E com o isolamento podem vir a irresponsabilidade, o privilégio e o abuso” (Separação de Poderes e Controle Externo do Judiciário. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. n. 09. São Paulo: RT, 1996. p.85).

¹¹Sobre os reflexos da politização dos juízes na atividade jurisdicional, consultar: FERRAZ, Junior. Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos Poderes: Um princípio em decadência? *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros. p. 46.

nítida preocupação do juiz com o Conselho, de composição heterogênea, com membros nem sempre conhecedores da arte jurisdicional. Se as Constituições primaram, sempre, por evitar até mesmo a injeção interna no poder decisório, como admitir que um órgão externo ao Judiciário venha a fazê-lo?”¹².

Se não é possível constitucionalmente a criação de um órgão externo controlador do Poder Judiciário, a própria Constituição Federal já prevê a possibilidade de criação de um *Conselho da Justiça*, que funcionará junto ao Superior Tribunal de Justiça, cabendo-lhe, na forma da lei, exercer a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo grau. Ressalte-se que as funções desse Conselho de Justiça devem assemelhar-se às funções dos Conselhos Superiores da Magistratura portuguesa¹³, que, como salientado por Canotilho, não podem perturbar a *independência interna* dos magistrados, isto é, o livre exercício da sua atividade, garantindo-se constitucionalmente a inexistência de quaisquer vínculos perante os órgãos dirigentes do próprio Judiciário e dos tribunais superiores¹⁴.

3. Supremo Tribunal Federal e controle externo do Poder Judiciário

O Supremo Tribunal Federal não admite a criação de mecanismos de controle externo do Poder Judiciário que não foram previstos originariamente pelo legislador constituinte, entendendo que tais hipóteses afrontam o princípio da separação dos poderes. Assim, analisando a possibilidade de criação de *controles externos às magistraturas estaduais*, o Tribunal já declarou a inconstitucionalidade das Constituições dos Estados da Paraíba, Pará, Bahia e Mato Grosso.

O STF declarou a inconstitucionalidade da Constituição do Estado da Paraíba que instituíu o Conselho Estadual de Justiça, composto por dois desembargadores, um representante da Assembléia Legislativa do Estado, o Procurador-

¹²TEMER, Michel. *Constituição e Política*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 77-78.

¹³Conselhos Superiores da Justiça – Conselho Superior da Magistratura (CRP, arts. 219 e 220); Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (CRF, art. 219) e Conselho Superior do Ministério Público (art. 222),

¹⁴CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 768.

Geral do Estado e o Presidente da Seccional da OAB, atribuindo-lhe a fiscalização da atividade administrativa e do desempenho dos deveres funcionais do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Advocacia Geral do Estado e da Defensoria Pública, pois entendeu que essa previsão ofendia, flagrantemente, o princípio da Separação dos Poderes¹⁵.

Igualmente, o Pretório Excelso declarou a inconstitucionalidade da Constituição do Estado do Pará que criara um Conselho Estadual de Justiça integrado por membros da magistratura estadual, autoridades pertencentes aos outros Poderes, advogados e representantes de cartórios de notas de registro e de serventuários da Justiça, afirmando que

“a criação, pela Constituição do Estado, de Conselho Estadual de Justiça com essa composição e destinado à fiscalização e ao acompanhamento do desempenho dos órgãos do Poder Judiciário é *inconstitucional*, por ofensa ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal), de que são corolários o autogoverno dos Tribunais e a sua autonomia administrativa, financeira e orçamentária (arts. 96, 99 e parágrafos, e 168 da Carta Magna)”¹⁶.

O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, também julgou procedente ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Constituição do Estado da Bahia que, alterando o modo de investidura dos desembargadores do Tribunal de Justiça, pretendia estabelecer uma fiscalização dos poderes Executivo e Legislativo na formação do Tribunal. Assim, a Constituição baiana previa que o Tribunal de Justiça deveria indicar ao Governador do Estado o Juiz mais antigo ou apresentar-lhe lista tríplice para o critério de merecimento, para que esse efetivasse a escolha e submetesse-a à apreciação da Assembleia Legislativa. Entendeu a Corte Suprema que esse dispositivo desrespeitou o autogoverno da magistratura (CF, art. 99, *caput*)¹⁷.

¹⁵STF - Adin nº 135-PB - rel. Min. Octavio Gallotti - d. 21.11.96 - Informativo STF nº 54

¹⁶STF - Pleno - Adin nº 137-0/PA - rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 3 out. 1997, p. 49.227.

¹⁷STF - Pleno - Adin nº 202-3/BA - rel. Min. Octávio Gallotti, Diário da Justiça, Seção I, 13 SET 1996, p. 33230 e INFORMATIVO STF nº 43, onde são citados os seguintes precedentes: ADIn 314-PE (Pleno, 04.09.91); ADIn 189-RJ(RTJ, 138/371); Aor 70-SC (RTJ 147/345).

Por fim, o STF, também por votação unânime, julgou procedente a ação direta e declarou a inconstitucionalidade da Constituição do Mato Grosso que estabelecia a criação de um *controle externo à magistratura estadual*. Conforme afirmou o Tribunal,

“O princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, *mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República*. (...) Poder Judiciário: controle externo por colegiado de formação heterogênea e participação de agentes ou representantes dos outros Poderes: inconstitucionalidade de sua instituição na Constituição de Estado-membro. Na formulação positiva do constitucionalismo republicano brasileiro, o autogoverno do Judiciário – além de espaços variáveis de autonomia financeira e orçamentária – reputa-se corolário da independência do Poder (ADIn 135-Pb, Gallotti, 21-11-96): viola-o, pois, a instituição de órgão chamado “*controle externo*”, com participação de agentes ou representantes dos outros Poderes do Estado. A experiência da Europa continental não se pode transplantar sem traumas para o regime brasileiro de poderes: lá, os conselhos superiores da magistratura representaram um avanço significativo no sentido da independência do Judiciário, na medida em que nada lhe tomaram do poder de administrar-se, de que nunca antes dispuseram, mas, ao contrário, transferiram a colegiados onde a magistratura tem presença relevante, quando não majoritária, poderes de administração judicial e sobre os quadros da magistratura que historicamente eram reservados ao Executivo; a mesma instituição, contudo, traduziria retrocesso e violência constitucional, onde, como sucede no Brasil,

a idéia da independência do Judiciário está extensamente imbricada com os predicados de autogoverno crescentemente outorgados aos Tribunais”¹⁸.

¹⁸STF - Pleno - Adin nº 98-5/MT - rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 31 out 1997, p. 55.539.

*Notas bibliográficas conforme original.