

MEJOR SISTEMA DE PROVISION DE CARGOS DEL PODER JUDICIAL

Por EDUARDO ESPINOLA

Ministro do Supremo Tribunal Federal
(Brasil).

I. *Apresentação do problema.* Numa criteriosa apreciação da realidade do Estado moderno, escreve García Pelayo:

"El Estado sólo tiene existencia en cuanto que es actual, y esta actualidad la alcanza únicamente en cuanto actúa, es decir, en cuanto que, de modo permanente e ininterrumpido, realiza una serie de actos. En el momento en que tales actos dejan de tener lugar cesa de ser una realidad presente para convertirse en un pasado histórico. La unidad del Estado no es, pues, una unidad estática, sino una unidad que existe en cuanto que constantemente deviene; su ser por consiguiente, no consiste en la permanencia parménica, sino en el devenir heraclítico; sus constantes, su *status* no son más que momentos de renovarse permanente" (Derecho constitucional comparado, 1950, pág. 91).

Na concepção moderna do Estado e em sua organização constitucional existem funções reconhecidamente fundamentadas no desdobramento do poder que lhe é peculiar; a *legislativa*, a *executiva* (governamental e administrativa) e a *Judicial*. É postulado de política constitucional que tais funções sejam exercidas por órgãos distintos, numa independência de exercício, que não exclua a colaboração harmônica conducente á filidade comum, que é a ordem social.

São designados nas modernas Constituições: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, como órgãos da soberania nacional.

Questão que desde logo se impõe é a da formação desses órgãos.

Mais delicada se torna ela, quando se trate de estabelecer o processo porque se forma e organiza o Poder Judiciário.

O problema se apresenta em relação a temporariedade de exercício das funções e em relação ao meio de constituir o órgão.

Como pressuposto de capital influencia para a sua solução, é reconhecida a situação do Poder Judiciário, cuja ação se restringe á inteligência e aplicação das leis e cujas decisões só podem ser coativamente cumpridas com o auxílio governamental.

Os membros do Poder Judiciário devem ter a independência necessária para a justiça de suas decisões, sendo-lhes indispensável o conhecimento comprova da doutrina jurídica e do direito positivo.

O exercício de suas funções pode ser limitado a um certo número de anos, pode ser vitalício, ou pode se manter enquanto bem servir.

Contra o exercício temporário se pronunciou Hamilton:

"Des nominatione périodiques, de quelque manière qu'elles fussent réglées, par quelques personnes qu'elles fussent faites, seraint, de façon ou d'autre, fatales à leur indépendance nécessaire. Si le pouvoir de nomination était confié à l'exécutif ou à la legislature, il y aurait à craindre une complaisance regrettable des juges pour la branche qui posséderait ce pouvoir; si tous les deux en étaient investis, les juges ne voudraient pas encourir le risque de déplaire à l'un et à l'autre; si le droit de nomination était réservé au peuple, ou à des personnes spécialement choisies pour cet objet, il y aurait, chez le juge, un trop grand désir d'acquiescer de la popularité pour espérer qu'il ne consulterait jamais que la Constitution et les lois" (Le Fédéraliste, trad. francesa de Gaston Jéze, 1902, pag. 653).

Há que atender ainda a qualidade das pessoas investidas de tais funções, aos seus conhecimentos, tirocínio profissional, integridade, o que reduz a uma proporção mínima o número das pessoas habilitadas.

O processo de nomeação é difícil de escolher: podem os juizes ser nomeados pelo Poder Executivo, pelo Legislativo, por eleição popular, por listas organizadas pelos próprios tribunais e submetidas a escolha do Executivo, ou ainda por alguma combinação desses processos.

Ha sempre a receia a influência que possam exercer sobre os juizes, aqueles que os nomearam ou elegeram.

Sómente pela segurança de garantias eficientes pode ser atenuado ou eliminado o defeito da organização.

En todas as Constituições se tem cogitado de amparar o Poder Judiciário, com as medidas adequadas ao desempenho independente e inintermitente das árduas funções.

Como observa Harold Laski: "The intention of Parliament is to be discovered by a body of independent persons, free from any direct interest in the result, and trained by long years of practice to standards of judgement by which, that intention may be tested. This is the famous Rule of Law which, for something like two hundred years has been prized by Englishmen as the safeguard of their freedom... Ever since the Revolution of 1688 the independence and incorruptibility of British judges has been beyond dispute in this country" (Parliamentary Government in England, 1950, pags. 360-361).

II. *Sistemas admitidos no direito comparado.* Em sua obra sobre as Constituições Políticas de América, observa o Dr. Andrés Lazcano y Mazon: "En lo que afecta al nombramiento de los miembros del Poder Judicial, las Leyes Fundamentales de las Naciones de este Continente Americano se inclinan en su mayoría por el sistema de la elección o designación de los mismos por medio de los otros dos Poderes; y ello es debido, seguramente, al perjuicio que ocasiona a la Adminis-

tración de Justicia con la prerrogativa del pueblo de elegir popularmente a aquellos haciéndolos depender de la política y de los favores de los caciques" (vol. 1º, 1942, págs. 69-70).

E, na verdade, o processo da escolha dos membros do Poder Judiciário mediante o sufrágio popular, admitido nos Estados Unidos da América da Norte, na organização judiciária dos Estados Federados, não encontrou guarida, de modo geral, nas demais Repúblicas de América.

Na organização do Poder Judiciário, cumpre atender, em primeiro lugar, ao mais alto Tribunal de Justiça do Estado.

Em algumas Repúblicas americanas designam-se Tribunal Supremo (Brasil —Supremo Tribunal Federal—; Estados Unidos Norte-americanos); em outras Corte Suprema de Justicia (Argentina; Bolívia; Colombia; Costa Rica; Chile; Ecuador; Guatemala; Honduras; Nicaragua; Panamá; Paraguay; Perú; El Salvador); Corte Federal, na Venezuela; Tribunal de Cassação, no Haiti. Como em muitos Estados europeus.

Os processos de nomeação variam e podem ser assim classificados:

1º) Nomeação pelo Presidente da República, com a aprovação do Senado (Argentina —Const. de 11 de março de 1949, art. 83,5; Brasil— Const. de 18 de setembro de 1946, art. 99; Estados Unidos da América do Norte, art. 2º, sec 2ª; México —Const. de 1917, com as modificações até Janeiro de 1948, art. 96; Panamá —Const. de 1º de março de 1946, art. 165 comb. com o art. 144, 18).

2º) Nomeação pelo Poder Legislativo (Costa Rica —Const., art. 82, 3º e lei n. 5 de 19 de maio de 1933; Guatemala, Const. de 11 de março de 1945, art. 115-8; Honduras —Const. de 1936, art. 131; Nicaragua —Const. de 21 de janeiro de 1948, art. 204; El Salvador —Const. de 1886 com as emendas de 1945, art. 68 n. 5 — Uruguay — Const. de 1940, art. 75, 18; Venezuela —Const. de 5 de Julho, de 1947, art. 219).

3º) Proposta do Senado e eleição pela Câmara dos Deputados (Bolívia —Const. de 24 de novembro de 1945, art. 68 e art. 72, 6).

4º) Proposta do Executivo e eleição pelo Congresso (Perú —Const. de 1933, art. 222).

5º) Proposta do próprio Tribunal de Justiça e eleição pelo Presidente de República (Chile, Const. de 18 de Setembro de 1925, reformada em 1943, art. 83).

6º) Nomeação exclusiva pelo Presidente (Haití, Const. de 22 de Novembro de 1946, art. 101, 2º al) ou eleição exclusiva pelo Senado (Const. de 10 de janeiro de 1947, art. 19, 1 da República Dominicana).

7º) Eleição de metade dos membros da Côte Suprema pelo Senado e metade pela Câmara dos Deputados, em temas remetidas pelo

Presidente da República (Colômbia, Const. de 1886, modificada em 1945, art. 149).

8º) Colégio Eleitoral especial, composto de quatro magistrados do Tribunal Supremo, tres advogados designados pelo Presidente da República e dois pela Facultad de Direito; nomeação pelo Presidente da República dentre os indicados pelo Colégio Eleitoral (terna) a aprovação do Senado. É o sistema cubano (Const. de 5 de julho, de 1940, art. 180 e 142 h).

No tocante aos demais tribunais e juizes há grande variedade, prevalecendo, todavia, o sistema da nomeação pelo Poder Executivo, com ou sem a intervenção do Legislativo ou do Próprio Judiciário, nas várias leis de organização judiciária.

Nos Estados europeus muito se tem discutido sobre a natureza e caráter do Judiciário, se constitue um verdadeiro Poder do Estado, ou se uma emanação do Executivo.

Mas nos Estados democráticos, cada vez mais se acentua a sua natureza de verdadeiro Poder, emanado da soberania popular, atendendo-se a distinção de Montesquieu, cujos primórdios remontam as observações de Aristóteles.

Nas Constituições mais recentes e de maior repercussão, como a francesa de 27 de outubro de 1946 e a italiana de 27 de dezembro de 1947 se proclama a autonomia do Poder Judiciário, estabelecendo-se o processo de investidura nos cargos da magistratura, de modo a se lhe assegurar a independência.

Na francesa se criou o Conselho Superior da Magistratura, e assim também na italiana.

Na primeira, o Conselho se compõe de 14 membros (Presidente da República, Ministro da Justiça, 6 membros eleitos por 6 anos pela Assembléia Nacional, 4 magistrados eleitos também por 6 anos e 2 pelo Presidente da República. Declara o art. 84 que os magistrados são inamovíveis.

Na italiana se faz a solene afirmação de que a justiça e administração em nome do povo; os juizes são sujeitos apenas á lei (art. 101).

E ainda: "A magistratura constitue uma ordem autônoma e independente de qualquer outro Poder. O Conselho Superior da Magistratura é presidido pelo Presidente da República. Fazem parte dele o primeiro Presidente e o Procurador Geral da Corte de Cassação. Os outros membros são eleitos: dois terços por todos os magistrados ordinários das várias categorias; um terço pelo Parlamento dentre professores ordinários de universidade e advogados com 15 anos de exercício" (art. 104). Os magistrados são nomeados por concurso (art. 106) e são inamovíveis (art. 107).

○ que desde logo se deve reconhecer é que a magistratura só poderá se manter autônoma e independente se a Constituição e as leis lhe fornecerem garantias suficientes, qualquer que seja o processo de provimento dos cargos.

Uma dessas garantias é a inamovibilidade, admitida por quase todas as Constituições.

Em alguns Estados a vitaliciedade é também assegurada como garantia e medida de continuidade e experiência comprovada.

Em outros, porém, as funções são exercidas por tempo determinado, mais ou menos longo.

III) *Sistema da Constituição Federal do Brasil.* Nos termos do art. 90 da Constituição do Brasil, promulgada a 18 de Setembro de 1946, o Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos:

- I — Supremo Tribunal Federal;
- II — Tribunal Federal de Recursos;
- III — Juizes e tribunais militares;
- IV — Juizes e tribunais eleitorais;
- V — Juizes e tribunais do trabalho.

Há, além disso, a Justiça dos Estados, que deve ser organizada pelas Constituições e leis dos mesmos Estados, nas quais se deverão contemplar as garantias asseguradas a magistratura pela Constituição Federal.

As garantias constitucionais da magistratura são:

I — vitaliciedade não podendo perder o cargo senão por sentença judicial;

II — inamovibilidade, salvo quando ocorrer motivo de interesse público; reconhecido pelo voto de dois terços dos membros eletivos de tribunal superior competente;

III — irredutibilidade dos vencimentos, ficando todavia sujeitos os juizes aos impostos gerais.

Aos setenta anos de idade serão os juizes aposentados compulsoriamente.

Quanto ao provimento dos cargos, foi adotado o seguinte sistema:

1.— Os onze (11) membros do Supremo Tribunal Federal, são nomeados pelo Presidente da República depois de aprovada a sua escolha pelo Senado Federal.

A escolha pode recair sobre qualquer brasileiro maior de 35 anos e de reputação reconhecida.

2.— Os nove juizes do Tribunal de Recursos são igualmente nomeados pelo Presidente da República depois de aprovada a sua escolha pelo Senado Federal. A escolha se limita a dois terços entre magistrados e um terço entre advogados e membros do Ministério Público.

3.— A organização dos tribunais militares foi deixada ás leis ordinárias; a justiça eleitoral e a do trabalho, tem também organização estabelecida por leis ordinárias.

4.— Quanto aos juizes inferiores: o ingresso na magistratura depende de concurso de provas organizado pelo Tribunal de Justiça com a colaboração do Conselho da Ordem dos Advogados, indicando-se o candidato em lista tríplice para a nomeação pelo Executivo; a promoção se faz de uma categoria para a superior, por antiguidade e merecimento alternadamente; a promoção por merecimento subordina-se a uma tríplice organizada pelo Tribunal.

IV — Conclusão: o melhor sistema: Como observamos a princípio, o sistema da eleição popular tem merecido severas censuras, e a experiencia demonstra que efetivamente não é apto a produzir uma magistratura culta, íntegra e independente.

No livro interessante do Duque de Noailles —Cent Ans de République aux Etats-Unis, 1889— se encontram apreciações interessantes sobre o contraste entre os magistrados estaduais eleitos por votação popular e os magistrados federais, nomeados pelo Presidente da República:

"Mal se estabeleceu o sistema eletivo nos Estados de Mississipi e Illinois, começaram os candidatos a judicatura a assumir compromissos acerca das futuras sentenças. Os independentes não conseguiram re-condução. Um juiz eleito houve—Barnard— que teve a desairosa franquesa de confessar:

Quem ocupa uma cadeira de magistrado, possui um alto patronato, de que dispõe a seu talante, em favor de quen lhe apraz. Quanto a min, triunfei sempre na vida, auxiliando os amigos e não os adversários." (apud. Carlos Maximiliano —Comentários a Constituição, vol. 2º, 1948, pag. 309).

Laferriere observa, de acôrdo com Barthélemy e Duez: "L' experience, soit revolutionnaire (em França), soit américaine, établie qu'il n'est pas de système plus defectueux." (Manuel de Droit Constitutionnel, 2º ed., 1947, pags. 1, 017-1. 018, nota 3).

O sistema de nomeação pelo Presidente da República, depois de aprovada sua escolha pelo Senado, como se faz nos Estados Unidos do Norte, no Brasil e em outros Estados tem produzido excelentes resultados, a despeito do arbítrio deixado ao Executivo, o qual, aliás, encontra corretivo na dependencia, em que fica, de aprovação pelo Legislativo.

Esse sistema tem sido praticado no Brasil desde a primeira Constituição Republicana (de 1891).

Um presidente houve —Merechal Floriano Pexioto— que nomeou para o Supremo Tribunal 3 cidadãos de grande conceito e sólida reputação que, entretanto, não eram juristas (1 médico e 2 generais). Embóra o Senado fôsse composto em maioria por amigos ou partidários do Presidente, as nomenações foram desaprovadas.

Na América do Norte a Côrte Suprema sempre gozou de grande prestígio, recebendo incondicionais louvores.

Lord Salisbury fez esta afirmação: "Confesso que, em geral, não tenho inveja dos norteamericanos, porém entre as suas criações existe uma que não posso deixar de invejar muito — a sua admirável Côrte Suprema" (Carlos Maximiliano - loc cit).

São conhecidos os louvores de Willoughby (The Constitutional Law, 1910, vol. 2º pag. 371).

Não se pode, contudo, negar que a escolha do Presidente, podendo recair em seus amigos e dependentes, torna defeituosa a investidura, afastando do cargo supremo, grandes juristas, que não tenham a suas simpatias.

O pouco apuro da escolha e a dependencia ou gratidão do escolhido podem prejudicar o acerto da nomeação pelo Executivo, ainda que na prática americana e na brasileira, o sistema de modo geral, tenha sidobem sucedido.

Uma vez nomeados, os membros do Supremo Tribunal como todos os juizes das várias categorias, gozam das garantias de independencia que os põem a salvo de qualquer pressão ou influencia dos outros Poderes.

O sistema chileno que restringe a escolha do Executivo a uma lista de cinco juristas proposta pelo Tribunal ofrece mais ventagens e já é, po si, uma garantia para o Poder Judiciário.

Há, porem, a recear o espirito de classe que pode impedir a inclusão na lista de grandes nomes de professores ou advogados.

Ao se tratar da organização do Conselho Superior da Magistratura na Constituição italiana, cogitou-se de compo-lo apenas com magistrados.

Pondera o professor italiano Antonio Amorth: "ma di fronte al pericolo di una eccessiva indipendenza, di un cerchio troppo chiuso e forse capace di costituire una forza anche politicamente rilevante, si ha preferito aggiungere ai magistrati altre persone, la cui professione é peraltro in stretta connessione con lo svolgimento della funzione giurisdizionale e con lo studio del diritto, vale a dire gli avvocati e i professori ordinari di Università titolari di cattedre giuridiche" (La Costituzione italiana, de 1947, pag. 107).

A instituição de um Conselho Superior de Magistratura, principalmente como precedeu a Constituição italiana de 1947, merece atenção, capaz, como é, de salvaguardar a independencia e autonomia de magistratura.

No Colselho Superior da Magistratura, da Constituição francesa de 1946, preponderam os membros eleitos pela Assembléa (6), sendo de menos de um terço ao magistrados (4 para um total de 14). Além disso, 4 são os do Poder Executivo.

As nomeações são feitas pelo Presidente da República (que é também o Presidente do Conselho); mas só poderão ser nomeados os indicados pelo Conselho.

No Conselho Superior da Magistratura instituido pela Constituição italiana, são membros determinados por sua qualidade o Presidente da República (que preside o Conselho) o Presidente da Côrte de Cas-

sação e o Procurador Geral. Dos outros membros dois terços são eleitos pelos magistrados e um terço pelo Parlamento (dentre professores de universidade e advogados com mais de 15 anos de exercício).

Ao Conselho compete todas as nomeações, sendo que as primeiras dependem de concurso.

Mas, o que se me afigura, pelo menos teoricamente, mais recomendável, é o da Constituição cubana, quanto a composição do Tribunal Superior.

O seu "Colégio Eleitoral", de magistratura, e composto de 9 membros sendo 4 magistrados do Tribunal Supremo, 3 advogados nomeados pelo Presidente da República, e 2 designados pela Universidade de Havana. O Conselho organizará uma lista de 3 nomes para a nomeação que fará o Presidente da República, submetendo sua escolha á aprovação do Senado.

Isso sómete para o Tribunal Supremo.

O preenchimento dos cargos de juizes e dos tribunais de justiça, como se pratica, de acôrdo com o sistema brasileiro, se me afigura satisfatório.

Para que se mantenha um sistema completo de provimento nos cargos de magistratura, com regras uniformes, tanto em relação ao Tribunal Supremo como aos demais magistrados, o da Constituição italiana, por sua simplicidade, e pelas ventagens que oferece quanto a independencia da magistratura, e as cautelas contra o exclusivismo do espirito de classe, é o que se apresenta como "el mejor sistema de provision de cargos del Poder Judicial".

Aliás, para a independencia e autonômia da magistratura, não basta um excelente sistema de provisão dos cargos judiciais.

E indispensável que essa independencia se mantenha durante todo o tempo do exercício.

A *vitaliciedade* é sem dúvida uma importante garantia, só podendo ser afastados os juizes mediante processo regular, e havendo um limite de idade (aponsentadoria), para evitar as inconveniencias resultantes de uma idade avançada, como fez ver Harold Laski a propósito dos juizes ingleses: "There have been judges — since there is still no retiring age— who have remained on the Court long after it was painfully apparent to the interested public that their powers were inadequate to their function" (Parliamentary Government in England, 1950, pag. 361).

A *inamovilidad* é reconhecida por quase todas as Constituições como prerrogativa indispensável (salvo apenas a remoção por interesse público, reconhecida pelo Tribunal Superior ou pelo Conselho Superior da Magistratura).

A *irredutibilidade* dos vencimentos é igualmente uma proteção necessária contra uma possível pressão exercida de modo indireto sobre o Poder Judiciário, pelo Legislativo ou pelo Executivo.

Já Hamilton dizia no "Federalist": "Après la permanence des fonctions judiciaires, rien ne peut contribuer davantage a l'indépendance des juges qu'une disposition fixe relative a leurs emoluments. Dans le cours ordinaire des choses humaines, un pouvoir sur la subsistance d'un

home équivaut a un pouvoir sur sa volonté. Et nous ne pouvons jamais espérer de voir réaliser en pratique la complète séparation des pouvoirs judiciaire et législatif dans un système qui fait dépendre le premier pour ses besoins pecuniaires, des crédits votes occasionnellement pour le second" (Trad. de Gaston Jeze, pag. 655).

Em suma:

O melhor sistema de provimento dos cargos a magistratura é o da criação de um Conselho Superior da Magistratura, nos moldes da Constituição italiana de 27 de dezembro de 1947, para as nomeações, promoções, remoções, aplicação de penas disciplinares e outras providências atinentes ao exercício do cargo. A composição do Conselho poderá ser modificada, mas de sorte que fique assegurada a posição predominante da magistratura, destinando-se os outros elementos a afastar o exclusivismo de classe, ou atender a considerações de ordem cultural, social e política.

Para a composição do mais alto tribunal seria talvez preferível um processo especial como o da Constituição cubana.

De qualquer maneira, as três garantias asseguradoras a magistratura pela lei brasileira (vitaliciedade, inamovibilidade, e irredutibilidade dos vencimentos) parecemme indispensáveis para a autonomia e independência do Poder Judiciário.