Nº 24 – outubro/novembro/dezembro de 2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

CONTROLE DA ATIVIDADE DE JUÍZES E PROMOTORES DE JUSTIÇA PELO CNJ E CNMP

Manoel Jorge e Silva Neto

Professor de Direito Constitucional nos Cursos de Graduação e Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Professor-Convidado (Visiting-Scholar) da Universidade da Flórida – Levin College of Law (EUA). Procurador do Ministério Público do Trabalho na Bahia. Coordenador do Núcleo de Combate à Discriminação nas Relações de Trabalho no Estado da Bahia. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho, do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior, da Academia de Letras Jurídicas da Bahia, do Instituto dos Advogados da Bahia, do Instituto Baiano de Direito do Trabalho e do Instituto Goiano de Direito do Trabalho. Ex-Presidente da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT).

Resumo: Esse artigo tem o propósito de analisar as limitações à atividade de Juízes e Promotores de Justiça pelo Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público, examinando-as à luz do princípio da legalidade.

Abstract: *This article has the proposal of making analyses of the limitations to judges' and public prosecutors' activities by the National Justice Council and by the National Public Prosecution Council concerning such limitations to the legal principle.*

Sumário: 1. Questões Introdutórias 2. O Poder Regulamentar do CNJ e do CNMP. O *Paradoxo da Defesa do Controle Externo do Poder Judiciário* 3.Atividade do CNJ e do CNMP: atos fiscalizatórios concretos da atuação judicial e ministerial - Limites 4.A Atividade do CNJ e do CNMP, as Resoluções e o Princípio da Legalidade 5.Conclusão 6. Bibliografia

Palavras chave: Constituição. Juízes e Promotores de Justiça. Princípio da Legalidade

Key words: *Constitution. Activity of Judges and Public Prosecutors. Legal Principle.*

Questões Introdutórias

O signo *república* expressa muito mais do que se possa imaginar à primeira vista.

Quando a Constituição de 1988, no art. 1º, **caput**, enuncia a expressão *República* Federativa do Brasil, isso quer significar muito mais do que simplesmente um nome atribuído ao Estado brasileiro.

República é forma de governo amparada em duas idéias indissociáveis: *eletividade/provisoriedade dos mandatos* e *responsabilidade dos agentes públicos.*

Etimologicamente, *república* advém do Latim **res publica,** ou *coisa pública,* que, no direito romano se opunha à disciplina promovida às relações de ordem privada, versante conseqüentemente sobre a **res privata,** ou *coisa privada.*

Dessa idéia de coisa a todos pertencente, é óbvio que haveria a necessidade de adoção de procedimento democrático, amplo quanto à escolha das pessoas que seriam responsáveis pela gestão da coisa pública.

Logo, eleições destinadas à escolha de gestores da coisa pública são a única alternativa possível dentro de contexto da forma de governo republicana.

E mais: não seria correto admitir meramente a existência de eleições se o povo, destinatário de atos de gestão pública, não pudesse efetivar o confronto entre o prometido e o realizado, ou ainda, se não lhe fosse dada a opção de exame do comportamento do agente público. Assim, a par da eletividade, o princípio republicano somente se consolida no âmbito de mandatos eletivos e *provisórios*.

Contudo, mesmo consagrada a forma republicana de governo, nem todos os agentes públicos são eleitos; há aqueles que, pela natureza da atividade, torna-se socialmente conveniente e politicamente necessário que o modo de investidura em cargo público se dê distintamente dos que exercem mandatos eletivos e provisórios.

Com efeito, no Brasil, juízes e membros do Ministério Público têm forma de investidura no cargo por meio de concurso público (art. 37, II//CF), exceção feita aos juízes conciliadores e aos juízes de paz (art. 98, I-II/CF). Portanto, diferentemente do que se sucede nos Estados Unidos, quando os juízes de tribunais populares e promotores de justiça são eleitos pela comunidade, tais cargos no Brasil só admitem investidura por meio de concurso.

Mesmo certo que no sistema judicial ianque juízes federais não são eleitos, mas sim nomeados pelo Governo da União, é preciso destacar que a condição de *agentes políticos* atribuída aos juízes e membros do Ministério Público no Brasil termina consolidando a idéia de autonomia de convicção quanto à realização da própria atividade, sendo esta verdadeiramente a marca indelével que separa os agentes políticos dos administrativos, dos delegados e dos honoríficos, para utilizar a escorreita e didática classificação de HELY LOPES MEIRELLES (1998, p. 144).

Não obstante, conquanto se possa articular com larga margem de certeza que juízes e membros do Ministério Público são *agentes políticos,* pois decidem sobre a própria atividade, fazendo-o com liberdade de convicção, cumpre ressalvar que o princípio republicano não os põem a salvo ou libertos de qualquer controle, eis que condicionados à realização do bem comum, submissos ao interesse público e conformada a respectiva atividade às determinações promanadas do sistema constitucional.

Por conseguinte, quando se busca examinar o controle da atividade de juízes e membros do Ministério Público respectivamente pelo Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público, deve-se ter em vista, em primeiro lugar, a

imorredoura regra do princípio republicano, e, em segundo lugar, a responsabilidade decorrente do *encargo* público que se materializa a partir do momento de investidura no *cargo*.

Cargo=encargo: essa a equação proporcionada pela submissão ao princípio republicano.

Todavia, a responsabilidade decorrente do exercício de cargo de juiz ou promotor de justiça e o controle da atividade de tais agentes políticos pelo CNJ e CNMP não são operações incontroversas; pelo contrário, tanto no que se refere ao exame de providências por atos comissivos ou omissivos praticados individualmente, quanto no que concerne à edição de resoluções administrativas pelos órgãos criados pela EC º 45/04, o fato é que a *independência funcional* de magistrados e membros do **Parquet** faz aparecer nuvens de incerteza sobre os limites que possam ou devam ser legitimamente opostos à atividade desses agentes públicos pelo CNJ e CNMP, que é a mesma resposta a ser dada às restrições que possam ou devam indicativamente postas à própria atividade de tais Conselhos.

Nessa linha de entendimento, no próximo item serão referidas as normas constitucionais que criaram o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, pois se convertem em balizamento objetivo à iniciativa dos órgãos, além da referência ao fenômeno que passamos a denominar de *paradoxo da defesa do controle externo do Poder Judiciário*.

O Poder Regulamentar do CNJ e do CNMP. O *Paradoxo da Defesa do Controle Externo do Poder Judiciário*

Observem-se primeiramente as prescrições constitucionais relativas ao Conselho Nacional de Justiça no art. 103-B, da Constituição:

> *"O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução (...)"*

Já a previsão constitucional inerente ao CNMP fixa que

> *"O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução (...)"*

Por sua vez, o § 4º do art. 103/CF enuncia que

> *"Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura(...)"*

O importantíssimo elenco de atribuições do § 4º do art. 103-B/CF pontua, dentre outras, as seguintes prerrogativas solenemente dirigidas ao CNJ: i) zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura; ii) zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou por provocação, a legalidade de atos administrativos; iii) receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares; iv) rever, de oficio ou por

provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano.

Por simetria, as mesmas competências outorgadas ao CNJ pelo art. 103-B/CF são as dirigidas ao CNMP pelo art. 130-A/CF.

Os incisos do art. 103-B/CF e do art. 130-A/CF consolidam a própria criação do CNJ e do CNMP, que vieram como decorrência de clamor nacional dirigido à constituição de órgão externo ao Poder Judiciário e destinado a examinar atos de juízes que afastassem regras sistêmicas que provêm a todos um processo com duração razoável e com obediência ao *due processo f Law*, e de tribunais que eliminassem a fronteira demarcada pelos princípios constitucionais da Administração Pública.

Mas o Brasil é um país estranho, esquisito...

Logo após a EC nº 45/04, comemorada como uma pretensa "Reforma do Poder Judiciário", pois vocacionada, em tese, a abrir aos miseráveis os portais de acesso à Justiça, o CNJ iniciou a edição de diversas resoluções, procedimento repetido pelo CNMP, o que prontamente gerou enorme reação dos mesmos que defenderam o denominado *controle externo do Poder Judiciário*.

É o que denominamos de *paradoxo da defesa do controle externo do Poder Judiciário,* consubstanciado no seguinte e insólito comportamento: os mesmos que verberavam, de modo virulento, a favor do indigitado controle passaram a ser os mesmos, os mesmíssimos a recusarem edição de atos administrativos de caráter normativo pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público, que se poriam em marcha para observância dos mesmos princípios inspiradores da criação dos Conselhos.

Ou, dizendo de outro modo: defendeu-se o controle externo, pero no mucho, porque atos de caráter normativo indispensáveis ao mais comezinho desenvolvimento de atividade ordinária dos Conselhos são impedidos com base na tese segundo a qual só e exclusivamente só atos administrativos concretos poderiam ser emitidos por eles, dificultando sobremaneira a realização de sua atividade.

Algo, no entanto, deve ficar registrado: ali onde reside competência administrativa para edição de ato administrativo concreto e individual, subsistirá coincidentemente a mesma competência para emissão de ato de caráter normativo, diante de hipóteses fáticas idênticas.

E essa é uma questão verdadeiramente crucial para compreender os limites da atividade do CNJ e do CNMP: em que extensão se pode operar validamente a atividade regulamentar?

É o que se tentará responder nos próximos itens.

3. Atividade do CNJ e do CNMP: atos fiscalizatórios concretos da atuação judicial e ministerial - Limites.

Duas situações devem ser postas para exame da atividade dos Conselhos: i) atuação dos órgãos para solução de casos *individuais;* ii) atividade dirigida à solução, em tese, de problemas relacionados ao Poder Judiciário e Ministério Público.

Neste item será estudado apenas o primeiro caso.

Note-se, no particular, que o § 4º do art. 103-B e o § 2º do art. 103-A salientam que os Conselhos têm competência para julgar o cumprimento de deveres funcionais pelos magistrados e membros do Ministério Público.

E, aqui, é absolutamente necessário conhecer a atividade do Poder Judiciário e do Ministério Público, pena de exercício desarrazoado da atuação fiscalizatória dos Conselhos.

Como foi destacado no título deste item, diante da dualidade de atuação do CNJ e do CNMP, dirigida à prática de atos fiscalizatórios individuais e concretos e também por meio de atos de caráter normativo, é importante pesquisar os limites que devam ser legitimamente impostos à atividade dos Conselhos para a consecução de seu poder sancionatório.

Com evidência, se mesmo no direito privado a palavra administração designa o que não é senhor absoluto, o que não e proprietário (CIRNE LIMA, 1982, p. 20), no altiplano do direito público mais e mais e vê reforçada, a cada dia e de modo cada vez mais crescente, a compostura indisponível dos interesses geridos pelo administrador público.

Daí resulta o *dever funcional* de agir em prol da preservação dos interesses da coletividade.

Dever funcional é espécie do gênero *dever jurídico.*

O dever jurídico, de contraparte, é invariável e sistematicamente posto de forma objetiva, devendo-se abstrair toda e qualquer sorte de ambigüidade, seja no tocante ao conteúdo material do dever, seja com relação à pessoa obrigada ao seu cumprimento.

Se o magistrado excede injustificadamente os prazos previstos na Lei Orgânica para prolatar decisão final no processo, temos aí hipótese objetiva de infração de dever funcional, cabendo ao CNJ examinar a situação e impor as penalidades cabíveis.

Assim também se afirme com relação à prática de atos tumultuários da relação jurídica processual. Ainda que se saiba que o magistrado, ao se conduzir desta forma, torna possível o recurso da parte prejudicada à *reclamação correicional* – expediente voltado à cassação do ato e à responsabilização do juiz no caso concreto –, a hipótese igualmente determina o encaminhamento da solução ao CNJ, se a parte prejudicada resolver provocá-lo em virtude de descumprimento de dever funcional.

E, por outro lado, em tema de responsabilização de membros do Ministério Público, não se poderá, p. ex., comparar circunstância em que a denúncia que inicia o processo penal deixa de ser oferecida com aquela em que deixa de ser oferecida após determinação nesse sentido feita pelo respectivo Conselho Superior.

Na primeira circunstância temos a inequívoca expressão da *independência funcional;* na segunda situação se depara com iniludível descumprimento de *dever funcional*, visto que o promotor não pode, no caso, atuar de acordo com a própria liberdade de convicção, fazendo-o estritamente por força de *delegação administrativa* em virtude de ordem promanada da Instituição pela boca de um específico órgão: o conselho superior.

O dever funcional de agir do promotor apresenta particularidades merecedoras de análise mais circunstanciada.

Se o promotor conclui não ser hipótese de propositura de ação civil pública após devidamente consumada investigação em sede de inquérito civil ou mesmo procedimento preparatório, parece claro não haver algum espaço para responsabilização do agente político, simplesmente porque não houve descumprimento de dever funcional de qualquer espécie.

Se, no entanto, articulada a denúncia, o membro do Ministério Público instaurou inquérito e nada mais realizou em termos de investigação, já, aqui, houve descumprimento de dever funcional, quer porque inerte quanto a providências a reclamarem a atividade ministerial em face de interesse legitimador à instauração de inquérito, quer porque, ainda que não ocorrida a transgressão denunciada, não chegou sequer a analisar a viabilidade quanto à atuação do órgão.

Então, pondo-se minimamente a sério o problema, é necessário reconhecer que a responsabilidade do promotor não está atrelada a uma *investigação viável,* isto é, a uma investigação que leve inexoravelmente à adoção de medidas judiciais. A responsabilização está presa unicamente ao *dever funcional de investigar,* não sendo relevante que o inquérito ou o procedimento preparatório seja conclusivo a respeito da ocorrência a lesão a interesse transindividual.

Se o promotor entende não ser o caso nem de se iniciar investigação, tem o dever funcional de indeferir o pedido de instauração de inquérito civil público tão logo quando distribuído o procedimento prévio.

E é assim porque se, de um lado, há *dever,* de outro, por simetria e de forma inquestionável, há *direito.*

Explique-se: o indivíduo que reclama providências do *Parquet* em face de outrem não é o único que tem direito a uma resposta; aquele contra o qual a atividade do MP é reclamada igualmente se põe em condições objetivas de exigir que a investigação se dê em tempo razoável, ou mesmo não se dê investigação alguma, como nas hipóteses de denúncias absolutamente improcedentes.

Se bem que instauração de inquérito não possa conduzir incontinente à propositura de medidas judiciais, a mera e simples posição de indiciado constitui agravo a direito da personalidade, como é o caso da honra, objetiva e subjetiva, e da imagem-atributo, ou imagem social da pessoa.

A Atividade do CNJ e do CNMP, as Resoluções e o Princípio da Legalidade

Dentro da dualidade característica da atuação dos Conselhos, já se pontuou que o CNJ e o CNMP não prescindem de atos administrativos de caráter normativo para viabilizar o desenvolvimento da própria atividade.

Esses atos de caráter normativo são as *resoluções.*

São atos que podem ser tipificados como *lei em sentido material*, isto é, "(...) ato jurídico emanado do Estado com o caráter de norma geral, abstrata e obrigatória, tendo como finalidade o ordenamento da vida coletiva" (SEABRA FAGUNDES, 1957, pp. 33/34).

Como foi destacado no título deste item, é importante pesquisar os limites que devam ser legitimamente impostos à atividade dos Conselhos, especialmente à luz do *princípio da legalidade*.

Sim, porque não se poderá alcançar *segurança jurídica* no que atina à atividade dos Conselhos se não se dispuser a exame circunstanciado do princípio da legalidade e sua capacidade para conformar a edição de atos de caráter normativo de órgãos administrativos.

O princípio da legalidade, também chamado de princípio da liberdade de ação, ou ainda de princípio da liberdade-matriz, se encerra na *norma geral inclusiva*, apta a permitir ao indivíduo que realize toda e qualquer conduta não expressamente proibida pelo sistema do direito positivo.

Essa a extensão do princípio da legalidade no campo das relações privadas: só se legitimamente proíbe comportamento da pessoa quando lei em sentido *material* e *formal* preveja explicitamente a proibição.

Inequivocamente, a base sobre a qual deverá assentar a proibição deve ser sempre lei em sentido *material* e *formal*, vale dizer: enunciado normativo, logo com caráter genérico e abstrato, expedido pela autoridade competente e de acordo com o procedimento constitucionalmente regrado.

E por quê?

Tão simples e claro assim como um belo dia de sol de verão em Salvador: se condicionamentos à atividade do particular pudessem ser opostos por qualquer ato de caráter normativo (instruções, portarias, resoluções *et caterva*), seria aberta a porta, larga e insidiosa, para a mera e simples supressão de toda liberdade, porque não *só* o Parlamento estaria legitimado à construção de enunciados limitativos do comportamento individual, mas também órgãos administrativos.

É conhecida, no entanto, a idéia respeito à qual se busca defender traço distintivo entre o princípio da legalidade no contexto das relações entre particulares e no âmbito da Administração Pública: o particular pode fazer *tudo* o que a lei não proíba expressamente; o administrador *só* pode fazer aquilo que a lei expressamente permita.

E esse é um balizamento objetivo a conferir grande margem de segurança a todos os órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público quando desenvolvem atividade administrativa. Noutros termos: o princípio da legalidade resplandece com grande luminosidade em sede de práticas de atos administrativos para permitir a ação exclusivamente quando lei em sentido material e formal vier a admiti-la.

Se órgãos administrativos do Poder Judiciário e do MP desbordarem os limites fixados adrede por enunciado normativo, impõe-se a atuação do CNJ e do CNMP, que, por interessante que pareça ser, também se ajusta ao princípio da legalidade. Tanto o

fiscal como o *fiscalizado* estão incondicionalmente submetidos ao princípio da legalidade. Um para não fazer do poder regulamentar depósito de transgressões ao postulado da legalidade; o outro para não editar atos que não estejam estrita e absolutamente conformes ao postulado.

Por isso que discorrer sobre o princípio da legalidade e a atividade do CNJ e do CNMP é fundamentalmente discorrer sobre os limites do poder regulamentar dos Conselhos, exercitável, como se sabe, por meio de *resoluções* (art. 103-B, § 4º, I/CF e art. 130-A, § 2º, I/CF).

E embora seja certo e coerente dizer que não seguiremos, aqui, o *paradoxo da defesa do controle externo do Poder Judiciário*, não poderemos, de contraparte, afirmar que os Conselhos podem tudo em termos de regulamentação da atividade no âmbito do Poder Judiciário e do Ministério Público, pois que, ofuscantemente, subsiste um conteúdo, um núcleo material não passível de disciplina por meio dos atos regulamentares autorizados aos Conselhos pela Constituição.

E qual seria esse "núcleo material"?

Ora, simples e precisamente aquele que a Constituição refere como tal.

Colha-se, como exemplo, o comando enunciado no art. 93, caput, da Constituição:

> *"Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios (...)"* (grifamos).

Atente-se: "lei complementar". Observe-se: "lei complementar". Registre-se: "lei complementar".

Quando a norma constitucional, nos domínios do art. 93 e seus importantíssimos incisos, opta declaradamente pela disciplina dos temas ali tratados por meio de lei em sentido material e formal, no caso a lei complementar, é óbvio que somente o veículo normativo sufragado pela Constituição pode ter a propriedade de regulamentá-los. E esse é um dos balizamentos objetivos propostos pelo sistema constitucional.

Então ocorre o seguinte: se, por exemplo, o inciso I do art. 93/CF exige, no mínimo, três anos de *atividade jurídica* para ingresso na carreira do Poder Judiciário na condição de juiz substituto, nenhuma outra norma supera ou pode superar o condicionamento posto pela Constituição; daí que *atividade jurídica* é conceito a ser legislativamente conformado.

Deveras, não fosse clara a determinação constitucional quanto ao tema "atividade jurídica" vir a ser objeto de disciplina pelo Parlamento por força da interpretação exegética do art. 93, caput/CF, combinado com o inc. I, a própria compostura do princípio da legalidade tornaria, per se et se, incompatível o tratamento do tema em sede de resolução administrativa, tal como empreendeu o CNJ na Resolução nº 11.

Com efeito, observe-se a redação do art. 2º, da Resolução nº 11, de 31 de janeiro de 2006: *"Considera-se atividade jurídica aquela exercida com exclusividade por bacharel em Direito, bem como o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a realização preponderante de conhecimento jurídico, vedada a contagem do estágio acadêmico ou qualquer outra atividade anterior à colação de grau"*

Não é apenas porque o art. 93, caput e inc. I/CF demonstrem literalmente que a disciplina sobre o que é "atividade jurídica" deva merecer resposta de órgão legislativo, no caso o Congresso Nacional, que se deve reverenciar a tese. É sobretudo porque, se não nos pusermos em linha de afinidade ao princípio da reserva de lei para impedir que o CNJ defina o que é "atividade jurídica" por meio de ato regulamentar, estamos, de verdade, abdicando do princípio republicano e do Estado Democrático e de Direito, declarados com pompa e circunstância no art. 1º, caput, da Constituição.

Outro exemplo de ato regulamentar do Conselho Nacional de Justiça que desbordou, *data venia*, a competência outorgada constitucionalmente, foi a Resolução nº 48, de 18 de dezembro de 2007, cujo art. 1º tem a seguinte redação: *"Determinar aos Tribunais que passem a exigir, como requisito para provimento do cargo de Oficial de Justiça, a conclusão de curso superior, preferencialmente em Direito".*

Ora, é evidente que a restrição firmada pelo ato regulamentar descamba para a pura e simples incompatibilidade vertical com a Constituição, mais ainda porque a exigência de conclusão de curso superior, preferencialmente em Direito, como esclarecido no enunciado, configura *qualificação profissional,* sendo que, no particular, o art. 5º, XIII/CF, assegura que "*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".*

Trata-se, indisputavelmente, de norma com eficácia relativa restringível (MARIA HELENA DINIZ, 1992, p. 98), cuja característica maior é produzir imediatamente os efeitos que lhe são próprios, podendo, no entanto, ter a sua amplitude encurtada por obra do legislador ou do julgador, como se opera com o direito individual à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI/CF).

Logo, se a liberdade de ação profissional, em termos de fixação de qualificações profissionais, somente admite contenção promanada de lei em sentido material e formal, não há espaço para a desenvoltura legislativa do CNJ ao limitar o acesso a cargo de Oficial de Justiça àqueles que possuam diploma de curso superior, posto que a disciplina demandava e demanda edição de lei pelos que foram eleitos para, em nome da coletividade, restringir liberdades em proveito dela própria – a coletividade.

Fora daí é se distanciar da terra segura do princípio democrático e se lançar, deliberadamente – o que é pior –, no tempestuoso mar do arbítrio e do voluntarismo político que tantos males tem causado à civilização brasileira.

E quanto mais nos distanciamos do princípio democrático mais e mais ofendemos o princípio da legalidade, posto que, concebido originariamente para substituir o *governo dos homens* pelo *governo das leis*, o crescente garroteamento do Congresso Nacional pelo STF e, por tabela, pelo CNJ e CNMP, quando da edição de resoluções, termina se convertendo em perigosíssimo precedente de abalo à democracia formalmente reinstalada no Brasil a 5 de outubro de 1988.

Sabemos que o nosso País não tem *cultura democrática*, o que torna o nosso povo cético quanto às instituições forjadas pela democracia, como é o caso do Congresso Nacional. Cultura democrática de que nos ressentimos tanto quanto a ausência de *cultura constitucional*.

Se, no desassossegado correr histórico desta Nação, experimentamos formalmente a democracia tão-só de 1891 a 1937, de 1946 a 1964 e de 1988 em diante, temos, no placar da democracia *versus* tirania, uma goleada dos sistemas despóticos de governar, ao menos se contabilizados os anos de vivência democrática: Democracia – 84; Tirania – 424.

Isso enseja reflexos, que não necessariamente condizem com suposto ou eventual retorno ao regime militar ou instalação de ditadura no âmbito dos cargos do Poder Executivo; há outras formas de expressão de cultura antidemocrática, como se dá com o modo de criação do direito.

Repisamos o exemplo da Res. nº 11 e a disciplina da atividade jurídica porque a hipótese é emblemática.

A Constituição de 1988, fazendo ressurgir o princípio democrático, também tratou de fazer com que o acesso aos cargos públicos se operasse democraticamente,

enfatizando que *a investidura em cargo ou emprego público se dará por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos* (art. 37, II/CF).

Com isso, após a Constituição de 1988, o que há, verdadeiramente, é o aparecimento de um *direito materialmente fundamental,* que é o *direito fundamental de acesso aos cargos e empregos públicos,* cuja atividade regulamentar dos Conselhos jamais poderia chegar ao limite de definir o que é "atividade jurídica", porque a definição representou limitação ao indigitado direito fundamental.

Nesse passo, o que se pretende apontar é o que já foi remarcado linhas atrás: "atividade jurídica" é conceito legislativamente – e só legislativamente – definível, seja porque *"limite ineliminável à interpretação constitucional é o próprio texto escrito da Constituição* (KONRAD HESSE, 1992, P. 52), impedindo-se que o procedimento interpretativo seja responsável por mutação *inconstitucional*, seja ainda como natural ilação decorrente da compostura fundamental do direito atingido com a regulamentação consumada pelos Conselhos e atinente ao que poderia propriamente ser compreendido como "atividade jurídica".

Por conseguinte, não apenas "atividade jurídica", mas todos os outros conceitos que devam ser legislativamente conformados (porque a Constituição assim impõe) são dependentes de atividade do legislador, pena de a liberdade individual, consolidada na imorredoura regra da liberdade de ação (art. 5º, II/CF), se transformar em mero e simples figura de retórica, para uso em exposições em congressos e seminários de direito constitucional, esquecendo-se delas tão logo deixamos aqueles bem decorados e refrigerados auditórios.

Liberdade é sentimento atávico à condição de ser humano.

Expressa genialmente – como de costume – CALMON DE PASSOS: *"O homem não é uma criatura que pode querer, ele é, antes de tudo, uma criatura que precisa querer. Ser livre é estar vivo como homem, pois sem a liberdade a criatura humana apenas pode sobreviver como animal, mutilado em sua humanidade e desprovido da força e da segurança do animal, que se apóiam na sabedoria inconsciente dos institutos"* (1999, p. 12).

Conclusão

Diante do exposto, é possível alcançar as seguintes conclusões:

República é forma de governo amparada em duas idéias indissociáveis: *eletividade/provisoriedade dos mandatos* e *responsabilidade dos agentes públicos;*

O importantíssimo elenco de atribuições do § 4º do art. 103-B/CF e do § 2º do art. 130-A/CF pontuam, dentre outras, as seguintes prerrogativas indicativamente dirigidas ao CNJ e ao CNMP: i) zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura; ii) zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou por provocação, a legalidade de atos administrativos; iii) receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares; iv) rever, de oficio ou por provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

Em virtude das atribuições fixadas aos Conselhos pela Constituição, há dualidade de atuação fiscalizatória: i) atuação dos órgãos para solução de casos *individuais;* ii) atividade dirigida à solução, em tese, de problemas relacionados ao Poder Judiciário e Ministério Público, o que consumam por meio das *resoluções administrativas*;

Existe núcleo material que funciona como balizamento objetivo à atividade dos Conselhos que, por sua vez, deve incondicionada reverência ao princípio da legalidade: é o conteúdo ressalvado pela Constituição à reserva de lei, como ocorre, exemplificativamente, com a definição do que venha a ser “atividade jurídica”, ou com a possível restrição à liberdade profissional, sem embargo, respectivamente, da redação das Resoluções nºs 11 e 48 do CNJ;

Avançar o limite constitucionalmente atribuído aos Conselhos é, de fato, recusar o princípio democrático e retroalimentar nossa ausência de cultura democrática e de cultura constitucional.

BIBLIOGRAFIA

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Direito, Poder, Justiça e Processo, Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1999.

CIRNE LIMA, Ruy. Princípios de Direito Administrativo, São Paulo: Ed. RT, 5ª edição, 1982.

DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e seus Efeitos, São Paulo: Ed. Saraiva, 1992.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2ª edição, 1992.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 3ª edição, 1957

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 4ª edição, 2009.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

NETO, Manoel Jorge e Silva Neto. O Controle da Atividade de Juízes e Promotores de Justiça pelo CNJ e CNMP. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 24, outubro/novembro/dezembro de 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-24-OUTUBRO-2010-MANOEL-JORGE.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais:

NETO, Manoel Jorge e Silva Neto. O Controle da Atividade de Juízes e Promotores de Justiça pelo CNJ e CNMP. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 7, n. 24, p. 49-62, jan./mar. 2009