



HAL
open science

Princípios constitucionais democráticos para um novo modelo de poder judiciário. (Axe XI, Symposium 42)

Aloísio Surgik

► **To cite this version:**

Aloísio Surgik. Princípios constitucionais democráticos para um novo modelo de poder judiciário. (Axe XI, Symposium 42). Independencias - Dependencias - Interdependencias, VI Congreso CEISAL 2010, Jun 2010, Toulouse, France. halshs-00502118

HAL Id: halshs-00502118

<https://shs.hal.science/halshs-00502118>

Submitted on 13 Jul 2010

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DEMOCRÁTICOS PARA UM NOVO MODELO DE PODER JUDICIÁRIO

ALOÍSIO SURGIK

Prof. Titular de Direito Romano da UFPR (aposentado);

Prof. Adjunto de Direito Romano da PUCPR;

Prof. Titular de Direito Romano da UNICURITIBA;

Prof. Adjunto de História do Direito da UTP;

Prof. Contratado de História do Direito da FACINTER e

Prof. de Hist. do Direito da FUnC – Mafra – SC – BRASIL.

RESUMO:

Seguindo em linhas gerais as ideias que já desenvolvemos no último capítulo do livro TEMAS CRÍTICOS DO DIREITO À LUZ DAS FONTES, publicado em 1986, e levando em consideração algumas “Notas” acerca do “Constitucionalismo Bolivariano” do Prof. Pierangelo Catalano, assim como o texto *Constitución Romanística para América Latina* escrito por Marcial Rubio Correa, Reitor da Universidade Católica do Perú, o objetivo deste trabalho é apresentar algumas sugestões concretas no sentido de estabelecer os fundamentos democráticos para um novo modelo de Poder Judiciário, tendo por base a solene afirmação já consagrada universalmente, segundo a qual o poder pertence ao povo e por ele deve ser exercido.

Palavras chaves: Poder Judiciário – Democracia – Direito Romano.

PREÂMBULO

São princípios fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil:

“Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição.

Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

A solene afirmação de que **todo o poder emana do povo**, amplamente divulgada e incorporada na maioria das constituições da atualidade e nas mais importantes declarações universais de direitos humanos, tem recebido acolhimento até mesmo em textos constitucionais de origem nitidamente autoritária, como foi o caso da Constituição da República Federativa do Brasil, decorrente da Emenda Constitucional Número 1, de 17 de outubro de 1969, em que se proclamou, como por ironia, em seu art. 1º, que “todo o poder emana do povo”, depois da declaração, no exórdio, de que o referido texto fora promulgado “pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar”.¹

O problema é que se trata de um princípio – o da soberania popular – tão difundido, que já se encontrava consagrado, entre outros documentos, na Declaração de Direitos de Virgínia, de 12 de junho de 1776,² na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, admitida pela Convenção

¹ Sobre a História desta Emenda Constitucional, v. **A Constituição que não foi – História da Emenda Constitucional N. 1, de 1969**. Brasília, Senado Federal, 2002 - 641 páginas.

² “Art. 2º. – Toda a autoridade pertence ao povo e por consequência dela emana; os magistrados são seus mandatários, seus servidores, responsáveis perante ele em qualquer tempo.

Art. 5º. O Poder Legislativo e o Poder Executivo do Estado devem ser distintos e separados da autoridade judiciária a fim de que, tendo também eles de suportar os encargos do povo e deles participar, possa ser reprimido todo o desejo de opressão dos membros dos dois primeiros, devendo estes, em tempo determinado, voltar à vida privada, reentrar no corpo da comunidade de onde foram originariamente tirados; e os lugares vagos deverão ser preenchidos por eleições frequentes, certas e regulares.”

Nacional da França, em 1793,³ e na famosa Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em Resolução da III Sessão Ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948.⁴

Todavia, ainda que, no âmbito do Legislativo e do Executivo, bem ou mal, venha sendo adotado de alguma forma o princípio da elegibilidade de seus membros, não se pode dizer o mesmo com relação ao Judiciário, em que o povo fica realmente marginalizado, o que nos faz lembrar a grave advertência de LASSALE: “Onde a Constituição *escrita* não corresponde à *real*, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país”.⁵ Ensina ainda o referido autor, usando uma linguagem cristalinamente didática: “Podem os meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu tronco um papel que diga: ‘Esta árvore é uma figueira’. Bastará esse papel para transformar em figueira o que é macieira? Não, naturalmente. E embora conseguissem que seus criados, vizinhos e conhecidos, por uma razão de solidariedade, confirmassem a inscrição existente na árvore de que o pé plantado era uma figueira, a planta continuará sendo o que realmente era e, quando desse frutos, estes destruiriam a fábula, produzindo maçãs e não figos. O mesmo acontece com as Constituições. De nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justificar pelos fatos reais e efetivos do poder”.⁶

Ora, o nosso sistema, que adota a divisão tripartite, isto é, uma divisão onde o Judiciário aparece em pé de igualdade com os outros dois poderes, no mínimo incorre em contradição quando afirma que o Judiciário é Poder, que o Poder emana do povo e, no entanto, o povo não elege qualquer representante deste poder.

O tema é, por isso, merecedor da nossa reflexão. Assim, a partir de uma análise crítica, com ligeiro aceno à História, examinaremos, nas modestas dimensões do presente trabalho, os resultados práticos que o nosso sistema ora em vigor vem apresentando.

O LIBERALISMO BUGUÊS E A QUESTÃO DOS TRÊS PODERES

Discute-se bastante desde o século XIX o alcance de uma separação de poderes, como afirma SALDANHA, que explica: “Uma das tentativas de tal discussão vem sendo a de considerá-la inexequível, ou ao menos exagerada: os poderes não podem atuar separadamente, porque são, em

³ “XXV – A soberania reside no povo. Ela é una e indivisível, imprescritível e indissociável.”

⁴ “Art. 21. (3) A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas por sufrágio universal por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade do voto.”

⁵ FERDINAND LASSALE. **Que é uma Constituição**. Trad. do alemão por Walter Stonner. Ed. Laemert, Rio de Janeiro, 1969, p. 99.

⁶ *Idem*, p. 110.

princípio, integrantes de um mesmo Estado. Há no Estado uma soberania indivisível, e ela não pode ser fragmentada para estar nos diferentes poderes”.⁷

Referindo-se a outras críticas feitas ao caráter *político* da divisão (daí certos juristas preferirem utilizar a expressão “funções do Estado”) e esclarecendo que, quando se discutia, sobretudo na fase liberal, sobre os poderes e sua separação, eles eram tomados como prerrogativas que, entretanto, para desespero dos que pretendem cultivar uma separação rigorosa entre a política e o Direito,⁸ o termo *poderes* tem prevalecido e permanecido.

Por sua vez, GERARD LEBRUN, citando DURKHEIM e MICHEL FOUCAULD, dissipa quaisquer dúvidas quanto à ilusão de que, com a divisão tripartite do poder, teria havido progresso na esfera da atividade individual e, conseqüentemente, atenuação do poder estatal: “O poder moderno não é mais, essencialmente, uma instância repressiva e transcendente (o rei acima dos seus súditos, o Estado superior ao indivíduo), mas uma instância de controle, que *envolve o indivíduo mais do que o domina abertamente*. Podem diminuir as proibições, abolir-se a pena de morte, abrandar-se o regime das prisões, etc., porém o sistema disciplinar, a que nos vemos submetidos até em nossa vida privada, cresce, discreta, mas continuamente. O Estado moderno é menos *abertamente dominador*, e mais *manipulador*; preocupa-se menos em reprimir a desobediência do que em preveni-la. É feito menos para punir do que para disciplinar”.⁹

Sabendo-se que a insistência sobre esta divisão tripartite, de que ora nos ocupamos, foi própria do constitucionalismo liberal,¹⁰ GERARD LEBRUN, aprofundando sua crítica sobre o que ele chama “a comédia liberal”, faz questão absoluta de frisar como o liberalismo clássico lhe parece ter sido uma posição insustentável, já no próprio século XIX.¹¹ Reconhecendo ser “verdade que o liberalismo só exaltou as liberdades civis na medida em que elas constituem os corolários da sacrossanta liberdade de propriedade”, sendo também verdade, segundo ele, que “o cidadão só pode ser o proprietário” e que só a propriedade torna os homens capazes do exercício dos direitos políticos”, (axioma claro para BENJAMIN CONSTANT, para GUIZOT e outros), e que o liberal vilipendia o poder, contudo, admite que é indispensável mantê-lo pelo menos por enquanto – como válvula de segurança da economia de mercado, afirma: “O liberal, como se vê, é um homem de quem ter pena, porque está às voltas com um problema insolúvel: determinar até que ponto pode serrar o galho no qual está sentado, sem correr o risco de quebrá-lo. É também, por princípio, um cidadão insatisfeito. Que escureça o horizonte social, que cresça o espectro do “socialismo” – e ele se torna partidário de um “regime forte”. Que este se instale, suprima as liberdades civis e se interesse de muito perto pelo funcionamento da economia – o liberal espuma de indignação e volta a ser homem de esquerda. Ou de centro-esquerda”.¹² E arremata contundentemente: “Vocês compreendem melhor, agora, em que consiste a ilusão na qual assenta o liberalismo? Ele parte, simplesmente, de

⁷ NÉLSON SALDANHA, **O que é o Poder Legislativo**. Ed. Brasiliense, S. Paulo, 1982, p. 26.

⁸ *Idem*, p. 27.

⁹ GERARD LEBRUN, **O que é poder**. Ed. Brasiliense, S. Paulo, 1981, p. 85.

¹⁰ Cf. NÉLSON SALDANHA, *ob. cit.*, p. 29.

¹¹ GERARD LEBRUN, *ob. cit.*, p. 81.

¹² *Idem*, p. 82.

uma análise sumária e *fraudulenta* do problema político. Pretende reduzi-lo ao resultado de uma partida: “Indivíduo vs Estado”. Ora, trata-se de uma partida fraudada. Pois, afinal, o que é este “indivíduo”? De onde provém este átomo social zeloso por seus direitos? Ele *já* não foi fabricado, sorrateiramente, pelo poder?”.¹³

Aliás, tornou-se muito comum, principalmente nos chamados “países em desenvolvimento”, o “capcioso argumento segundo o qual só o Executivo *forte* pode conduzir o processo de ‘modernização’ sócio-econômico. Nestes países, geralmente o Legislativo possui fraca tradição histórica, e por isso mesmo resiste mal aos movimentos tendentes à autocracia e ao caudilhismo”.¹⁴ Quanto ao Judiciário, inserido neste contexto – poderíamos acrescentar -, é tido como uma espécie de apêndice do Executivo.

A propósito da retórica do *moderno* como um dos aspetos mais sofisticados da atual ideologia das classes dominantes brasileiras, MARILENA CHAUI escreveu um belo artigo, apontando para dois lugares-comuns que ocupam nossa linguagem política, no momento. O primeiro deles é uma definição do nosso Poder Legislativo como democrático. “Se tal for o caso”, argumenta ela, “resta aos parlamentares explicar-nos a votação contra as eleições diretas, contra os dois turnos eleitorais, contra a Assembleia Nacional Constituinte...”. O segundo lugar-comum é o elogio do *moderno*: “Fala-se em partido moderno, prefeitura moderna, universidade moderna, exploração moderna da terra, legislação moderna. Moderno é tomado como ‘bom em si’ porque moderno e oferece-se como sinônimo de racional. Seu contraponto é o tradicional, o arcaico, isto é, o “irracional”.¹⁵

É evidente que o chamado Executivo *forte*, como sinônimo de Executivo *moderno*, é uma das manifestações desta retórica que visa a enaltecer o Poder Executivo em detrimento dos outros dois, para colocá-los sob sua dependência.

A REALIDADE DO NOSSO PODER JUDICIÁRIO

“Pouco ou quase nada aparece nas discussões políticas de nossos dias sobre o problema fundamental da separação do Poder Judiciário dos demais poderes. São, entretanto, muitas e seriíssimas as questões de natureza doutrinária básica, existentes no âmbito do Judiciário”.¹⁶

De fato, embora se reconheça em geral o alto grau de dependência do Judiciário ao Executivo em relação ao seu orçamento e a outros aspetos como os de nomeação, promoção e remuneração dos magistrados e de todo o quadro de pessoal, quase nada se tem discutido sobre isto, muito menos sobre a democratização do Judiciário.

¹³ *Idem*, p. 87.

¹⁴ NÉLSON SALDANHA, ob. cit., p. 33.

¹⁵ MARILENA CHAUI, “O moderno como ideologia”, in *Folha de S. Paulo*, 21 de outubro de 1985, p. 2.

¹⁶ HENRY MAKSOUD. “A independência do Judiciário”, in *Visão*, 2 de abril de 1984, n. 14 – Ano XXXIII, S. Paulo, p. 3.

Nestas circunstâncias, não é de se estranhar que, nos meandros da estranha política brasileira, o Judiciário “não é sequer tido como Poder independente, sendo, por isso, pela gente comum, até imaginado como um setor geralmente ineficaz do Executivo para quem se apela quando não há outro jeito”.¹⁷

Todavia, mesmo que o Judiciário tivesse autonomia financeira e administrativa – entende o citado articulista -, ainda assim não poderíamos assegurar que se faz Justiça no Brasil, porque a condição fundamental para que isso ocorra, é que os três poderes sejam separados. Na realidade, a separação dos poderes é pouco mais que mera formalidade: “Aqui, a tradição do Estado intervencionista e planejador, exigente de um Poder Executivo forte (a desculpa é a de que, de outra forma, não há como imprimir eficácia ao processo de tomada de decisões), não tolera que um Poder seja limitado em suas atribuições pelas funções próprias de outros poderes. Ou seja, o Poder Executivo no Brasil, fazendo-se contemporâneo das monarquias absolutistas e das tiranias do passado, não se dispôs ainda a assimilar o princípio doutrinário da separação efetiva de poderes, que os fundadores do constitucionalismo liberal do governo representativo desenvolveram a partir do século XVII para limitar o poder arbitrário do soberano, visando à salvaguarda da liberdade individual”.¹⁸

ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Sucintamente, a estrutura do Poder Judiciário brasileiro, no que diz respeito à sua composição e nomeação de seus membros, nos termos da atual Constituição, é a seguinte:

“Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça; ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

II - o Superior Tribunal de Justiça;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

¹⁷ *Idem, ibidem.*

¹⁸ *Idem, p. 30.*

Art. 101. 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.

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

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009\)](#)

I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009\)](#)

II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;

III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;

IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;

XI um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;

XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

§ 1º O Conselho será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009\)](#)

§ 2º Os demais membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009\)](#)

§ 3º Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal.

§ 4º 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:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

§ 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes:

I receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários;

II exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral;

III requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

§ 6º Junto ao Conselho oficialarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.

Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

I - um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal;

II - um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94.¹⁹

Art. 106. São órgãos da Justiça Federal:

I - os Tribunais Regionais Federais;

II - os Juízes Federais.

Art. 107. Os Tribunais Regionais Federais compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, sendo:

I - um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público Federal com mais de dez anos de carreira;

II - os demais, mediante promoção de juízes federais com mais de cinco anos de exercício, por antigüidade e merecimento, alternadamente.

Art. 111. São órgãos da Justiça do Trabalho:

I - o Tribunal Superior do Trabalho;

II - os Tribunais Regionais do Trabalho;

III - Juizes do Trabalho. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 24, de 1999\)](#)

Art. 111-A. O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

¹⁹ “Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.”

I um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94;

II os demais dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura da carreira, indicados pelo próprio Tribunal Superior.

Art. 118. São órgãos da Justiça Eleitoral:

I - o Tribunal Superior Eleitoral;

II - os Tribunais Regionais Eleitorais;

III - os Juízes Eleitorais;

IV - as Juntas Eleitorais.

Art. 119. O Tribunal Superior Eleitoral compor-se-á, no mínimo, de sete membros, escolhidos:

I - mediante eleição, pelo voto secreto:

a) três juízes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal;

b) dois juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça;

II - por nomeação do Presidente da República, dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral elegerá seu Presidente e o Vice-Presidente dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e o Corregedor Eleitoral dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Art. 120. Haverá um Tribunal Regional Eleitoral na Capital de cada Estado e no Distrito Federal.

§ 1º - Os Tribunais Regionais Eleitorais compor-se-ão:

I - mediante eleição, pelo voto secreto:

a) de dois juízes dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça;

b) de dois juízes, dentre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça;

II - de um juiz do Tribunal Regional Federal com sede na Capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo;

III - por nomeação, pelo Presidente da República, de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.

§ 2º - O Tribunal Regional Eleitoral elegerá seu Presidente e o Vice-Presidente- dentre os desembargadores.

Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

§ 1º - Os membros dos tribunais, os juízes de direito e os integrantes das juntas eleitorais, no exercício de suas funções, e no que lhes for aplicável, gozarão de plenas garantias e serão inamovíveis.

§ 2º - Os juízes dos tribunais eleitorais, salvo motivo justificado, servirão por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos, sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria.

§ 3º - São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de "habeas-corpus" ou mandado de segurança.

§ 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

- I - forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei;
- II - ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais;
- III - versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais;
- IV - anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais;
- V - denegarem "habeas-corpus", mandado de segurança, "habeas-data" ou mandado de injunção.

Art. 122. São órgãos da Justiça Militar:

- I - o Superior Tribunal Militar;
- II - os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.

Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.

Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo:

- I - três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;
- II - dois, por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar."

Quanto à Justiça Estadual, na chamada jurisdição inferior, dividida em comarcas, estão os juízes de primeira instância, e acima deles os Tribunais de Justiça. Todas as remoções, permutas, promoções e acessos aos Tribunais dependem de ato do governo do Estado, ainda que a escolha se faça a partir de indicações do Tribunal de Justiça.

Como se vê, não só o povo fica totalmente alheio a qualquer participação na escolha dos juízes e dos ministros dos Tribunais, como o próprio Presidente do Supremo Tribunal Federal, em flagrante

contradição de todos os princípios que fundamentam a legitimidade do poder, chega ao cúmulo de poder assumir “constitucionalmente” a até mesmo a Presidência da República, sem que jamais tenha recebido um único voto sequer do povo brasileiro, nos precisos termos da Constituição:

“Art. 80. Em caso de impedimento do Presidente e do Vice-Presidente, ou vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal.”

Neste constrangimento da liberdade e independência, o Judiciário dificilmente pode defender-se da pressão, das usurpações e da influência de outros poderes políticos, como também não pode evitar outros problemas daí decorrentes, conforme bem lembrou EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, em artigo defendendo um novo Judiciário em nova Constituição: “Não menos constrangedor da liberdade e independência do Judiciário é o espetáculo do beija-mão a que se sujeitam os seus membros por ocasião da nomeação ou promoção. A entrega de discricionariedade ao governador do Estado para promoção de juízes de primeiro grau e sua nomeação para os tribunais de Alçada e de Justiça só traz inconvenientes, tais como sujeitar os magistrados a pedirem por sua escolha ao Chefe do Executivo. É evidente que surge a oportunidade para o último perseguir os juízes independentes ou para os primeiros se constrangerem no julgamento de feitos de interesse da Administração que o nomeou ou promoveu”.²⁰

A falta de participação e de controle popular no Judiciário gera ainda, direta ou indiretamente, outras consequências que suscitam profunda reflexão.

REFLEXÕES CRÍTICAS

“Em que pese a competência e probidade dos juízes, a exasperante morosidade da Justiça brasileira fez dela um refúgio seguro dos faltosos, dos caloteiros, dos trambiqueiros e de todos aqueles que não cumprem com suas obrigações assumidas mediante contratos. A certeza de que a Justiça não age com presteza leva todos aqueles que se recusam a pagar o que devem a ansiar que a parte prejudicada recorra a ela, porque assim terão sua impunidade garantida durante os anos, ou décadas, em que o processo se arrastar pelos tribunais. Que diferença existe entre essa situação generalizada de litigiosidade contida, não solucionada, e a ausência pura e simples da justiça?”

Eis a denúncia estampada na revista **Visão**, anteriormente citada, que leva seu articulista a fazer outra grave advertência: “Quando se chega ao ponto de comumente se usar essa coisa sagrada que é a justiça a fim de jogar para escanteio uma responsabilidade que não se quer cumprir, é porque algo de muito grave está se passando na moral política da sociedade”.²¹

À sobrecarga de trabalho, que aumenta a cada ano, o Judiciário não pode ajustar-se lançando mão de mais recursos, simplesmente porque é um poder sem autonomia econômico-financeira.

Entretanto, o número de leis aumenta desmesuradamente à medida que o Estado intervém, fugindo de suas responsabilidades, na economia e na vida privada do cidadão. “Todo Estado-Providência, todo Estado-Providência, todo Estado-Empresário é um Estado acometido de hemorragia legiferante, o que exaure as forças do Judiciário”.²²

É claro que o acúmulo de processos, o mau funcionamento e a paralisação da justiça não são obra do acaso, nem dos magistrados ou dos funcionários, mas têm outras causas, como o tecnicismo

²⁰ **O Estado de São Paulo**, 11 de junho de 1982.

²¹ HENRY MAKSOUD, Ob. cit., pp. 3 e 28.

²² *Idem*, p. 29.

processual e, principalmente, a intrincada selva de leis, falsas leis muitas vezes, que proliferam abundantemente e se amontoam discricionariamente.

Em meio a tudo isso, reina ainda, infelizmente, a falsa idéia de que Direito e lei se identificam, mito desmascarado magistralmente por ROBERTO LYRA FILHO: “A identificação entre Direito e lei pertence, aliás, ao repertório ideológico do Estado, pois na sua posição privilegiada ele desejaria convencer-nos de que cessaram as contradições, que o poder atende ao povo em geral e tudo o que vem dali é imaculadamente jurídico, não havendo Direto a procurar além ou acima das leis”.²³

Tinha razão o saudoso mestre quando dizia que “o Direito autêntico e global não pode ser isolado em campos de concentração legislativa”.²⁴ Aliás, em outra passagem de sua importante produção doutrinária, ironicamente, ele fulminou: “Tomar a norma pelo Direito equivale a confundir a embalagem com o produto, como se tudo que nos viesse numa lata de biscoitos fosse edível, ainda que, no lugar dos *cream crackers*, ali estivessem pacotes de veneno ditatorial”.²⁵

De nossa parte, já afirmamos em outra ocasião: “Valorizar o sentido do justo em cada caso concreto, como foi prática corrente da jurisprudência romana clássica, deve merecer a maior atenção daqueles que ainda acreditam ser hoje possível alcançar a justiça, numa sociedade em que, infelizmente, muitos profissionais, inclusive juízes, não passam de meros leitores de códigos, ou repetidores de acórdãos jurisprudenciais, nem sempre muito exemplares, ao se limitarem aos estreitos horizontes da interpretação literal da lei, sem levar em conta a possibilidade de a própria lei ser às vezes injusta. Esta concepção dogmática da lei, como se tão somente a lei fosse o Direito, tem sua explicação histórica ligada à dogmática religiosa, numa época de forte dominação eclesiástica, que se deslocou posteriormente ao âmbito da dominação do Estado”.²⁶

Na verdade, como dizia, já nos anos 80, o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal CLÓVIS RAMALHETE, o Poder Judiciário tem sido o grande esquecido das constituintes republicanas. Aí é que está o erro fundamental: “Jamais os constituintes republicanos, depois de adotarem o Presidencialismo e a Federação, deram-se conta de que o Poder Judiciário é a ‘chave do regime presidencial’ e, por consequência, deve ser autônomo e forte”.²⁷

Convicto da necessidade da preservação absoluta da grandeza e do respeito público devido ao juiz, o ex-ministro da Suprema Corte sustentava que o Judiciário deve permanecer acima e fora da fraqueza humana de algum incerto magistrado, por acaso, posto entre seus pares.²⁸

Certamente, a crise cada vez mais grave do Poder Judiciário, principalmente na esfera superior, tem suas raízes predominantemente na falta de legitimidade.

Se estudarmos atentamente o Judiciário, acima e abaixo do equador, constataremos que, até hoje, nenhuma democracia conseguiu praticar integralmente a doutrina da separação dos poderes. No entanto, tal doutrina apresenta-se como o fundamento do Estado Democrático de Direito. Há casos, contudo, como o dos EEUU e de países do norte da Europa – de forte tradição constitucionalista – em que, aparentemente, o Poder Judiciário funciona melhor do que, por exemplo, em qualquer República sul-americana. Ocorre que tais nações, apesar de nem sempre servirem como bons exemplos de democracia dispõem, entretanto, de uma Constituição mais estável a solidificar suas instituições.

²³ ROBERTO LYRA FILHO. **O que é Direito**. Brasiliense, 1982, p. 9.

²⁴ *Idem*, p. 10.

²⁵ ROBERTO LYRA FILHO. **Pesquisa em que Direito**. Edições Nair, Ltda., Brasília, 1982, p. 12.

²⁶ ALOÍSIO SURGIK. **Gens Gothorum – As raízes bárbaras do legalismo dogmático**. Edições Livro é Cultura, 2ª. Edição, Curitiba, 2004, p. 5.

²⁷ CLÓVIS RAMALHETE. “Poder é a chave do regime presidencial”, in **Folha de S. Paulo**, 6 de outubro de 1985, p. 8.

²⁸ *Idem*, p. 30.

Ao contrário, muitos países que vivem abaixo da linha do equador, o Brasil inclusive, emendam e remendam demasiadamente suas constituições, por meras conveniências políticas, nem sempre atendendo aos verdadeiros interesses da sociedade como um todo.

Por outro lado, é forte a interferência política na escolha e nomeação dos magistrados, atingindo praticamente todos os países que se estruturam na separação dos três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário.

Os juízes federais dos EEUU são nomeados depois de submetidos a uma filtragem da qual participam o Departamento de Justiça, o FBI e a Associação dos Advogados. A interferência da Casa Branca varia de acordo com o nível da instância para a qual um juiz vai ser indicado. No caso dos integrantes da Suprema Corte, o presidente da República escolhe pessoalmente a partir de uma lista que lhe é apresentada, cabendo ao Congresso aprovar o nome designado.

O caráter político do processo de seleção é evidente. Já em 1984, uma pesquisa feita pelo **New York Journal of Law** revelava que, nos últimos cinquenta anos, 90% dos juízes nomeados pertenciam ao mesmo partido do presidente da República em exercício na época da escolha.²⁹ De lá para cá, a situação continua basicamente a mesma.

Quanto aos juízes estaduais, são eleitos por voto popular, fazendo campanha como qualquer candidato a cargo eletivo e tendo que se submeter a um severo código de ética: são proibidos de fazer promessas e de prejudicar questões controvertidas (aborto, por exemplo). Há lugares em que os juízes estaduais e municipais são nomeados, respectivamente, pelo governador e pelo prefeito, mas por um tempo determinado, ao contrário dos juízes federais, que, uma vez escolhidos, exercem a função a vida inteira. Entretanto, eles podem ser demitidos através de um processo de *impeachment* instalado pelo Congresso.³⁰

O problema de prejudicar questões controvertidas fora dos autos é certamente muito grave. Infelizmente, no Brasil, de um tempo para cá, tem acontecido até com certo exagero, além de ocorrerem, por vezes, ataques diretos entre os poderes, principalmente na esfera da presidência do Supremo Tribunal Federal com relação ao chefe do Poder Executivo, não obstante os ministros do Supremo nunca terem obtido um voto sequer da população, ao contrário do Presidente da República que passa pelo rigoroso crivo do processo eleitoral popular, submetendo-se inclusive a um segundo turno quando não atinge o número suficiente de votos para se eleger no primeiro.

Aliás, não deixa de ser paradoxal o simples fato de uma demanda de natureza política ser confiada ao julgamento de um órgão que, em seu próprio nascedouro, nem sequer se submeteu a um processo democrático.

A propósito, é muito ilustrativo episódio a seguir, que merece transcrição literal, tal como aconteceu, em sucessão de fatos noticiados instantaneamente, via internet, através do provedor UOL, do jornal **Folha de S. Paulo**:

09/04/2010 - 16h50

Marco Aurélio Garcia diz que Gilmar Mendes "deveria falar mais nos autos" por criticar Lula

MÁRCIO FALCÃO

da **Sucursal** de Brasília

²⁹ Cf. **Visão**, 2 de abril de 1984, p. 36.

³⁰ *Idem*, p. 37.

O assessor especial da Presidência para Assuntos Internacionais, Marco Aurélio Garcia, afirmou nesta sexta-feira que o presidente do STF (Supremo Tribunal Federal), Gilmar Mendes, "deveria falar mais nos autos do que nos microfones". Mendes tem criticado as declarações do presidente Luiz Inácio Lula da Silva reclamando das ações da Justiça Eleitoral.

Segundo Garcia, as críticas de Mendes não vão provocar nenhum mal-estar entre os Poderes, mas o presidente do STF deveria ser mais cauteloso com as palavras para evitar a exposição da Suprema Corte.

"Olha, se fosse criar aresta, as declarações do presidente do Supremo Tribunal Federal já teriam criado muito mais arestas. O presidente do Supremo Tribunal Federal deveria talvez falar mais nos autos e menos nos microfones. Um presidente da Corte Suprema deve falar mais nos autos. Essa é a boa tradição jurídica brasileira. Não é se preservar, é preservar o Supremo", disse.

Em resposta à declaração de ontem do presidente Lula de que "não podemos ficar subordinados a um juiz, ao comentar sobre eleição", o presidente do STF afirmou hoje que "todos nós estamos subordinados à Constituição e à lei".

Para o assessor especial, o presidente Lula não quis agredir a Justiça Eleitoral, mas relembrar a necessidade urgente de uma reforma política no país.

"Ele disse que tem que fazer uma reforma política no país. Qualquer pessoa que olhe para a fragilidade das instituições brasileiras acha isso e sabe que tem que fazer uma reforma política, ou vocês acham que o sistema eleitoral brasileiro está bom? Ou vocês acham que a tardança da Justiça ta bom? Não é um problema da Justiça brasileira, é um problema do desenho institucional do país que tem que ser corrigido", afirmou.

09/04/2010 - 18h16

Juizes e advogados criticam declaração de Lula sobre decisões da Justiça Eleitoral

da Reportagem Local

Entidades que representam juizes e advogados divulgaram nesta sexta-feira notas repudiando declaração do presidente Luiz Inácio Lula da Silva de que "não podemos ficar subordinados ao que um juiz diz que podemos ou não fazer".

Na noite de ontem, Lula participou de um ato político de apoio do PCdoB à pré-candidatura da ex-ministra Dilma Rousseff (PT). No discurso, ele criticou decisões judiciais como as multas que sofreu do TSE (Tribunal Superior Eleitoral) por propaganda antecipada.

O presidente nacional da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), Ophir Cavalcante, chamou de "assustadora e incompatível com a responsabilidade do cargo" a afirmação de Lula.

"A desobediência à Justiça deve ser condenada porque a sociedade só é forte quando o Judiciário é forte. Devemos repudiar qualquer tipo de posicionamento que vise a amesquinhar o Judiciário e diminuir o seu alcance", diz o advogado na nota.

O presidente Ajufe (Associação dos Juizes Federais do Brasil), Fernando Cesar Baptista de Mattos, lamentou a declaração de Lula. "Não é a primeira vez que comentários dessa natureza sobre decisões da Justiça Eleitoral são feitos pelo presidente", diz.

Para o juiz, ao ser multado pelo TSE, Lula "deveria ser o primeiro cidadão a defender o cumprimento da Constituição Federal e das decisões judiciais, fazendo valer os princípios da harmonia e da independência dos poderes."

O presidente da AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros), Mozart Valadares Pires, também criticou Lula. "O que o presidente precisa saber é que todos os cidadãos, independentemente do cargo que exercem, estão subordinados à legislação brasileira. E ele, mesmo como presidente, não tem o direito de infringir a lei eleitoral", afirma o juiz.

Na manhã desta sexta-feira, o presidente do STF (Supremo Tribunal Federal), ministro Gilmar Mendes, disse que hoje "todos nós estamos subordinados à Constituição e à lei".

11/04/2010 - 09h10

Lula pede desculpas por declarações sobre o Judiciário

da Reportagem Local

O presidente Luiz Inácio Lula da Silva (PT) pediu desculpas neste sábado (10) à ex-ministra e pré-candidata petista à Presidência da República, Dilma Rousseff, e ao PT pelas declarações que fez sobre o Poder Judiciário na última quinta-feira (8), durante evento em que o PC do B demonstrou apoio à candidatura. Lula disse que foi mal interpretado.

"Jamais pensei em fazer críticas ao Poder Judiciário. Fiz uma crítica aos partidos políticos, que não estabelecem uma legislação eleitoral definitiva para não permitir que a gente fique subordinado a interpretações dos juízes", disse Lula.

Durante evento realizado no Sindicato dos Metalúrgicos do ABC, em São Bernardo do Campo (SP), Lula disse que alguns veículos jornalísticos utilizaram de má-fé para dar uma interpretação fora do contexto do que falou na última quinta-feira. "Na verdade, fora do contexto é possível fazer essa interpretação", afirmou, ressaltando que jamais prejudicaria a campanha de Dilma.

"Jamais estaria, em minha cabeça, a ideia de prejudicar o nascimento de um filho que ajudei a colocar no mundo".

Lula ressaltou que essa é uma discussão que deve ser feita no Congresso Nacional. Segundo ele, a lei tem que ser a mais perfeita possível para não ser mal interpretada.³¹

Na verdade, muito há que se fazer para uma verdadeira conquista democrática do Brasil na esfera do Poder Judiciário. Não que seja necessário remendar desnecessariamente o texto constitucional. Basta lembrar e cumprir seu Preâmbulo, segundo o qual a Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada "para instituir um **Estado Democrático** (grifo nosso), destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos,

³¹ <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u719161.shtml>> Acesso em 11/4/2010, às 23:00 h.

fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

O que falta realmente é colocar em prática a efetiva participação popular para que se cumpra verdadeiramente o princípio de que todo poder emana do povo e por ele deve ser exercido.

Observando-se rigorosamente a Constituição da República Federativa do Brasil, ela já acena com inúmeras formas de participação popular. O artigo 14, por exemplo, estabelece claramente:

“A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.”

No entanto, como pondera muito bem DOM DIMAS LARA BARBOSA, Bispo auxiliar do Rio de Janeiro e secretário-geral da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), “esse artigo, passados 22 anos, ainda aguarda sua regulamentação. Sua aplicação é muito complicada na prática. Basta lembrar que tanto a Lei 9.840, de 1999, que combate a corrupção eleitoral, quanto a recente lei chamada Ficha Limpa nasceram da iniciativa popular. No entanto, dada a complexidade das exigências legais (conferência de assinaturas, por exemplo), foi necessário que um grupo de parlamentares as assumisse como suas para que pudessem tramitar no Congresso Nacional”.³²

Esclarecendo que os 50 anos da inauguração de Brasília, as eleições gerais do Brasil em outubro, a crise mundial e a mudança de época que atravessamos proporcionaram ao Conselho Permanente da CNBB reunido de 9 a 11 de março de 2010, na capital da República, a oportunidade de pensar a trajetória do País, querendo contribuir para o diálogo nacional sobre o que precisa ser modificado numa verdadeira “Reforma do Estado”, para a construção de uma sociedade efetivamente democrática e participativa, o ilustre prelado é enfático ao afirmar:

“A conjuntura atual mostra que, para atingir essa meta, não bastam meias-medidas. Faz-se necessária uma reforma estrutural das instâncias de poder. Isso exigirá percorrer um longo e difícil caminho. Daí a necessidade de que os primeiros passos sejam dados desde já e na direção certa. (...) A Democracia Representativa está em crise. Ela já não responde aos novos sujeitos históricos, que exigem uma participação mais ampla na construção das políticas públicas. Nas circunstâncias atuais, ela tem seu ponto alto e quase exclusivo no momento do voto. Cumprida essa sua missão, o eleitor desaparece como agente político e delega aos eleitos a função de agirem em seu nome. Seu ser político foi outorgado a outrem”.³³

Em termos práticos, eis o receituário político-jurídico oferecido por Dom Dimas, como porta-voz dos bispos brasileiros:

“É necessário ir além da Democracia Representativa e ampliar cada vez mais os sujeitos políticos capazes de tomar em suas mãos o processo de construir a sociedade e o Estado. Tudo isso introduz um novo adjetivo ao conceito de Democracia: a Democracia Participativa, como um necessário complemento à Democracia Representativa. É direito das pessoas mais interessadas nas ações do

³² DOM DIMAS LARA BARBOSA, “Participação popular – A democracia representativa está em crise. Ela tem seu ponto quase exclusivo no momento do voto”, *In Carta Capital*, Edição Especial, 16 de junho de 2010, p. 69.

³³ *Idem*, p. 68.

Estado poder decidir sobre elas. Tais pessoas, para além do voto, assumem-se como sujeitos e agentes políticos quando, nos movimentos ou estruturas constituídas legalmente, têm vez e voz determinantes nos encaminhamentos do Estado”.³⁴

Por sua vez, expressando de certa forma o pensamento parlamentar brasileiro em sua linha mais conservadora, o senador e membro da Academia Brasileira de Letras MARCO MACIEL, em artigo publicado coincidentemente na mesma revista,³⁵ entendendo que a Constituição brasileira de 1988 “nasceu de um amplo acordo político, o intitulado ‘Compromisso com a Nação’, (...) e tornou possível, de forma pacífica, a passagem do regime autoritário para o Estado Democrático de Direito”, mas que, como toda obra humana, tem virtudes e imperfeições, especificamente no que diz respeito ao tema de que ora nos ocupamos, tece o seguinte comentário:

“Com relação ao Poder Judiciário e à especificação das ações essenciais da Justiça, a nossa Constituição é inovadora, ao discriminar as funções do Ministério Público, da Advocacia Geral da União e Defensoria Pública e Privada. O mais criativo foi, sem dúvida, o estabelecimento dos Juizados Especiais, cíveis e penais, que aproximaram a Justiça da população e tornaram mais ágeis as decisões de interesse de uma maior parcela de brasileiros em questões relevantes, como a defesa de seus direitos”.³⁶

Respeitosamente, não entendemos assim, pois nenhuma dessas supostas “inovações” constitucionais tem o condão de atender aos verdadeiros pressupostos democráticos que a sociedade brasileira está a exigir do Judiciário.

Felizmente, parece que a opinião pública começa a despertar para a realidade, diante dos resultados funestos que o Judiciário vem produzindo, na medida em que atua como um poder sem povo.

“Depois da trágica presidência do ministro Gilmar Mendes no Supremo Tribunal Federal (STF) e do recentíssimo julgamento que legitimou, por 7 votos a 2, a aplicação da Lei da Anistia aos mandantes e aos executores de crimes de lesa-humanidade consumados durante a ditadura, vozes começam a se levantar quanto ao erro, originário da primeira Constituição republicana promulgada em 24 de fevereiro de 1891, da escolha do modelo norte-americano de Corte Suprema”.³⁷

Efetivamente, como bem esclarece MAIEROVITCH,³⁸ o primeiro a pensar em copiar fielmente o modelo constitucional dos EEUU foi dom Pedro II, que, desejoso de se livrar do Poder Moderador, idealizado por Benjamin Constant, incumbiu os conselheiros Lafayette Rodrigues Pereira e Salvador Mendonça de viajarem em missão oficial aos Estados Unidos a fim de avaliar o papel daquela Suprema Corte e aplicá-la como o melhor modelo para o Brasil.

A verdade, porém, é que o sistema brasileiro, importado de um outro país, não é satisfatório.

Nem o chamado controle externo da magistratura vem ocorrendo a contento. Por mais que se pretenda exercer algum controle sobre o Judiciário, ele ainda continua a esbarrar no defeito básico da falta de legitimidade.

“No órgão dado como de controle externo da magistratura, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), os seus 15 membros não são eleitos diretamente pelo povo. Trata-se de um conselho corporativo, com

³⁴ *Idem*, p. 69.

³⁵ MARCO MACIEL. “Projeto inacabado”, in **Carta Capital**, Edição Especial, 16 de junho de 2010, p. 56.

³⁶ *Idem*, p. 57.

³⁷ WALTER FANGANIELLO MAIEROVITCH. “Embolorada Justiça – Além de lenta, ela é covarde em relação aos poderosos de ontem, de hoje, de sempre”, in **Carta Capital**, edição citada, p. 104.

³⁸ *Idem, ibidem*.

maioria de magistrados. Na composição do CNJ há previsão para escolha de “dois cidadãos” de reputação ilibada e notório saber jurídico. Só que estes são indicados pelo Legislativo, um pela Câmara Federal e outro pelo Senado. A propósito, o ex-ministro Márcio Tomaz Bastos vangloriou-se de ter logrado implantar um órgão de controle externo para juízes e para tribunais. Nada mais enganoso, conceitualmente. Controle externo, com maioria dos controladores juízes e sem participação popular direta (escolha por votação entre os cidadãos), é, evidentemente, um faz de conta. Sobre não ter o CNJ poder fiscalizador junto ao STF, colocou-se, para tanto, o CNJ, na topografia constitucional, abaixo do referido STF. Destarte, tornou-se o CNJ hierarquicamente inferior ao STF”.³⁹

Como diria o saudoso jurista HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, “o Supremo Tribunal Federal só tem um privilégio: o de errar por último”.⁴⁰

LIÇÕES ROMANAS

Com certeza, o ponto culminante em que se alcançou a melhor experiência, a mais excelsa elaboração processual, a mais rápida e a mais equânime distribuição da justiça, em meio à luta constante entre patrícios e plebeus, foi o do período romano-clássico (*ordo iudiciorum priuatorum*). O caráter marcante do poder judiciário nesta época, especialmente na República, foi a ausência completa de hierarquia, embora o poder judiciário não estivesse separado das demais atribuições da soberania. Entretanto, a soberania era verdadeiramente popular. Cada magistrado, eleito pelo povo anualmente, era soberano em sua respectiva área de jurisdição. Não somente não existia um tribunal supremo a manter a uniformidade da aplicação das leis, como não havia também essa gradação, que atualmente se entende necessária, permitindo a um tribunal superior reformar a decisão de um tribunal inferior.

Muitas causas concorreram para que esta espécie de onipotência na administração da justiça não degenerasse em abusos: de um lado, o fato de os magistrados serem eleitos apenas por um ano e, ao final de sua gestão, poderem ser chamados a prestar severas contas ao povo; por outro, o juiz prevaricador ou incapaz, ou aquele que fizesse sua a lide (*iudex qui litem suam fecit*), além de incorrer na infâmia, era responsável com relação às partes por seu mau julgamento.

Como todos os magistrados eram eleitos diretamente pelo povo, cada um deles, segundo explicação de BONJEAN,⁴¹ devia naturalmente considerar-se como tendo uma delegação completa do poder soberano emanado do povo. A origem comum impedia que houvesse entre eles uma subordinação formal para que um dos magistrados se considerasse autorizado a reformar a decisão dos outros. Ainda que existisse uma distinção entre os magistrados superiores (tais como os cônsules, os pretores) e os inferiores (edis, questores e outros), tais distinções se referiam somente às diferenças quanto à natureza de suas funções, na importância das honras que lhe eram atribuídas, não à idéia de uma subordinação hierárquica, o que não permitia que os atos dos magistrados inferiores se submetessem à censura dos superiores.

Por outro lado, a liberdade de opção que permitia às partes escolher livremente o seu juiz na condição de árbitro, tornava-se incompatível com qualquer forma de recurso no sentido de visar à reforma da sentença, pois as partes se comprometiam a submeter-se à sentença do juiz que livremente haviam escolhido.

Este quadro só se alterou na época pós-clássica, com a instauração do regime imperial que implantou a *cognitio extra ordinem*. De fato, sob o regime imperial, à medida que se acentuava o poder arbitrário do imperador e se consolidava a organização hierárquica, com a conseqüente multiplicação das mais

³⁹ *Idem*, p. 105.

⁴⁰ Fonte transmitida oralmente por WAGNER ROCHA D'ANGELIS.

⁴¹ L. B. BONJEAN. *Traité des actions chez les romains*. Paris, 1845. Tome premier, p. 36.

variadas funções burocráticas, em cuja máquina se inseria também o juiz-magistrado, subordinado ao imperador, todo o processo se desfigurou, tornando-se em geral prolixo e muito moroso, sujeito a múltiplos recursos.

Pode-se, pois, afirmar que a atual estrutura do Judiciário brasileiro, longe de ser popular, é infelizmente uma continuação da organização judiciária imperial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exemplo romano-clássico da participação popular no Judiciário, que perdurou cerca de quatro séculos consecutivos, tendo por base a conscientização popular, leva-nos a alimentar a convicção de que um povo suficientemente adulto e plenamente consciente de seus direitos pode perfeitamente dispensar tutelas paternalistas.

Assim, o primeiro passo para superarmos a atual crise do Judiciário há de ser a efetiva participação popular em todos os níveis do Poder Judiciário. Por isso, defendemos o princípio da elegibilidade dos juízes e membros do Ministério Público, que devem ser eleitos diretamente pelo povo e substituídos periodicamente.

Duas objeções poderiam opor-se a esta tese. A primeira, a de que o povo estaria sujeito a eleger pessoas sem o necessário preparo intelectual ou moral para tão nobres funções. A segunda, a de que o juiz eleito pelo povo poderia sofrer injunções políticas ou pressões de grupos econômicos que tivessem concorrido para a sua vitória eleitoral, comprometendo-lhe assim a imparcialidade, que é imprescindível ao juiz.

Quanto à primeira, é óbvio que se há de buscar um meio que possibilite condicionar a eleição dos magistrados à comprovação dos conhecimentos e aptidões indispensáveis ao cargo almejado, não se dispensando o concurso público e a prova de idoneidade moral.

Quanto à segunda objeção, é de se perguntar: tal risco já não existe também no sistema de nomeações atualmente em vigor? Ou será que só o Executivo é imaculado e imune a pressões e influências políticas?

Ademais, só podemos aprender realmente a democracia, vivendo-a.

Não é, pois, apenas o exemplo histórico de Roma que nos estimula a defender a participação popular no Poder Judiciário. Hoje, tal prática parece estar ganhando expressiva adesão. Assim como nos EEUU, também na Suíça; assim, nos próprios sistemas socialistas, a julgamos pelo que já estabelecia claramente a antiga Constituição soviética: “Todos os tribunais da URSS se constituem segundo o princípio da elegibilidade dos juízes e dos jurados populares. Os juízes populares dos tribunais populares distritais (urbanos) são eleitos pelos cidadãos de cada distrito (cidade), por um termo de cinco anos, mediante sufrágio universal, igual, direto e secreto”.⁴²

Assim também se institui o Supremo Tribunal Popular da República Popular da China:

⁴² Art. 152 da **Constituição da URSS** de 7 de outubro de 1977.

“Artigo 124.º

A República Popular da China institui o Supremo Tribunal Popular e os tribunais populares locais de vários escalões, tribunais militares e outros tribunais populares especiais.

O mandato do Presidente do Supremo Tribunal Popular é de duração idêntica à do Congresso Nacional Popular (cinco anos).

O Presidente não poderá exercer funções por mais de dois mandatos consecutivos”.⁴³

Por sua vez, Cuba igualmente consagra o princípio da participação popular, após uma heróica história de luta.

“Poucas nações na história foram capazes de demonstrar tanto heroísmo quanto Cuba. Os seus cinquenta anos de revolução não foram apenas cinquenta anos de desenvolvimento interno, de conscientização e organização de seu povo e de luta direta contra o imperialismo em seu solo. Foi tudo isso e muito mais, foram cinquenta anos de exemplos diários em todos os aspectos para todo o mundo. Além do exemplo de coragem que inspirou (e inspira até hoje) os trabalhadores de todo o mundo, do Brasil à Índia, a grande pátria cubana deu um dos maiores (se não o maior) exemplos de internacionalismo da história: Sacrificou seus próprios filhos para libertar outros povos! Sacrificou seus próprios recursos (muito escassos) para ajudar outros povos a se emanciparem! "Doou" um de seus expoentes ao terceiro mundo, para que lutasse até a morte, na Bolívia”.⁴⁴

Adotando também o critério da participação popular no Judiciário, eis o que dispõe a Constituição de Cuba:

“Capítulo XIII

TRIBUNALES Y FISCALÍA

artículo 120o.- La función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida a nombre de éste por el Tribunal Supremo Popular y los demás Tribunales que la ley instituye.

La ley establece los principales objetivos de la actividad judicial y regula la organización de los Tribunales; la extensión de su jurisdicción y competencia; sus facultades y el modo de ejercerlas; los requisitos que deben reunir los jueces, la forma de elección de éstos y las causas y procedimientos para su revocación o cese en el ejercicio de sus funciones.

artículo 121o.- Los tribunales constituyen un sistema de órganos estatales, estructurado con independencia funcional de cualquier otro y subordinado

⁴³ <<http://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/constituicao/index.asp#1999>> Acesso em 20/6/2010.

⁴⁴ <<http://cienciavermelha.blogspot.com/search/label/Cuba>> Acesso em 20/6/2010.

jerárquicamente a la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo de Estado” .

Por sua vez, a Constituição da República Bolivariana da Venezuela, ainda que conservando a forma de ingresso na magistratura por concurso público, já acena, remetendo à lei, para a participação popular:

“Artículo 253. La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.

Artículo 255. El ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces o juezas se hará por concursos de oposición públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los o las participantes y serán seleccionados o seleccionadas por los jurados de los circuitos judiciales, en la forma y condiciones que establezca la ley. El nombramiento y juramento de los jueces o juezas corresponde al Tribunal Supremo de Justicia. **La ley garantizará la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces o juezas**” (grifamos).

Mesmo no Brasil, durante o Império, o juiz conciliador era “eleito pelo povo do distrito”, pela mesma forma e tempo por que eram os vereadores da comarca, ainda que, pelo Decreto de 12 de janeiro de 1876, se exigisse, “além dos requisitos para eleitor”, que tivesse renda líquida de 400\$000 rs.,⁴⁵ o que vem confirmar de certa forma a observação de que, no conceito liberal-burguês, “só a propriedade torna os homens capazes do exercício dos direitos políticos”.

Por que não nutrirmos, pois, a esperança de que, um dia, a justiça ainda volte a ser popular, devolvendo-se assim ao povo o que é do povo?

A democratização do Judiciário, aliás, é uma exigência da própria opinião pública, conforme a imprensa já vem reclamando há algum tempo.⁴⁶

“Com efeito, está a empolgar, e seria muito salutar se vingasse, a idéia de se discutir mudanças no STF. Pelo sistema em vigor em países da Europa, o mandato de um ministro de Corte com função de intérprete final da Constituição não pode ultrapassar cinco anos. Mais ainda, a recondução é proibida. Também propõem-se mudanças no processo de escolha de um ministro do STF, hoje constitucionalmente atribuída ao presidente da República e sujeita à aprovação pela maioria absoluta do Senado. Cogita-se em votação popular, condicionada a uma série de requisitos pertinentes e, evidentemente, ficha limpa e não reprovação em concurso público”.⁴⁷

Realmente, a busca da democratização, tarefa de juristas, de políticos e de toda a sociedade, exige, antes de tudo, adequar o Judiciário à nossa realidade, que é a realidade do Mundo em desenvolvimento, em que os conflitos são mais coletivos do que individuais, o que implica no mais amplo reconhecimento dos chamados direitos difusos, reconhecendo-se as associações de classe como partes legítimas para atuarem em questões que envolvam seus associados. De fato, o que verificamos hoje são, por exemplo, os milhares de posseiros contra os proprietários; os milhares de compradores de produtos defeituosos ou deteriorados contra as indústrias; os milhares de empregados contra os patrões;

⁴⁵ Cf. ROBERTO DA CUNHA SALES. **Tratado de praxe conciliatória, ou teoria e prática das conciliações das pequenas demandas**. Rio de Janeiro, 1879, PP. 3 e 4.

⁴⁶ Cf. J. F., “As oposições e o Judiciário”, in **Folha de S. Paulo**, 19 de Junho de 1981, p. 2.

⁴⁷ WALTER FANGANELLO MAIEROVITCH, ob. cit., p. 104.

os milhares de consumidores de alimentos envenenados contra grupos econômicos produtores e distribuidores de agrotóxicos, etc.

Eis os conflitos do cidadão comum, exatamente estes que a processualística atual insiste em reduzir a conflitos individuais, e, embutindo-os, assim, no Código de Processo Civil, fecha ao cidadão comum o acesso à Justiça.

Democratizar o Judiciário é, portanto, acima de tudo abrir suas portas, abolir as chaves falsas das abusivas custas, dos emaranhados percursos burocráticos, é não fazer discriminação entre “pequenos” e “grandes” em Juizados Especiais baseados no critério de valor monetário e reduzindo-os muitas vezes a meros “leilões de direitos”, como se a Justiça tivesse que ser “pequena” para os pequenos e “grande” para os grandes.

Em suma, numerosos são os problemas decorrentes do atual sistema judiciário, estruturado no monopólio estatal, deficiente de legitimidade, a exigir, portanto, profunda revisão, que só é possível através dos canais próprios da participação popular.

Assim sendo, o presente trabalho tem como proposta, pelo menos, suscitar a reflexão e o debate sobre o tema, até por uma simples questão de coerência, porque, de duas, uma: ou admitimos a participação popular, instituindo a eleição dos magistrados e membros do Ministério Público diretamente pelo povo – e o Poder Judiciário realmente será Poder -, ou optamos pela rejeição do povo e, neste caso, o Judiciário jamais será Poder. A menos que se risque das constituições e das declarações universais de Direitos a solene proclamação segundo a qual **o poder emana do povo e por ele deve ser exercido**.

