



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

JÚLIO CÉSAR DA SILVA MONTEIRO

A SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS E A
REPRESENTATIVIDADE DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

SOUSA - PB
2009

JÚLIO CÉSAR DA SILVA MONTEIRO

A SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS E A
REPRESENTATIVIDADE DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Jacyara Farias Sousa.

SOUSA - PB
2009

JÚLIO CÉSAR DA SILVA MONTEIRO

A SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS E A REPRESENTATIVIDADE DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Direito, do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento aos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. Msc Jacyara Farias Sousa.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: ___ / ___ / ___

Prof^a. Msc Jacyara Farias Souza
Orientadora

Examinador

Examinador

À fortaleza que me protegeu e me guiou
pelo caminho do bem, Maria Auxiliadora,
teu nome indica a tua sina visto que Deus
é contigo.

AGRADECIMENTOS

À Deus: fonte máxima da vida e pedra sobre a qual deve se assentar qualquer sonho brotado em nosso coração.

Aos meus familiares, em especial Manoel Barreto (avô), Maria Silvana e Emicélio, (tios e um exemplo de dedicação mútua) Francisca Benedita (madrinha e avó), Marinalva e Walnyr (parentes que Deus me concedeu) e todos os demais que depositaram em mim a confiança que determinou minha persistência.

Aos amigos-irmãos: Kleyton, Ramon, Mailton, Marcílio, Teixeira, e de maneira especial a Marcelo e a Maxwell (que me acompanham desde que vim ao mundo) pela paciência, pelas boas risadas e também por entender alguns desaparecimentos, por vezes, inevitáveis.

A Deus, mais uma vez, por haver permitido a convivência com pessoas de tanto brio que ajudaram a escrever uma parte fundamental da minha vida . Espero que eles continuem a compor o elenco da minha vida e eu o da deles. Continuem por perto Paulo, Tiago - irmão, Diogeano, Gláucia, Jully, Carlos Diego, Ítalo, Erich-padim, Kayron-piauí, Péricles, Livia, Emanuel, Carlos André, Mariana ...

Grato também com a família Melquíades Araújo que me acolheu como a um filho, me proporcionando bem-estar, carinho e alegria, em especial ao meu amor que tanta força me passa para suportar as pressões, as desilusões, a saudade. Te amo Jéssyca.

Ao companheirismo, à amizade e ao auxílio de Alexandre Gregório, Maria do Socorro, Alexandre Junior, Mariana e Benedita. Estes foram essenciais nos cinco anos que estive longe de casa, deram-me mais do que uma mão, depositaram confiança digna de um membro da família, os guardarei para sempre no coração

Especialmente e com toda a força do meu coração agradeço a você Maria Auxiliadora, que não apenas me deu, mas que me dá a vida, todos os dias. És o exemplo de mulher, de companheira, de mãe e de pai. Te sou grato eternamente!

“Eu sou eu e minhas circunstâncias.”

(Ortega Y Gasset)

RESUMO

A democracia tem se apresentado como sistema de governo mais condizente à proposta do Estado: a persecução do bem-comum. Nesse sentido, a participação popular na composição e diretrizes da conjuntura é atributo indispensável à qualificação do complexo vigente. Por esse motivo a Constituição vigente consigna institutos que, definitivamente, consagram a soberania popular, estabelecendo o povo como depositário do poder. A impossibilidade de estabelecer uma democracia direta, utilizada na antiguidade, forçou a busca por um meio que continuasse a utilizar o povo como fonte do poder, surgindo então, a democracia com os moldes que se conhece hodiernamente. Através deste sistema, o povo age como mandatário, elegendo por meio do sufrágio universal os membros dos poderes que agem em seu nome, a fim de exercerem as funções estatais legitimamente. Neste contexto, o Poder Judiciário demonstra estar inserido num processo evolutivo dinâmico que visa arraigá-lo ao sistema democrático com as prerrogativas devidas a um Poder de Estado. Os institutos históricos demonstram que a função Judiciária foi por diversas vezes suprimida e condicionada, restando à mercê do Executivo. No entanto, com a consagração da democracia moderna na CF/88 que instituiu no Brasil um Estado Democrático de Direito, o Judiciário saiu da sombra dos demais poderes para sagrar-se como defensor máximo do sistema democrático. No entanto, convém analisar os motivos que estabelecem que uma Função, corolário do poder soberano do Estado e defensora da democracia não se submeta ao voto popular, expoente máximo do sistema por ela defendido. Para tanto se estabelece uma discussão originada na pesquisa bibliográfica a fim de que se propicie um aperfeiçoamento do Poder Judiciário com o escopo de tornar explícito e ampliar o liame entre ele o povo, indagando se a eleição popular de seus membros não seria a escolha necessária para tanto.

Palavras-chave: Democracia. Poder Judiciário. Assentimento Popular.

RÉSUMÉ

La démocratie a été présentée comme un système de gouvernement la plus propice à la poursuite du bien commun. En ce sens, la participation populaire dans la composition et les directives de l'attribut économique est essentielle à la caractérisation d'une législation complexe. Pour cette raison, la Constitution actuelle de livrer les instituts définitivement consacré à la souveraineté populaire, établir les gens en tant que dépositaire du pouvoir. L'incapacité d'établir une démocratie directe, utilisée dans l'Antiquité, forcés à chercher un moyen de continuer à utiliser le peuple comme une source de pouvoir, apparaît alors la démocratie représentative. Grâce à ce système, les personnes agissant à titre de fiduciaire, élu au suffrage universel des membres clés de l'agissant en leur nom afin d'exercer les fonctions du gouvernement légitime. Dans ce contexte, la magistrature montrée insérée dans un processus évolutif dynamique qui vise à enraciner le système démocratique avec les privilèges dus à un état de consommation. Le spectacle institut d'histoire que la fonction judiciaire a souvent été supprimées, et la conditionner, en laissant la merci de l'exécutif. Toutefois, avec la consécration de la démocratie moderne en CF/88 établi au Brésil qu'un Etat démocratique, le pouvoir judiciaire de l'ombre des autres branches de consacrer comme l'avocat en chef pour le système démocratique. Toutefois, il convient d'analyser les raisons qui établissent que d'une fonction, un corollaire de la puissance souveraine de l'Etat et défenseur de la démocratie n'est pas soumise au vote populaire, exposant du système qu'il préconise. L'accent était mis sur l'établissement d'une discussion origine dans la documentation pour que cela déclenche une amélioration du pouvoir judiciaire à la portée de rendre explicite et d'étendre le lien entre elle et les gens, se demandant si l'élection populaire de ses membres ne seraient pas nécessaires pour le choix les deux.

Mots-clés: la démocratie. Pouvoir judiciaire. Populaire consentement.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CFOAB – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

DF – Distrito Federal

EC – Emenda Constitucional

MP – Ministério Público

MPU – Ministério Público da União

PGR – Procurador Geral da República

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STM – Superior Tribunal Militar

TJ – Tribunal de Justiça

TRFs – Tribunais Regionais Federais

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TREs – Tribunais Regionais Eleitorais

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

TST – Tribunal Superior do Trabalho

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

SDC – Sessão de Dissídios Coletivos

SDI – Sessão de Dissídios Individuais

TJM's – Tribunais de Justiça Militar

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AMB – Associação dos Magistrados do Brasil

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 AS FEIÇÕES DEMOCRÁTICAS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL	12
2.1 Conceitos básicos e inovações da Carta de 1988.....	12
2.2 A Teoria da Separação das Funções Estatais	18
2.3 Os Institutos Democráticos da Constituição Federal:	24
3 A ESTRUTURAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO	30
3.1 Evolução Histórica	30
3.2 Estrutura e Forma de Ingresso	37
3.3 A Função Judicante	43
4 A REPRESENTATIVIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO	49
4.1 O Provimento de Cargos de Juízes do Poder Judiciário.....	49
4.2 Natureza da Representação Democrática	56
4.3 A Viabilidade das Eleições de Juízes no Brasil	62
5 CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

Durante o curso da história, o mundo experimentou diversos sistemas de governo, até que o século XVIII faz brotar a idéia de um Estado no qual o povo não fosse apenas um componente, mas sim a base de sua existência, exigindo-se dos soberanos, até então semideuses, a legitimação de suas condutas na vontade popular, surgindo daí a democracia.

Esse sistema democrático exigia que fossem repartidas as funções que antes eram concentradas nas mãos de um único homem: o soberano. Desta feita, foram explicitadas as três formas consagradas da expressão do poder soberano do Estado: a feitura das leis, através do legislativo; a administração da coisa pública, por meio do executivo; e a aplicação da lei aos conflitantes, atribuída ao judiciário.

Desta tríade estatal, o Judiciário fora o mais menosprezado. O poder tendia a se concentrar sempre nas mãos do Executivo que podava a atividade dos magistrados a fim de que estes não interferissem no modo despótico que aqueles regiam suas administrações.

No Brasil não era diferente, o Poder judiciário também estava sob o julgo do autoritarismo que povoava o Executivo. No entanto, o advento da modernidade fez com que a democracia, enquanto processo dinâmico que é, buscasse atualizar-se. A Carta de 1988 devolveu, com justiça, a dignidade devida ao Judiciário que passava a ser guardião da ordem vigente. No entanto, desde então, os juízes tem se mantido longe da sociedade, intocáveis, tornando-se símbolos de poder e autoritarismo, ao invés de autoridade, ocupando no temor popular o lugar que era dos antigos déspotas.

O apaziguamento da democracia no país levou a reflexões fundamentais sobre sua estruturação e manutenção. Na medida em que o sistema se funda na soberania popular, consagrada na abertura da Constituição Federal, mais precisamente, em seu art. 1º, exige-se dos chamados poderes soberanos que estes se revistam do voto popular como meio legitimador de suas ações.

Nesse sentido emerge a problemática a ser tratada: O Judiciário é o único dos três poderes de Estado que não legitima seus membros através do sufrágio popular. Aduzem os defensores do método vigente que uma eleição para o Judiciário

seria a decretação de ruína dos atributos necessários à prática de uma jurisdição sadia e verdadeiramente democrática.

A pesquisa visa analisar de que maneira se assenta a legitimidade do Judiciário na medida em que resta imune ao crivo do voto popular e ainda, se o sistema eletivo é realmente incompatível com as atribuições que estão a cargo deste Poder. Objetiva-se estabelecer um liame visível entre o Judiciário e o povo, a fim de resguardar a legitimação devida para a manutenção de um Estado Democrático de Direito

Especificamente, busca-se enxergar a possibilidade de extensão da soberania popular, instituindo-se o exercício do sufrágio universal como meio para composição do Judiciário brasileiro.

Destarte, resta justificada a clarividência da pesquisa na medida em que vivemos sob a égide de um sistema que consagra a soberania popular e institui o voto como expressão máxima no sentido de legitimar os agentes políticos que exercem as funções de soberania do Estado, e o Judiciário como sendo um desses Poderes de Estado se furta à seleção popular. Em não havendo cientificidade nas refutações ao sistema eletivo no Judiciário, necessário se faz o debate, a discussão.

Para a pesquisa foram consignados os métodos histórico-evolutivo, dedutivo e exegético jurídico, com pesquisa bibliográfica na doutrina, havendo uma busca por respostas a uma situação instaurada e passivamente aceita. Há certo silêncio da doutrina no trato do tema que constitui um verdadeiro tabu.

Desse modo, o segundo capítulo concernente às Feições Democráticas da República Federativa do Brasil visa esclarecer os conceitos eminentemente teóricos que substanciam a discussão. A absorção de conceitos ligados à democracia, separação de poderes e institutos democráticos auxiliarão na captação do entendimento da discussão.

O terceiro capítulo A Estruturação do Poder Judiciário Brasileiro traz em seu bojo a evolução histórica do Poder em tela bem como a organização instituída primordialmente pela CF/88 em capítulo específico sobre o tema. Há ainda uma visão geral sobre as formas de ingresso e uma análise da função exercida pelo Judiciário

Já o quarto capítulo a Viabilidade das Eleições dos Juizes no Brasil tenta encontrar respostas para a não aplicação no Judiciário do método utilizado para selecionar os membros dos demais poderes: o voto.

2 AS FEIÇÕES DEMOCRÁTICAS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

2.1 CONCEITOS BÁSICOS E INOVAÇÕES DEMOCRÁTICAS DA CARTA DE 1988

Quando o termo “Democracia” é mencionado faz referência imediatamente a idéias por vezes aleatórias de “povo”, de “voto”, de “poder”. Os grandes filósofos não questionam a superioridade da democracia frente aos outros regimes, chegando ao ponto de o grande estadista inglês Churchill afirmar que a Democracia não é o melhor regime, porém é melhor do que todos os outros.

Por meio do senso comum de democracia, esta deve estar intrinsecamente ligada a qualquer atividade da qual participe ou tenha por finalidade o povo. Esse aspecto foi esboçado pela Constituição Federal vigente (CF/88), que no parágrafo único do seu art. 1º traz, *in verbis*:

Todo Poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Essa atribuição do poder ao povo não é diferencial na CF/88, sendo encontrada em diversos outros documentos de igual teor. O proficuo Müller (2003) preleciona que o uso da expressão - poder emana do povo- tem por fim a legitimação do sistema político constituído. Na verdade o que ocorre é uma atribuição de legitimidade que a Constituição atribui a ela própria.

Assim pronuncia Burdeau (1975 apud Silva 2005, p.134):

Politicamente, o objetivo da democracia é a liberação do indivíduo das coações autoritárias, a sua participação no estabelecimento da regra, que, em todos os domínios, estará obrigado a observar. Econômica e socialmente, o benefício da democracia se traduz na existência, no seio da coletividade, de condições de vida que assegurem a cada um a segurança e a comodidade adquirida para a sua felicidade. Uma sociedade democrática é, pois, aquela em que se excluem as desigualdades devidas aos azares da vida econômica, em que a fortuna não é uma fonte de poder [...].

No *caput* do supracitado artigo da CF/88 resta consignado que “A República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal [...]”. A república, enquanto modo consiste essencialmente num

governo limitado pelo tempo, no qual os mandatários são eleitos pelo povo, direta ou indiretamente.

A forma federativa do Estado diz sobre a conglomeração de entes com autonomias política, administrativa e financeira – Estados-membros, Distrito Federal e, de forma especial no Brasil, os Municípios como entes que compõem o Estado federal. Essa forma estatal é deveras importante, a tal ponto que o legislador constituinte determinou sua perpetuidade, prevendo-a dentre as cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, CF/88.

O trato desta temática fornece mais questionamentos do que propriamente respostas. Friedrich (2003), indaga sobre se a eficácia de atribuição ao povo corresponde verdadeiramente à realidade e qual seria o povo dotado desse poder.

A priori, poderia ser desconsiderada a importância de tais questionamentos, entretanto, assim se posiciona Müller (2003, p. 57):

Estrangeiros, que vivem permanentemente aqui, trabalham e pagam impostos e contribuições, pertencem à população. Eles são efetivamente cidadãos, são atingidos como os cidadãos de direito pelas mesmas prescrições “democraticamente” legitimadas. A sua exclusão do povo ativo restringe a amplitude e a coerência da justificação democrática.

Percebe-se que o filósofo alemão refere-se ao fato dos estrangeiros não estarem incluídos no conceito atribuído à expressão povo, e simplesmente compõem a população que não é dotada da cidadania que é o instrumento balizador dos direitos políticos, portanto todos a englobam, inclusive o estrangeiro, ao passo que aquela se restringe aos indivíduos ligados por laços culturais e sentimentais que no nosso caso, são apenas os brasileiros, natos e naturalizados. Destarte, o povo, em regra, está contido na população, mas nem todos da população compõem o povo.

É cediço a ligação íntima, de quase sinonímia, entre os termos povo e democracia. Por esse motivo, tudo que seja democrático deve ser o mais aproximado possível do povo que deve participar de forma ativa e passiva no processo de composição do regime. O sistema democrático procura fazer oposição aos regimes autocráticos, despóticos, instituindo um “governo do povo, pelo povo e para o povo”. Bobbio (1997) aduzia que a democracia, vista por determinado ponto de vista, era um conjunto de regras que estabelece quem está autorizado a tomar decisões em nome da coletividade e quais procedimentos a adotar. Porém o questionamento subsiste, pois, esta decisão representando o todo há de ser tomada por um grupo

apenas, ou indivíduo único. Então, deve haver meios de legitimação deste “mandato”. Assim destaca Bobbio (1997, p. 18):

[...] para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos.

Destarte, a forma democrática de governo se caracterizaria por atribuir ao maior número de pessoas possíveis essa competência de delegar poder. Se integro o povo e por isso detenho poder, devo delegá-lo a alguém ou alguns para que o exerçam em meu nome e visando o bem-comum. Infere-se deste raciocínio a fundamentação da importância no ordenamento do sufrágio universal, com o escopo de abarcar o maior número de cidadãos possíveis, sendo exceção, portanto, as pessoas que não possuem tal prerrogativa. Quanto mais cidadãos que são sujeitos às decisões dos representantes - participam do processo de escolha, detendo assim maior será a legitimidade desses mandatários.

Porém, Bobbio (1997) destaca a impropriedade de se aferir o nível de democracia única e exclusivamente pelo montante de votantes na sociedade. Na verdade, não deve ser desprezado para tal análise o contexto histórico-cultural no qual são encontrados, sob pena de visualização desconforme da realidade.

Deve ser considerado outro fator basilar, sustentáculo da democracia, qual seja, a defesa das liberdades. O indivíduo o qual vai escolher seu representante tem uma espécie de direito-necessidade de estar livre para manifestar a opinião que lhe toma. A liberdade de pensamento, de convicção filosófica, de opinião, de associação, dentre outras, é requisito *sine qua non* para efetivação da mesma.

A instituição de um legítimo Estado Democrático de Direito carece da existência de um documento que reja a todos, indistintamente, de maneira suprema. Essa Carta, *a priori* eminentemente política, é denominada Constituição. O fato é que essa “Lei Maior” preverá, além da organização político-administrativa do Estado, a defesa das liberdades e demais prerrogativas garantidoras do próprio regime por ela instituído. Deste modo a Constituição apresenta duas acentuações conforme afirma Moraes (2006): “organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio de previsão de direitos e garantias fundamentais”.

A democracia no Brasil ainda engatinha. A Constituição Cidadã acaba de completar vinte e um anos de existência. Em meio ao já avançado número de cinquenta e sete emendas, ela tenta passar a força dos seus textos para a realidade causticante do país.

Conquanto os óbices existentes à instauração de situações mais confortáveis, o sistema democrático apresenta delineações, em geral, de bons tons. O constituinte dotou o povo de pré-requisitos mínimos para um exercício político sustentável. Pode-se escolher, por meio do direcionamento de votos, representantes para duas das três esferas do Poder estatal: i) Executivo e ii) Legislativo.

Assim, respectivamente, Presidente e Vice-Presidente da República, Governadores dos Estados-Membros, do Distrito Federal, e de Territórios, Prefeitos, Deputados Estaduais e Federais, Senadores e Vereadores estarão condicionadas da ratificação popular para, de maneira legal e legítima, exercer a representatividade popular por meio de seus mandatos.

As regras gerais pertinentes ao exercício do poder político estão previstas no art. 14 da Constituição Federal. Assinale-se o poder político como sendo a junção da capacidade eleitoral ativa (votar) e a capacidade eleitoral passiva (ser votado), bem como as possibilidades e modalidades de exercício dessas prerrogativas.

Ainda em tempo, destacamos a importância do instituto previsto enquanto determina em linhas gerais sobre o exercício da soberania popular, conforme se infere do caput do art. 14 da CF/88 que aduz: "Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos [...]".

Apesar de ser utilizado como sinônimo de voto, o sufrágio possui acepção diversa, consistindo em direito subjetivo político que dota o cidadão de direitos como participar da organização e da atividade do Estado, dentre elas, eleger e ser eleito. Etimologicamente, sufrágio significa apoio, aprovação – expressão oriunda do latim, *suffragium*. A característica de universal diz que a todos os nacionais é dado o direito de votar, não sendo restrito esse direito apenas aos que possuem capacidade econômica ou outra de característica especial.

Implica dizer que o exercício do sufrágio, qual seja, o voto, é dado pelo eleitor diretamente ao candidato escolhido, sendo garantido o sigilo da escolha, e onde a qualificação do eleitor não majorará ou diminuirá o valor do voto, tendo cada homem direito a apenas um, de igual valor para todos – *one man, one vote*.

Em contraponto aos direitos políticos concedidos estão as exigências constitucionais, tanto para votar, quanto para ser votado.

Iniciando pela capacidade eleitoral ativa, a CF/88 prevê requisitos indispensáveis ao que chamamos exercício da cidadania. Portanto, para se tornar eleitor, a Carta Magna vigente exige a nacionalidade brasileira, não importando se nato ou naturalizado; idade mínima de dezesseis anos, e o alistamento eleitoral a ser procedido conforme as exigências de lei infraconstitucional. Cumpre lembrar que esse alistamento visa a obtenção do título de leitor e só é obrigatório a partir dos dezoito anos, sendo facultado a partir dos dezesseis anos e proibido em todos os casos aos estrangeiros, bem como aos conscritos, sendo estes os prestadores de serviço militar obrigatório.

Subsistem ainda as exigências para o exercício da capacidade eleitoral passiva também conhecida como elegibilidade. Em síntese, essa prerrogativa diz respeito ao direito do indivíduo concorrer perante os eleitores ao exercício de um mandato popular, especificamente para o Executivo e o Legislativo. Com o fito de expor o regramento exigido adota-se aqui o esquema similar ao descrito por Silva (2005), dado o seu poder sintético, qual seja:

- i) Nacionalidade brasileira, sendo que para Presidente e Vice-Presidente da República exige-se a condição de brasileiro nato;
- ii) Estar em pleno exercício dos poderes políticos, não podendo haver restrição de qualquer espécie;
- iii) Alistamento eleitoral, que como visto, também constitui requisito da capacidade ativa;
- iv) Domicílio eleitoral na circunscrição, que implica dizer que o possível candidato deverá concorrer às vagas da região na qual ele exerce o voto;
- v) Filiação partidária, que consiste na exigência de inscrição em partido político com o qual estará vinculado até o fim do mandato.
- vi) Há ainda a exigência ao respeito do limite mínimo de idade referente a cada cargo: 35 anos para Presidente, Vice-Presidente da República e Senador Federal; 30 anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; 21 anos para Deputados Federal e Estadual, Prefeito e Vice-Prefeito; 18 anos para Vereador.

Ressalte-se a tempo que a Constituição Federal ainda prevê alguns casos de inelegibilidade específica constantes nos §§4º a 7º e 9º do art. 14, além das previstas em lei complementar.

O povo enquanto elemento da democracia ainda é dotado de outros poderes de natureza política. Outrossim, com arrimo o art. 14 da Carta Magna vigente, aos cidadãos, além da escolha de representantes, cabe a participação direta na formação do ordenamento jurídico pátrio. Os institutos do plebiscito e referendo ensejam uma consulta respectivamente, prévia e posterior da população quando a matéria assim o exigir. Resta ainda a iniciativa popular que consiste na possibilidade de proposta de lei advinda da sociedade, respeitadas as exigências mínimas legais.

Por fim, cabe ainda aos eleitores o direito-dever de auxiliar na fiscalização e cobrança das ações destes agentes políticos, por meio da ação popular prevista dentre os direitos e garantias fundamentais para defesa de abusos cometidos pelo poder Público contra patrimônio histórico, cultural, ambiental, ou seja, direitos difusos e coletivos.

Vê-se desse modo que os institutos citados significam muito para um país que há menos de três décadas vivia sob o jugo de uma ditadura militar. Sistema democrático vigente, em que pese estar consolidado formalmente, de fato, ainda está em construção.

Dentro da análise da representatividade cabem muitas arestas a serem apuradas no sistema eleitoral que, afinal, rege o direcionamento do voto, pois determina aos candidatos e eleitores as regras a serem seguidas no exercício da capacidade eleitoral passiva e ativa, respectivamente. As censuras se direcionam ao fato da lei uniformizar o trato eleitoral desprezando as peculiaridades de cada região, pois que estas características próprias podem ser determinantes para o resultado do pleito.

Outro ponto sobre o qual pairam muitas críticas é o emprego da proporcionalidade na eleição para vereadores, deputados estaduais e federais, haja vista que esse sistema favorece o partido e não o candidato. Porém, como no Brasil entende-se que o mandato pertence ao partido e não ao indivíduo eleito, justifica-se desse modo o sistema proporcional.

Tome-se, por exemplo, o Estado de São Paulo, dada a sua extensão territorial. Os candidatos consagrados por eleições proporcionais necessitam de voto em toda a circunscrição do Estado (com exceção dos vereadores) – o chamado distrito eleitoral. Com isso acabam por desprezar a importância da demonstração de suas

idéias e investem demasiadamente em propaganda e distribuição de regalos aos seus possíveis eleitores por intermédio de centenas de cabos eleitorais.

Malgrado essa prática ainda bastante falha, fruto da imaturidade da conjunção política vigente, o Brasil apresenta contornos delineados de uma democracia futurista, porém necessitada da extinção de práticas retrógradas. A sustentabilidade do contemporâneo Estado Democrático de Direito depende, dentre outras coisas, de uma equilibrada divisão das tarefas essenciais ao seu funcionamento salutar, e quando nos referimos à divisão, separação, funções e poder, somos remetidos a nomes como Aristóteles, Locke ,e, principalmente, Montesquieu.

2.2 A Teoria da Separação das Funções Estatais

Normalmente costuma-se ouvir a expressão “Separação de Poderes” para fazer referência à divisão sistemática das funções estatais que representam o poder soberano do Estado. Porém, deve-se delimitar qual esfera de poder é abrangida por essa análise.

Conforme Silva (2005), “o poder é um fenômeno sócio- cultural”, portanto, sua sustentação é encontrada na permissibilidade social em abdicar de parcela de sua liberdade e admitir que um grupo restrito dite regras e esforços que devem ser cumpridos de forma impostergável. O mesmo autor ainda define esse poder como sendo “uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando a realização de determinados fins.

Poderiam ser citadas várias esferas de poder, cada qual relacionada a um grupo ou coletividade componente da sociedade, mas por bem buscamos diferenciar apenas o político do social.

O poder social é facilmente identificado tomando-se por exemplo as relações entre membros de uma família, de uma seita ou religião e seus adeptos, entre coletividades como alunos e professores, dentre outros. Portanto, esse poder o qual se dota a alguém é fruto de laços culturais, sentimentais, dogmáticos, ideológicos e jurídicos.

A faceta política desse poder é aquela da qual o Estado é composto, o que lhe permite controlar as ações oriundas das relações sociais. Infere-se a superiori-

dade do poder político frente ao poder social, pois àquele cabe o reconhecimento, o domínio e a regência deste.

Em busca da delimitação do que seria este poder político, faz-se necessária a referência a Locke (2001, p. 82):

Por poder político, então, eu entendo o direito de fazer leis, aplicando a pena de morte, ou, por via de consequência, qualquer pena menos severa, a fim de regulamentar e preservar a propriedade, assim como empregar a força da comunidade para a execução de tais leis e a defesa da república contra a depredação do estrangeiro, tudo isso tendo em vista apenas o bem público.

Desta feita, seguindo entendimento lecionado por Bonavides (2000, p. 64):

O Estado moderno resume basicamente o processo de despersonalização do poder, a saber, a passagem de um poder de pessoa a um poder de instituições, de poder imposto pela força a poder fundado na aprovação do grupo, de um poder de fato a um poder de direito.

O poder político é quem investe o Estado de soberania. Pode-se entender soberania como a independência em relação aos demais Estados soberanos e a supremacia em face dos demais poderes sociais. Portanto a soberania teria duas óticas, uma interna e outra externa, sendo visível essa distinção nos dizeres de Bonavides (2000, p. 155) para quem a sua expressão externa não é pré-requisito para caracterizar o Estado:

Do ponto de vista externo, a soberania é apenas qualidade do poder, que a organização estatal poderá ostentar, ou deixar de ostentar. Do ponto de vista interno, porém, a soberania, como conceito jurídico e social, se apresenta menos controversa, visto que é da essência do ordenamento estatal uma superioridade e supremacia, a qual, resumindo já a noção de soberania, faz que o poder do Estado se sobreponha incontestavelmente aos demais poderes sociais, que lhes ficam subordinados.

Cumpra por em relevo as características desta espécie de poder, quais sejam: unidade, indivisibilidade e indelegabilidade. Por tais características resta impróprio falar em "separação de poderes", tendo em vista que o poder soberano é uno e indivisível.

Desta forma, como podem existir os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário? A resposta é simples, em que pese a denominação já enraizada: poder, essas

são na verdade funções estatais, oriundas da distribuição e não divisão do poder político. O poder é uno, o que se divide são as funções estatais.

Há quem entenda, em sentido contrário, que há realmente uma divisão do poder soberano, ocasionando a separação de poderes. Esposa este entendimento, Anhaia Melo (1868) quando assevera que “o instituto da separação de poderes não se confunde com a mera técnica de distribuição de funções ou distinção entre as mesmas”.

A idéia de descentralização dos Estados surgiu no século das luzes o qual fez surgir insurreições intelectuais que iam de encontro ao absolutismo empregado como forma de governar. Nesse contexto surge uma obra anônima que tinha a finalidade de “dar ‘espírito’, princípios, motivos às leis”. Tal produto intelectual foi por todos atribuído a Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu, conhecido simplesmente por Montesquieu, responsável por tornar clássica a tripartição dos poderes do Estado

Apesar de Montesquieu figurar como protagonista na instituição dessa doutrina, a problemática remonta da Grécia de Aristóteles que na sua magnífica Política já exarava a necessidade de uma divisão sistemática dos poderes inerentes ao Estado. Além deles há diversos outros atores nessa tarefa infundável de dividir e delimitar os poderes corolários da soberania.

Dentre os coadjuvantes, reside na idade média Santo Tomás de Aquino que foi diretamente influenciado pela obra de Aristóteles e pretendia impor limites à autoridade real. Ainda na mesma época Marsílio de Pádua edita *Defensor Pacis*, separando nitidamente legislação de execução. Seguindo a linha do tempo sobrevém Cromwell com “*Instrument of Government*” entendido como primórdio da separação efetiva de poderes. Já no fim do século XVII surge a figura já citada de John Locke com o Segundo Tratado sobre o Governo Civil no qual ele admite três poderes: executivo, legislativo e federativo. Locke visava com sua obra atacar a sistemática vigente na monarquia além de dirigir-se contra as idéias absolutistas explicitadas por Hobbes em o *Leviatã*.

O período Pós-Montesquieu foi marcado por várias teorias que visavam aperfeiçoar o cerne da questão tratada por aquele autor. O ponto coincidente entre elas é o entendimento e sentimento de defasagem da teoria tripartite, já que praticamente todos os demais teóricos do tema referenciavam mais de três poderes.

Kant, como exceção, manteve a linha de Montesquieu apenas substituindo o termo poder por “potestade”.

Essa distribuição de parcela considerável de soberania por meio das funções tem por arrimo dois elementos, quais sejam:

(i) Especialização funcional- Cada órgão componente de determinada função se encarregará do exercício de atividades específicas, típicas e características. Isso implica dizer que, somente em casos excepcionais, uma função desempenha atribuições específicas de outra. Isso leva a uma otimização das ações que ganham em eficiência.

(ii) Independência orgânica- essa característica-atributo visa o afastamento de qualquer tipo de subordinação que poderia influenciar negativamente a boa engrenagem necessária à lisura das ações oriundas do exercício da soberania em qualquer de suas faces.

À exceção dos fundamentos citados alhures, subsiste o sistema de freios e contrapesos (*check and balances*) que consiste numa ingerência mínima, porém necessária, de uma função na outra. Essa interferência visa a fiscalização e prevenção de arbítrios e abusos de qualquer espécie no desempenho do mister designado à função. Tal doutrina, muito difundida na Inglaterra no século XVIII, acabou sendo adotada por Montesquieu (1748) na elaboração da sua clássica obra *O Espírito das Leis*.

A Constituição Federal vigente aduz no seu art. 2º, *in verbis*, que: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Essa independência remete aos fundamentos sucintamente analisados outrora. No tocante à harmonia, infere-se dela que as três funções devem tratar-se mutuamente de modo cortês e em busca da observância dos limites destinados a cada uma, havendo afinação para que seja beneficiado o povo, já que são essas funções uma representação do Estado e como tal devem estar na persecução do bem-comum.

Porém, antes de uma análise metódica, faz-se necessária a delimitação ainda que módica das atividades típicas de cada uma delas. A função legislativa fica encarregada da composição do ordenamento jurídico do país. A função legiferante, entretanto, não se limita à feitura das leis, sendo responsável ainda pela fiscalização dos atos do Poder Executivo.

Já a função executiva indica uma execução das leis destinadas à regência da coisa pública, sendo o membro deste poder um administrador que deve dar o tónus e o direcionamento político por meio do seu governo e utilizando-se do aparelhamento estatal.

A função judiciária tem como atribuição típica aplicar a lei ao caso concreto devendo o jurisdicionado provocá-lo, pois prevalece a inércia, expressão da imparcialidade indissociável desta função. Esta função detém a “última palavra” sobre as questões a serem decididas.

Em que pese a clássica tripartição, há porém quem entenda, na verdade, existirem apenas duas funções. Alegam os partidários dessa teoria que tanto o Executivo quanto o Judiciário são funções destinadas ao mesmo fim: executar as leis. Ora, esse entendimento esposado inclusive por Kelsen (faz-nos entender que “é, no fundo, uma dicotomia, a distinção entre *legis ratio* e *legis executio*”. Destarte, entende essa parcela de estudiosos que a interpretação da lei para cada caso faz parte do ato mais abrangente que é executá-las.

Entretanto não parece apropriado uma análise por demais genérica das funções estatais já que, fazendo esse silogismo com exagero de pragmatismo, não haveria sequer distinção entre eles três pois são integrantes da generalidade que é o poder soberano do Estado.

Ademais, essas funções possuem características próprias bastantes para individuação de cada uma. O Judiciário, por exemplo, distingue-se do Executivo por ser aquele o responsável pelo posicionamento final em matéria sob sua análise, não subsistindo qualquer tipo de revisão por outra função.

Dentre as diversas acepções da separação dos poderes, é preciso elucidar o sentido orgânico para informar duas óticas de análise: a horizontal e a vertical.

A horizontalidade induz que se enxerguem os poderes – passando a utilizar a expressão consagrada por Montesquieu e utilizada pela Carta Magna vigente - nivelados pela soberania comum às suas origens. Isso implica dizer que, enquanto parcela de poder político máximo que são, não há superioridade de qualquer deles em face do outro. Na verdade, como já explanado, as ingerências mínimas que ocorrem, chamadas de funções atípicas, visam a prevenção e o controle de práticas abusivas no exercício, objetivando conter a tendência despótica dos indivíduos detentores de poder.

Quanto ao aspecto horizontal ainda é possível dividir no plano da teoria, a separação dos poderes em rígida e flexível. A diferença se dá quando na forma flexível há possibilidade de reciprocamente se aniquilarem o legislativo e o executivo, dissolvendo a assembléia ou censurando o governo.

A classificação vertical diz respeito à análise dos liames entre a sociedade e o Estado e entre o Entes estatais. Para este tópico faz bem citar a preleção de Garcia (2002 apud Silva 2005, p. 108) para quem:

A separação dos poderes pode ser concebida em duas vertentes: a) nas relações mantidas entre o Estado e os particulares, identificando o alcance do poder de regulação estatal e a esfera remanescente aos particulares; e b) na divisão de competências entre distintas unidades territoriais de poder, o que está associado à forma de Estado adotada (unitário ou federal), sendo múltiplas as vertentes que pode assumir."

Ainda em tempo, é preciso destacar que o Brasil nem sempre adotou a tripartição como modelo de separação dos poderes. À época da Constituição de 1824, vigorava na história constitucional brasileira a doutrina de Benjamin Constant diferenciada da de Montesquieu por prever a instauração de um quarto poder – o Poder Moderador. Esse Poder era atribuído ao Imperador e funcionava, como o próprio nome informa, moderando as ações dos demais poderes.

Hodiernamente muito se discute a respeito de uma instituição que tem tomado ares de poder, o Ministério Público. Seria então uma espécie de "Neo-Poder Moderador". Defende essa corrente Assunção e Silva:

[...] pode-se dizer que o Ministério Público possui hoje uma atribuição semelhante à do Poder Moderador, na Constituição de 1824, relacionada à defesa da ordem jurídica e do regime democrático. Ele deve agir como um centro unificador do Estado, a fim de garantir o bom funcionamento do sistema político.

[...] embora a Constituição não tenha tido a ousadia de tornar o Ministério Público um quarto poder, deu-lhe competências que refletem diretamente no exercício dos outros poderes, tornando-o com isso um verdadeiro moderador dos demais.

O que se tem por certo quanto ao Ministério Público é o fato de consistir em função essencial à justiça conforme registra a CF/88 no seu art. 127. A tese de que o MP seria uma espécie de quarto poder é rechaçada por autores consagrados, conforme se infere das palavras de Silva (2005, p.598):

[...] não é aceitável a tese de alguns que querem ver na instituição um quarto poder do Estado, porque suas atribuições, mesmo ampliadas aos níveis acima apontados, são ontologicamente de natureza executiva, sendo, pois, uma instituição vinculada ao Poder Executivo [...]

Além do Poder Moderador, Constant previa a existência de um quinto poder, chamado Municipal, a sua intenção era descentralizar ao máximo a gerência do Estado. Para quem entende exagero a previsão de cinco poderes por Benjamin Constant fica a informação de que estudiosos como Luigi Palma e Romagnosi previam mais: seis e oito, respectivamente.

2.3 Os Institutos Democráticos da Constituição Federal:

A soberania é a característica atribuída ao Estado tenha a qual o dota de poder de império sobre seus atos e de interdependência na esfera internacional. É um poder supremo, um dos supedâneos da estrutura político-administrativa de um país.

Em conceito, extraído da obra do insigne Moraes (2006), atribuído por Marcelo Caetano soberania é um poder político supremo e independente, entendendo-se por poder supremo aquele que não está limitado por nenhum outro na ordem interna e por poder independente aquele que, na sociedade internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceites e está em pé de igualdade com poderes supremos de outros povos.

No Brasil, o exercício deste poder supremo é designado ao povo quando a Carta Magna o diz expressamente, em seu art. 1º, parágrafo único que: "Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente nos termos da Constituição."

Essa concessão feita pela Lei Maior advém do fato de o governo ser baseado na democracia, ou seja, nele os cidadãos deliberam acerca das decisões atinentes à organização do Estado, de forma direta ou de forma indireta, por intermédio de seus representantes.

A democratização do governo foi efetivada realmente com o advento da Constituição Cidadã, em virtude do período de ditadura sofrido no país anteriormente a abertura mundial para o sistema democrático. Porém alguns estudiosos afirmam

ser perigosa a concessão de tanto poder nas mãos do povo, dentre eles Constantino (2004):

Na história da humanidade, temos inúmeros casos onde um pequeno número de homens, ou mesmo um só, na posse de imenso poder, causava um mal enorme. Muitos, agindo de boa fé na defesa da liberdade, voltaram a sua ira contra os possuidores do poder e não contra o próprio poder. Em vez de destruí-lo pensaram apenas em deslocá-lo. Surgiu assim o dogma da soberania popular, concedendo poderes ilimitados ao povo. A democracia passou a ser um fim em si mesma, como se a vontade da maioria tornasse qualquer ato, por mais absurdo que seja, correto.

Ele afirma que a justiça dos atos não está na quantidade de pessoas as quais o ratifica, e diz outrossim que a vontade do povo não pode tornar justo o injusto e cita como exemplos desse argumento o caso do nazismo e do comunismo difundido em todo o mundo no século passado.

Porém, mesmo com o protesto efetivado por parte da doutrina, o que ocorre é que no Brasil o sistema adotado é o da democracia participativa em que o povo figura como principal responsável pela criação das normas vigentes no país e pela administração do país, seja de forma indireta, seja de forma direta.

Lenza (2009) afirma ser o sistema democrático do país híbrido, no qual figura tanto a democracia indireta ou representativa bem como a democracia direta. A representativa, como o próprio nome explicita, é aquela em que o povo elege seus representantes para que estes administrem a máquina pública e criem as normas reguladoras do convívio social. Em contrapartida a direta é aquela na qual o próprio povo decide, ratifica ou rejeita alguma das medidas relevantes a serem tomadas em benefício do país.

O exercício do poder, portanto, na esfera Federal, aos Deputados Federais (art. 45); na Estadual, aos Deputados Estaduais (art. 27); no âmbito Distrital, aos Deputados Distritais (art. 32, § 2º); Municipal, aos Vereadores (art. 29, IV); e no Territorial, aos Deputados Territoriais (art. 33, § 3º). Estas pessoas são postas no exercício do poder por intermédio do voto direto e secreto da população, lembrando-se de que os mesmos devem preencher os requisitos de elegibilidade (art. 14ª, § 3º da CF/88), quais sejam: a nacionalidade brasileira, pleno exercício dos direitos políticos, o alistamento eleitoral, o domicílio eleitoral na circunscrição, a filiação partidária e a idade mínima exigida.

A democracia direta se materializa pelos institutos que serão apreciados a seguir: o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular e a ação popular. Nesses casos, a população efetivamente participa decidindo acerca de assuntos importantes para o Estado.

O plebiscito é um tipo de consulta popular realizada previamente a construção de uma norma jurídica, com o objetivo de aferir a aceitação da população a respeito da regra a ser elaborada. É um instituto originário da Roma antiga e advém do latim *plebiscitu* (decreto dos plebeus).

Para ser realizado, deve haver a prévia autorização do Congresso Nacional (1/3 dos seus membros componentes de quaisquer das Casas) via decreto legislativo, de acordo com a Lei nº. 9. 709/98. Esta lei também conceitua o plebiscito quando diz em seu art. 2º: “Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.” No Brasil houve a realização de apenas um plebiscito, que ocorreu em 1993, para decidir acerca do sistema de governo aplicável: parlamentarismo ou presidencialismo.

O referendo também é um meio de consulta popular acerca de assuntos relevantes ao Estado, porém difere do plebiscito em virtude de esta consulta ser realizada posteriormente a elaboração da lei ou da realização do ato o qual se quer ratificar ou rejeitar, de acordo com a referida lei nº. 9.709/98, a qual dispõe, nos §§, 1º e 2º do art. 2º:

§ 1o O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido.

§ 2o O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.

Azambuja (1998) diz ser o referendo um instituto que mais aproxima o Governo de uma democracia pura, porém preleciona outrossim ser aquele o mais complexo, tanto por sua aproximação com outros institutos, tais como: como o plebiscito e o veto popular; como também pelas diferentes classificações que abriga.

Esse instituto é originário, em consonância com Dalmo de Abreu Dallari, das Dietas de Confederações Helvéticas que determinava que em algumas comunidades suíças à população atribuía-se a capacidade de aprovar todas as leis. O Brasil teve em sua histórias duas experiências relativas à realização de referendos: o refe-

rendo para deliberar acerca da permanência ou não do sistema parlamentarista de governo em 1963 e o referendo para a regularização ou não do comércio de armas de fogo e munição no território brasileiro ocorrido em 2005.

Há uma grande celeuma entre os estudiosos no que tange a denominação da consulta popular realizada em 1963. Alguns dizem ter sido esta consulta um plebiscito, outros preservando a técnica jurídica (e agindo mais coerentemente com as regras jurídicas componentes do ordenamento jurídico brasileiro), dizem ter se tratado de referendo. Lenza (2009, p. 17): dispõe que se trata de referendo pois a consulta foi realizada apenas após a realização do ato (instituição do parlamentarismo):

No fundo, parece-nos que se tratava, em essência, de referendo, já que, depois do ato tomado (a instituição do Parlamentarismo no Brasil), proceder-se-ia à consulta popular para confirmar ou afastar a decisão já tomada.

Do contrário, não restam dúvidas acerca da natureza jurídica da consulta popular realizada em 2005 quanto à aprovação ou não do Estatuto do Desarmamento. O art. 35 do mencionado Estatuto determinava a proibição da comercialização de armas de fogo e suas respectivas munições aos cidadãos. Se a população brasileira aquiescesse como Estatuto e dissesse SIM essa proibição passaria a vigorar, no entanto se dissesse NÃO (como ocorreu) essa vedação não vingaria. Portanto, pode-se dizer que no Brasil ainda é permitida a comercialização de armas de fogo e munição.

A citada Lei 9.709/98 e a CF/88 determinam as hipóteses em que se está autorizado a promoção de referendo e plebiscito, quais sejam: nas deliberações de questões cuja relevância seja nacional (Lei 9.709/98, art. 1º, parágrafo único c/c art. 2º); em decorrência de subdivisão, desmembramento e anexação de Estados ou Territórios (CF, art. 18, § 3º); e em decorrência da criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios (CF, art. 18, § 4º).

Discute-se, ainda, na doutrina acerca da possibilidade de a lei ou EC dispor contrariamente ao plebiscito ou referendo, e assim revogá-los e extrair sua eficácia. Lenza (2009) preleciona no sentido de restar impossibilitado à lei e à EC essa prerrogativa, pois, diz ele, que a democracia direta prevalece em detrimento da indireta, em virtude do princípio da soberania popular evidenciado no art. 14, I e II c/c o parágrafo único. E ressalta que a única possibilidade de revogá-los seria através de nova consulta à população.

Outro instituto peculiar à democracia direta é a iniciativa popular. Esse instituto é a forma mais aproximada de exercício das atribuições legiferantes pela população. Em consonância com o que dispõe Garcia sobre a iniciativa popular:

Configura-se num direito do eleitorado de propor ao Poder Legislativo, projetos de lei, iniciando, ao lado de outros agentes políticos (presidente da República, Tribunais Superiores, deputados e senadores), o processo legislativo.

É por intermédio dessa iniciativa que os cidadãos podem propor uma lei e fazer com que esta vigore em território nacional. Como requisito para efetivação desse instituto temos: a apresentação do projeto de lei à Câmara dos Deputados com a aquiescência de no mínimo 1% do eleitorado brasileiro, distribuído em ao menos 5 Estados e nesses Estados devem ratificá-lo no mínimo 0,3% de seu eleitorado.

Não há óbice quanto à propositura da iniciativa popular nos âmbitos estaduais e municipais. Ao contrário disso a constituição determina que as constituições estaduais devem prever em seu corpo regra a qual disponha acerca da iniciativa popular (art. 27, § 4º da CF/88). Outrossim também pode ocorrer nos municípios esse tipo de iniciativa, art. 29 XIII da Constituição Federal. É Propósito o que diz Viegas:

No município também será possível a participação popular através da iniciativa popular de lei, nos termos do inciso XIII, do artigo 29, da Constituição da República. Neste caso impende que haja a manifestação de pelo menos cinco por cento do eleitorado municipal, sendo necessário que o projeto de lei seja de interesse do município, da cidade ou dos bairros. Cabe à lei orgânica organizar o processo de votação, os prazos de tramitação na câmara municipal.

E, *in fine*, tem-se como instituto promovente da democracia direta a denominada Ação Popular. Essa ação está prevista no art. 5º, LXXIII da CF/88 e possui o escopo de proteger os direitos metaindividuais dos cidadãos, *in verbis*:

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico cultural, ficando o autor salvo comprovada má fé, isento de custas judiciais e ônus de sucumbência;

Ação Popular é o instrumento constitucionalmente previsto para a efetiva reparação do dano ao patrimônio público e aos direitos difusos cuja titularidade pertence a sociedade. O ilustre Lopes (2007) a conceitua como o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados ilegais e lesivos ao patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos.

Sua finalidade, nas palavras de Moraes (2006), é permitir ao povo o exercício da função fiscalizatória do Poder Público e a defesa dos interesses difusos, ou nas palavras de Vicente Paulo, é de conferir ao indivíduo um meio democrático e direto de fiscalização e controle da gestão da coisa pública.

Pode-se observar que para a promoção da aludida ação devem ser obedecidos certos requisitos tanto de caráter subjetivo como de caráter objetivo. O de cunho subjetivo refere-se à qualidade de cidadão do indivíduo promovedor da ação, e, os de caráter objetivo dizem respeito à necessidade de o ato ser lesivo ser ilegal ou contrário à moralidade administrativa.

Entende-se como cidadão todo aquele portador dos direitos políticos, ou seja, pessoa física que possui o direito de sufrágio; como ilegal todo ato contrário às normas do ordenamento jurídico pátrio; e, lesivo todo o ato o qual cause dano ou prejuízo ao patrimônio público.

A competência para julgar e processar a ação (ora apreciada) será determinada pela origem do ato anulado, observando o que dispões a Carta Magna e as leis infraconstitucionais quanto à delimitação da competência. Vale ressaltar que os órgãos de superposição não possuem competência originária para apreciá-la, exceto em sede de recurso.

Em linhas gerais (como bem frisado retro) a ação popular, bem como os demais institutos jurídicos mencionados, têm o escopo de promover a participação efetiva da sociedade na tutela do patrimônio público, no processo de produção normativa e na administração do nosso Estado.

3 A ESTRUTURAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

3.1 Evolução Histórica

O Poder Judiciário brasileiro, não diferente da escala mundial, foi paulatinamente delineado ao longo dos séculos, tendo sido muitas vezes desprezado em importância para, hodiernamente, ser considerado, em que pesem algumas posições contrárias, a reserva moral dos agentes políticos do país.

A história conta que o Brasil foi “descoberto” pelos portugueses na fronteira entre os séculos XV e XVI, mais precisamente em 22 de abril de 1500. Porém, a então colônia passou por um período de abandono quase completo tendo este interstício correspondido a trinta anos, 1500 a 1530, quando então o rei D. João III, viu-se ameaçado o domínio de Portugal sobre o território recém-descoberto e associando isto ao franco declínio do comércio do oriente, enviou expedições com a finalidade de colonizar as terras americanas.

De fato em 1531 chega ao Brasil a primeira das expedições, chefiada por Martim Afonso de Souza, juntamente com centenas de homens e material para aqui desenvolver a agricultura. Conforme anota Vicentino e Dorigo (1999, p. 70):

Nomeado capitão-mor da esquadra e das terras coloniais pelo rei de Portugal, Martim Afonso tinha amplos poderes para descobrir novas riquezas, combater estrangeiros, policiar, administrar e povoar as terras brasileiras.

Nesse mesmo sentido, o Ministro Velloso (2003):

[...] foi Martim Afonso de Souza que, investido de amplos poderes de jurisdição administrativa e judiciária pela Carta Del Rei de Portugal, de 1530, quem primeiro, em terras brasileiras, dirimiu conflitos entre as pessoas aqui residentes. Mas durou pouco essa tarefa, já que Martim Afonso de Souza era apenas o comandante de uma grande força, que viera ao novo continente para o fim de consolidar a descoberta.

O papel de Martim Afonso foi a distribuição de sesmarias que consistiam em lotes de terras para que os novos habitantes- vindos de Portugal para que pudessem se instalar na colônia. Cumprida sua missão, Martim Afonso retorna a Portugal em

1533 enquanto a coroa portuguesa planejava novas medidas para uma melhor e mais efetiva ocupação do território brasileiro.

Em 1534 são instituídas as capitânicas hereditárias, distribuição de faixas de terra pelo litoral brasileiro a fim de otimizar os gastos com a colonização, bem como acelerá-la. Com isso, o donatário¹ recebia parcela de poderes suficientes para a administração da sua capitania. Entre essas atribuições estava a de julgar. Ao mesmo tempo que distribuía as sesmarias entres os colonos, concedia a estes o direito de aplicar a justiça em seus domínios.

Com o fracasso das capitânicas hereditárias é criado em 1548 e efetivamente instalado em 1549 o sistema de governos-gerais. O primeiro dos governadores foi Tomé de Souza que assumiu de 1549 a 1553. Juntamente com o Governador-Geral veio ao Brasil Pero Borge, Ouvidor-Geral, magistrado de carreira que se fixou na Bahia. As decisões do Ouvidor-Geral, observada a matéria, eram irrecorríveis e o excedente da alçada seria julgado em Lisboa.

Portanto, a justiça na colônia começava a ser efetivamente organizada com a vinda de Pero Borge instituindo-se este como instância máxima. Quanto à estruturação da época, destaca Velloso (2003):

Criou, então, os juizes ordinários, leigos, eletivos, e os juizes de fora, designados pelo Rei. Aqueles, os leigos, tinham como insígnia uma vara vermelha; os letrados, uma vara branca. Havia, ainda, os juizes de vintena, ou pedâneos, nas aldeias, com reduzida alçada, cujo processo era verbal, e os juizes de órfãos.

Então, em 1587 é criada a primeira Relação do Brasil, feita nos moldes da casa da Suplicação de Portugal, sendo instalada na Bahia apenas em 1609. Essa instituição era incumbida de julgar as causas em segunda e última instância nas capitânicas da colônia e era composta por dez desembargadores, vigendo até 1626, quando foi abolida por conta da invasão holandesa. Deste modo, a competência voltava para o Ouvidor-Geral. Somente em 1652 é reinstalada a Relação, agora com oito desembargadores. Nos anos seguintes seriam instalados tribunais de Relação no restante do território.

A vinda da família real para o Brasil em 1808 acarretou mudanças na estruturação judiciária da colônia. O príncipe regente- que viria a ser D. João VI- trans-

¹ Também era chamado de capitão ou governador

formou a Relação do Rio de Janeiro, criada em 1751, na Casa de Suplicação do Brasil que passaria a ter as mesmas atribuições da Casa de Suplicação de Portugal. Na mesma época foram criados o Desembargo do Paço e o Conselho Supremo Militar e de Justiça.

Enquanto isso, o mundo via maravilhado e cheio de esperança a independência norte-americana e a Revolução Francesa (1789). Esta última especial por carregar consigo ideais contrários ao sistema vigente: liberdade, igualdade e fraternidade, baluarte e espada contra o despotismo e a opressão, carros-chefes de governos durante séculos mundo afora.

Esta revolução cultural contribuiu fortemente para que o Brasil elaborasse uma Constituição própria que foi promulgada em 25 de março de 1824 e teve como principal característica o centralismo administrativo e político dada a prevalência da doutrina de Benjamin Constant que previa o Poder Moderador como chave de toda organização política.

A Constituição Imperial pôs o Brasil alguns anos a frente de Portugal pois criou o Supremo Tribunal de Justiça². Nesse mesmo ano, uma lei destituiu as câmaras municipais das funções judicantes que exerciam.

Nesse período regido pela Constituição do Império, o Poder Judiciário detinha em sua composição jurados e juízes. Enquanto estes aplicavam a lei àqueles restava a tarefa de pronunciar sobre os fatos. Já havia previsão do atributo vitaliciedade aos juízes, porém eles não eram inamovíveis ressaltando-se ainda que o Imperador poderia suspendê-los se a seus ouvidos chegassem reclamações em número elevado.

Não obstante a previsão do Poder Judiciário como sendo um dos poderes políticos, o fato é que o Poder Moderador restringia a real ação daquele frente a sociedade. Velloso (2003) destaca: “Certamente que os ilimitados poderes de moderação do Imperador impediram que o Supremo Tribunal de Justiça exercesse, com larguesa, a função jurisdicional.”

Seguindo o diapasão, Trigueiro *apud* Velloso:

O Supremo Tribunal era, tipicamente, uma Corte de Cassação, no exato estilo europeu. Praticamente a sua competência se exauria na função de con-

² Era composto por dezessete ministros e consistia em um substituto da Casa de Suplicação do Brasil. O detalhe é que a mesma instituição só veio a ser implantando em Portugal cinco anos depois

ceder revista, para o efeito de determinar que a causa fosse novamente julgada por outra Relação. Segundo a Lei Orgânica, a revista não tinha efeito suspensivo e somente podia ser deferida em caso de nulidade manifesta, ou injustiça notória, de decisão proferida em última instância.

Pode-se inferir da história que o Poder Judiciário não tinha a expressão necessária a um poder político e vivia à sombra do ilimitado domínio do Imperador. Em verdade, ele se restringia a dirimir conflitos de ordem particular não tendo a prerrogativa de controlar os atos públicos, o que se coadunava com a expressão: "*the king can do no wrong*"³ que resultava em uma total irresponsabilização do Estado.

A República, proclamada em 1889, trouxe novos ares ao cenário judiciário brasileiro a partir de 1891, quando foi proclamada a nova constituição influenciada diretamente pela Carta Magna americana. O então senador Rui Barbosa fora o relator do projeto que instituiu a república como forma de governo, instaurou a forma federal de Estado e consagrou o sistema presidencialista. A adoção da teoria tripartite de Montesquieu, com a conseqüente retirada do Poder Moderador, deu mais fôlego ao judiciário, sendo o primeiro passo para se retirar as amarras que o impediam de figurar com a importância devida.

A essa altura, o Supremo Tribunal de Justiça, corolário da Casa de Suplicação do Brasil, ganhava a denominação de Supremo Tribunal Federal. Constituído nos moldes da Suprema Corte norte-americana, contava agora com 15 (quinze) juizes que em sua maioria provieram do Supremo Tribunal de Justiça.

De fato, o Poder Judiciário e suas instituições passavam a ter importância basilar para a manutenção do regime imposto, tanto, Rui Barbosa (1898) assinalou como sendo "a coluna mestra do governo do país", a "chave de abóbada do nosso edifício político" o Supremo Tribunal Federal. Os juizes federais além do atributo vitaliciedade passavam a ter como prerrogativa a irredutibilidade de "vencimentos". A justiça federal passava, a partir de 1894, a ser regulamentada e seria composta pelo Supremo e pelos chamados Juizes de Seção.

A par de tudo, outros fatos relevantes ocorrem nesse cenário, como a criação do Supremo Tribunal Militar (STM) que veio substituir o Conselho Supremo Militar e a aprovação em 1898 da consolidação de leis referentes à justiça federal.

³ A expressão inglesa traduz-se em "o rei não erra" e faz menção à impossibilidade de lhe atribuir qualquer espécie de responsabilidade.

Enquanto isso, o país vivia sob uma república oligárquica e a democracia liberal só existia na aparência. O primeiro presidente da nova forma de governo, Deodoro da Fonseca, tentou manter o poder à força, sendo impedido pela oposição liderada pelo também marechal Floriano Peixoto. Começava a vigor no país a conhecida república do “café com leite”. Esse fato tem importância direta para o sistema de poderes no país pois o café tornou-se o produto dominante na produção agrícola brasileira, sendo estocado em grande monta e fazendo com que o país sentisse diretamente o “*crack*” ocorrido na Bolsa de Nova York em 1929.

A crise econômica assumiu proporções aterradoras, levando à falência, quando não à morte, grande produtores e empresários em todo o mundo. O Brasil perdeu seu maior consumidor de café: Os Estados Unidos, e este fator foi a gota d água para a promulgação de uma nova constituição em 1934.

Esse novel documento, influenciado diretamente pela Constituição de Weimar da Alemanha e com presença indiscutível do fascismo, explicitou os órgãos e garantias destinadas ao judiciário, conforme Lenza (2009, p. 63):

[...] foram estabelecidos os seguintes órgãos do Poder Judiciário: a) a Corte Suprema; b) os juizes e Tribunais federais; c) os juizes e Tribunais militares; d) os juizes e Tribunais eleitorais, estabelecendo-se aos juizes as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de “vencimentos”. A Corte Suprema, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compunha-se de 11 Ministros [...]

Entretanto a nova Constituição durou apenas três anos, sendo revogada pelo golpe ditatorial capitaneado por Getúlio Vargas em 1937, que outorgou a Constituição “Polaca”, substituta da anterior. A Carta de 1937 foi explicitamente abalizada pela Constituição fascista da polônia, daí seu apelido. Por meio deste documento restaram extintos os partidos políticos e a Justiça Eleitoral, consagrando-se o unipartidarismo.

Em síntese, essa nova constituição mostrou-se como verdadeiro retrocesso por tornar a limitar bruscamente o Judiciário e a dotar o Chefe do Executivo de poderes extravagantes. Por ela o STF passou a se chamar Corte Suprema e foi criado o Tribunal de Segurança Nacional que consistia em um tribunal ad hoc, que só veio a ser extinto juntamente com o governo ditatorial.

O Estado Novo durou até 1945, quando Vargas foi deposto pelas forças armadas. O repúdio ao Estado totalitário cobrava a redemocratização que viria com a

promulgação de mais uma constituição, publicada em 1946. Nesta nova Carta, o Judiciário retomava a força que vinha adquirindo, lhes sendo acrescentados como órgãos os juízes e Tribunais do trabalho.

Seguindo a gangorra da história da Justiça brasileira veio a Carta de 1967 que nasceu três anos após o golpe militar. Como era esperado, essa constituição veio novamente estender as prerrogativas do Poder Executivo e diminuir a competência do Judiciário e a única evolução ficava a cargo dos direitos dos trabalhadores.

Porém, os militares preparavam algo mais estarrecedor: um documento que ceifava a liberdade e a própria dignidade dos cidadãos, violador de todas as formas de democracia e clamfado sob o título de Ato institucional nº. 5 ou simplesmente, AI-5. Vale lembrar a respeito, a previsão contida em um dos seus dispositivos:

Art. 11 - excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

Esse conteúdo mascarado pela legalidade foi o responsável por quase um decênio de atrocidades - de dezembro de 1968 a outubro de 1978 - quando foi revogado pela EC n.11 de 1978.

Um novo documento foi expedido em 1969 sob o título de EC n. 01. Em que pese a denominação de emenda, é cediço que se tratou, verdadeiramente, de nova Constituição, data vênia às divergências doutrinárias. O entendimento nesse sentido é forte, como visível nas palavras do douto Silva (2005, p. 87):

[...] teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: *Constituição da República Federativa do Brasil*, enquanto a de 1967 se chamava apenas *Constituição do Brasil*. [...]

O Judiciário nesse período figurou como coadjuvante. Milhares de desaparecidos, perseguições políticas, exílio, tortura, assassinatos, tudo isso passou pela justiça que se ficou inerte, pois, além da venda nos olhos, que lhe é característica, esteve acorrentada no calabouço do autoritarismo militar e sua espada não podia ser empunhada já que não era páreo para as grandes armas de guerra que asseguravam o caos que durou duas décadas.

Os anos 80, apesar de marcados pela inflação⁴ também foi a década de renovação no cenário político do país. Em 1984 começou o movimento de "diretas-já" que exigia a eleição direta para presidência da República. O movimento não logrou êxito de início, mas conseguiu eleger Tancredo Neves, depositário de todas as esperanças da nação. Tancredo morre antes de assumir a Presidência que é ocupada pelo seu vice, José Sarney.

Sarney fazia parte da velha guarda que apoiava os militares, porém, forçado pela mobilização popular e a contragosto, convocou a Assembléia Nacional Constituinte. O exercício do poder constituinte originário faz ser publicada em 5 de outubro de 1988 a nova Constituição Federal, intitulada de "Constituição Cidadã" pelo então presidente da Assembléia Nacional Constituinte e já falecido, Ulysses Guimarães.

A Carta de 1988 se apresenta como a mais avançada expressão de um documento político-jurídico brasileiro. Apesar das mais variadas críticas, a CF/88 cuidou em consignar os direitos e garantias individuais e coletivos buscando, ao menos na teoria, dotar de segurança jurídica essas prerrogativas tão agredidas ao longo das diversas ditaduras que assolaram o país.

No que concerne aos poderes políticos, foi mantida a tripartição clássica de Montesquieu com seu sistema de freios e contrapesos. As três funções foram delimitadas e o Judiciário tornou a possuir as prerrogativas devidas ao fiel desempenho de suas funções, pois como dito pelo então Procurador-Geral à época da promulgação, o hoje Ministro Sepúlveda Pertence, a fim de concretizar um "projeto de uma sociedade mais democrática e mais justa, poucos textos constitucionais terão confiado tanto no Poder Judiciário e nele, de modo singular, no Supremo Tribunal Federal."

Como inovação, a CF/88 criou o Superior Tribunal de Justiça que nasce para defender a legislação federal, enquanto que o Supremo Tribunal Federal fica a cargo da guarda da Constituição. Porém, as maiores discussões surgiram juntamente com uma emenda constitucional.

A referida alteração foi a quadragésima quinta ao texto constitucional ficando conhecida como "Reforma do Poder Judiciário" por ter tido o condão de trazer, em seu bojo, algumas alterações substanciais no referido Poder.

⁴ Conhecida como dragão justamente pelo estrago que causava, a inflação imperou por toda a década de 80 e era atribuída à má administração dos militares. Só veio a ser estabilizada após a vigência do Plano Real em 1994

3.2 Estrutura e Forma de Ingresso

O Poder Judiciário é o órgão incumbido por zelar pelo equilíbrio e a pacificação das relações interindividuais e por tutelar, outrossim, os preceitos elencados na Constituição. Este poder, juntamente com os demais, garante o equilíbrio das relações sociais e atua como o supedâneo da ordem democrática no país.

O art. 92 da CF/88 traz em seu corpo todos os órgãos formadores da estrutura do Poder Judiciário, quais sejam: o Supremo Tribunal Federal (STF), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Superior Tribunal de Justiça (STJ), os Tribunais Regionais Federais (TRFs) e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

A forma de ingresso para a magistratura se dá por intermédio de concurso público de provas e títulos, de acordo com o que determina o art. 93, I da CF/88. O aspirante ao cargo de juiz deve, após a sua conclusão do curso de Bacharelado em Direito, atuar em qualquer ramo da atividade jurídica durante um período de três anos, chamado pela doutrina de período de quarentena, para posteriormente ter o direito de, sendo aprovado no referido concurso, ser investido no cargo de magistrado. Faz-se necessário mencionar que o denominado período foi uma inovação trazida pela EC 45/2004.

Após a investidura o então magistrado terá a possibilidade de, satisfazendo os requisitos enumerados pela lei, ser nomeado desembargador. Os critérios adotados para a nomeação são a antiguidade e o merecimento. A lei ressalta que esses critérios serão alternados a cada escolha.

Vale salientar que não só os juízes de carreira terão acesso às vagas destinadas aos Tribunais. A Constituição vigente previu a possibilidade de membros do Ministério Público e advogados com vasta experiência ocuparem, também, os cargos de desembargadores e/ou ministros dos tribunais.

O montante das vagas destinadas aos membros do Ministério Público e aos advogados é fixo, 20% ou 1/5 do total das vagas existentes, por isso a doutrina majoritária nominou essa regra como o quinto constitucional. Porém, ela não se aplica a todos os tribunais brasileiros, aplica-se apenas aos TRFs, aos Tribunais dos Estados, dos Territórios, do DF, aos Tribunais do Trabalho e ao STJ.

Os requisitos elencados pela legislação para os membros do Ministério Público e advogados são: ter mais de 10 anos de carreira e reputação ilibada (para ambos), e, para os advogados acresce-se o de ter notável saber jurídico. O procedimento para o preenchimento das vagas pelas pessoas referidas retro segundo a preleção de Lenza (2009, p. 534) é feito da seguinte forma:

Os órgãos de representação das classes dos advogados e Ministério Público elaboram lista sêxtupla, ou seja, indicam seis nomes que preencham os requisitos acima citados. Recebidas as indicações, o tribunal para o qual foram indicados forma lista tríplex (escolhe 3 dos 6). Nos 20 dias subsequentes o Chefe do Executivo (em se tratando de Tribunal Estadual, o Governador de Estado; na hipótese do TJ do DF e Territórios, o Presidente da República, e para a indicação ao TRF, também o Presidente da República) escolherá 1 dos 3 para a nomeação.

No que pertine à organização, esta se faz de forma hierárquica e especializada, comportando tanto órgãos de superposição bem como órgãos especializados para tratar e julgar acerca de determinada matéria.

Lenza (2009) divide os referidos órgãos em: órgãos de superposição e de convergência. São denominados de superposição o STF e o STJ, isto porque estes dão a última palavra em relação aos conflitos de interesses que tocam a sua competência. Ou seja, independentemente de decisão já proferida a respeito por juiz ou tribunal imediatamente inferior àqueles, possuem toda a autoridade para modificar e petrificar a sua decisão, haja vista o fato de figurarem como o último grau para a interposição do recurso.

Recebem a nomenclatura órgãos de convergência todos os tribunais superiores (STF, STJ, TSE, TST e STM). Segundo o entendimento do mencionado doutrinador são assim intitulados por serem os órgãos responsáveis pela última decisão nas causas de competência da justiça específica da qual fazem parte.

Outra subdivisão a qual merece destaque é a que determina a existência de uma Justiça Comum e uma Justiça Especial. A Justiça Comum é a formada pela Justiça Estadual e a Justiça Federal, enquanto a Justiça Especial é formada pelos juízes e tribunais cujas matérias são especificadas, quais sejam: a Justiça Militar, Eleitoral e Trabalhista.

A Justiça comum, como já fora mencionado retro, é formada pela justiça estadual e federal. A justiça estadual - por conseguinte - é formada pelos juízes estaduais e tribunais estaduais, enquanto a justiça federal é composta por juízes federais

e tribunais federais. É de bom alvitre ressaltar que também constituem órgãos da justiça comum os juízes e tribunais do DF e dos Territórios.

A Justiça Especial é constituída pela justiça trabalhista (juízes e tribunais do trabalho - TRT e TST) pela justiça eleitoral (juízes de direito dos estados ou do DF ou territórios e pelos tribunais - TRE e TSE) e pela justiça militar (juízes militares e respectivos tribunais militares e o Superior Tribunal Militar).

A justiça trabalhista trata a respeito dos litígios decorrentes da relação de trabalho. A sua competência encontra-se bem delineada no art. 114 da CF/88, competência essa que sofreu uma significativa ampliação pela EC 45/ 2004, pois antes do advento desta emenda, na aludida justiça, só eram discutidos litígios cujo objeto tocasse de alguma forma a relação de emprego.

Os juízes trabalhistas formam o primeiro grau da jurisdição do trabalho. Eles atuam nas denominadas Varas do Trabalho. A lei é que determinará a criação das respectivas varas. Vale salientar que nas comarcas não abrangidas por jurisdição trabalhista, esta, será exercida pelos juízes de direito os quais terão por órgão de superposição imediato o TRT.

O segundo grau é ocupado pelos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs), a Constituição prevê que eles devem ser compostos de no mínimo sete juízes de carreira, maiores de trinta e menores de sessenta e cinco anos (sendo a nomeação realizada pelo Presidente da República) recrutados quando possível na respectiva região, respeitando o quinto constitucional.

E, o terceiro grau é ocupado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) que segundo a CF/88 em seu art.111-A é composto por vinte e sete ministros nomeados pelo Presidente da República após a aprovação da maioria absoluta dos membros do Senado Federal. Em consonância com a Resolução Administrativa 1295/2008 ele é formado por um: Órgão Especial, Tribunal Pleno, Seção Administrativa, Seção Especializada de Dissídios Coletivos (SDC), Seção Especializada de Dissídios Individuais (SDI) a qual se subdivide em Subseção 1 e Subseção 2 e por 8 Turmas.

Os juízes de direito são os responsáveis pela formação do primeiro grau da Justiça Eleitoral tendo jurisdição sobre as zonas eleitorais. Com o fulcro de auxiliar as atividades dos aludidos juízes, 60 dias antes das eleições são constituídas as juntas eleitorais. Estas são formadas por: um presidente que será o juiz eleitoral e de dois a quatro cidadãos de notória idoneidade.

Dentre as funções acometidas as citadas juntas estão as de: realizar apuração das eleições realizadas nas zonas eleitorais sob a sua jurisdição, no prazo de dez dias e a de resolver as impugnações e demais incidentes verificados durante os trabalhos da contagem e da apuração.

O Tribunal Regional Eleitoral (TRE) é o segundo grau da jurisdição eleitoral. É composto por sete juízes, dentre os quais 2 devem advir necessariamente do Tribunal de Justiça, 2 dos juízes de direitos indicados pelos desembargadores do Tribunal de Justiça, 1 do TRF com sede na capital do Estado ou do DF e 2 advogados de notável saber jurídico e reputação ilibada que serão indicado pelo Presidente da República, dentre os 6 advogados indicados pelo TJ.

O terceiro grau fica a cargo do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) cuja composição também se dá por sete juízes, que serão: 3 membros do STF eleitos pelos próprios ministros do próprio STF, 2 membros do STJ, eleito pelos próprios ministros e 2 advogados, os quais advirão da escolha feita pelo Presidente da República sob a lista sêxtupla elaborada pelo STF dentre os advogados de notável saber jurídico e conduta ilibada.

É sabido que a Justiça Militar é formada por uma Justiça Militar Estadual e uma Justiça Militar Federal. Como bem menciona Lenza (2009) a Justiça Militar Federal não possui Tribunal de Justiça (TJ) intermediário entre as Auditorias e o STM.

O primeiro grau da Justiça Militar Federal e Estadual são os Juízes Militares (Auditorias Militares), a sua investidura na função se dá conforme o disposto na Lei Orgânica da Magistratura Militar (Decreto-lei 1.003/69).

Há, como dito retro, na Justiça Estadual um órgão intermediário os quais são os Tribunais de Justiça Militar ou mesmo os Tribunais de Justiça, nos Estados que não dispõem dos mencionados TJM's. Estes submetem-se a decisão do STJ ou STF, pois O STM não possui jurisdição sobre os Tribunais de Justiça Militar ou Tribunais de Justiça Estadual, aquele só possui jurisdição sobre as Auditorias Federais.

O STM é composto por quinze ministros vitalícios e dentre esses quinze devem figurar necessariamente: 3 oficiais gerais da Marinha da ativa e do posto mais elevado da carreira, 4 oficiais-gerais do Exército, da ativa e do posto mais elevado da carreira, 3 oficiais-gerais da Aeronáutica, da ativa e do posto mais elevado da carreira, 5 civis, dentre esses 3 serão advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, outrossim, com mais de 10 anos de efetiva atividade profissional, 1 juiz auditor e 1 membro do Ministério Público da Justiça Militar.

Esses ministros têm de ser necessariamente brasileiros natos (oficiais-generais) ou naturalizados (nos demais casos) e indicados pelo Presidente da República, aprovada a sua indicação por maioria simples do Senado Federal, local em que serão previamente sabatinados.

A competência da referida justiça encontra-se traçada na Carta Magna vigente e, igualmente a competência atribuída a Justiça Trabalhista, teve um acréscimo com a EC 45/004. Antes da mencionada emenda aquela só tinha autorização para julgar e processar os crimes militares. Atualmente tem a possibilidade de decidir acerca das penalidades administrativas aplicáveis a seus membros (que antes ficava a cargo da justiça comum). Sobre esse aspecto destaca Lenza (2009, p. 529):

Até o advento da EC n. 45/2004, as Justiças Militares (União, Estados e do Distrito Federal e Territórios) só tinham competência penal, e não civil, vale dizer, julgavam apenas e tão-somente os crimes militares definidos em lei. Os atos disciplinares eram julgados pela Justiça Federal (atos praticados por integrantes das Forças Armadas) ou pelos juízos da Fazenda Pública (atos praticados por militares estaduais), ou mesmo Justiça comum estadual, quando inexistentes as Varas Especializadas da Fazenda pública estadual em razão de sua não-instituição.

A EC 45/2004 veio modificar significativamente algumas situações importantes, as quais necessitavam ser regulamentadas. Esta emenda adveio de um projeto apresentado pelo então Deputado Hélio Bicudo à Câmara em 26/03/92.

Dentre essas modificações pode-se elucidar: a constitucionalização dos tratados internacionais (se forem aprovados com o quorum especial de emenda), a submissão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional, a possibilidade de haver súmulas vinculantes, a modificação da competência dos órgãos judicantes trabalhistas e a criação do Conselho Nacional de Justiça.

O CNJ é o órgão constitucionalmente responsável pelo controle externo dos atos do Poder Judiciário. Sua criação, pela elucidada emenda, visa a uma melhor prestação jurisdicional à sociedade. Esta instituição é semelhante ao antigo Conselho Nacional da Magistratura (instituída pela EC nº. 7/77) no que diz respeito à função correcional a qual lhe foi atribuída.

É formado por 15 membros, cuja idade varia entre o intervalo do mínimo 35 e do máximo 66 anos, ressaltando-se que dentre os mesmos figurarão necessariamente: 9 magistrados, 2 membros do MP, 2 advogados e 2 cidadãos. A indicação dos citados componentes será feita pelo: STF, STJ, TST, Procurador-Geral da Re-

pública (PGR), Conselho Federal da OAB (CFOAB), Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Caso esses entes não façam a respectiva indicação no período estabelecido pela lei o STF fá-lo-á.

Em regra, o STF indicará 3 dos membros (1 ministro do próprio tribunal, 1 desembargador do TJ e 1 juiz estadual); o STJ 3 (1 ministro do próprio tribunal, 1 juiz do TRF e 1 juiz federal); o TST mais 3 (1 ministro dentre os seus, 1 juiz do TRT e 1 juiz trabalhista); o PGR indicará 2 (1 membro do MPU e 1 do MPE); o CFOAB 2 (advogados); a Câmara 1 cidadão e o Senado outro cidadão.

A EC 45/2004 determinou que a instalação do Conselho deveria ser efetivada após o lapso temporal de 180 dias da sua promulgação, e a eleição dos membros pelas entes especificados retro 30 antes do findar prazo citado. Porém, ela só veio a ocorrer em 14/06/2005.

O ministro do STF será o presidente do CNJ e terá a prerrogativa de conceder o voto de minerva. O ministro do STJ será o corregedor, cujas funções são eminentemente fiscalizatórias. Ambos os ministros ficarão excluídos da distribuição dos processos em seus tribunais de origem, assim dispõe o art. 103-B, § 1º da CF/88.

Ressou bastante na doutrina acerca da inconstitucionalidade do referido Conselho, pois na prática, o que ocorre é a fiscalização do Poder Judiciário por membros da sociedade e por órgãos desvinculados desse poder. Por isso, em 2004, a AMB promoveu a ADI 3.367 nesse sentido sob a justificativa de lesão ao princípio da separação dos poderes (cláusula pétrea inclusive) e obteve, com isso, a negativa do STF. A respeito do tema cumpre destacar o posicionamento de Lenza (2009, p. 573):

A presença de não magistrados, segundo o STF, não viola a cláusula pétrea inserta no art. 60, § 4º, III, e art. 2º, CF/88 (separação de poderes): "(...) Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente (...)". Nesse particular, asseverou o Min. Relator: "pode ser que tal presença seja capaz de erradicar um dos mais evidentes males dos velhos organismos de controle, em qualquer país do mundo: o corporativismo, essa moléstia institucional que obscurece os procedimentos investigativos, debilita as medidas sancionatórias e desprestigia o poder.

As atribuições do CNJ estão dispostas no art. 103-B, § 4º da CF/88, dentre as quais se podem ilustrar: garantir o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, zelar pela

autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura e zelar pela observância do art. 37.

Em linhas gerais assim é formado o Poder Judiciário

3.3 A Função Judicante

A legislação pátria atribui precipuamente ao Poder Judiciário a função de pacificar os conflitos sociais insurgentes do convívio em sociedade. De maneira que, a fim de evitar a autotutela como prática de resolução dos litígios, o Estado, sob a forma dos magistrados, substitui as partes na busca de uma solução mais justa e adequada para a controvérsia. Esse papel determinado ao referido poder é denominado de função judicante.

A essência desse conceito foi extraída do estudo dos mestres Chiovenda e Carnelutti. Chiovenda determinava ser uma característica da função jurisdicional a substitutividade do magistrado em detrimento das partes para o deslinde do conflito, e, Carnelutti afirmava ser aquela o instrumento pelo qual se promovia a composição da lide.

A jurisdição em consonância com o entendimento de Grinover (1998) é a atividade, poder ou função estatal responsável pela promoção da pacificação dos conflitos decorrentes do convívio em sociedade. Ela possui como características o fato de ser una e indivisível e é una porque no Estado brasileiro só existe uma instituição competente para a resolução dos conflitos (o Poder Judiciário). Destaca Grinover (1998, p. 129):

Que ela é uma função do Estado e mesmo monopólio estatal, já foi dito; resta agora, a propósito, dizer que a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é manifestação do poder estatal conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa os encargos que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete.

O fato de haver justiças especiais e um vasto número de magistrados atuantes não fere nem contradiz o que fora mencionado retro acerca da unidade de juris-

dição, pois ela só sofre seccionamento sob a justificativa de ser o serviço jurisdicional melhor efetivado dessa forma. Além do fato de ser humanamente impossível um magistrado apenas dar vazão a toda a demanda existente em um Estado.

Para assegurar o bom exercício desta mencionada função estatal e evitar o comprometimento dos magistrados, o legislador pátrio dotou-os de prerrogativas, quando na atuação da função judicante, as quais se evidenciam no corpo da nossa constituição. Dentre elas citam-se: as denominadas garantias institucionais e as garantias funcionais.

Algumas outras características apontadas na doutrina pertinentes à jurisdição são: a existência da lide, inércia e a definitividade. A jurisdição se baseia na lide, pois a maior parcela dos casos levados à apreciação do referido poder objetivam a resolução de algum conflito de interesse; ela é inerte em decorrência de ser necessariamente provocada para que possa agir; e, *in fine* suas decisões são dotadas de definitividade, após o seu trânsito em julgado.

Em contrapartida ao exposto atribui-se, outrossim, ao Poder Judiciário outras funções, as quais não condizem em essência com aquelas designadas para a instituição. Essas funções são denominadas de atípicas.

Elas foram criadas no intuito de assegurar a independência do poder - ora em comento - dos demais poderes, pois são eminentemente garantidoras da auto-gestão e da disciplina hierárquica. São exemplos, respectivamente, dessas funções atípicas a concessão de férias para os seus servidores (pelos seus superiores hierárquicos) e a elaboração dos regimentos internos dessa instituição, conforme expressa Moraes (2006, p. 473)

Dessa forma, a função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional, ou seja, julgar, aplicando a lei ao caso concreto, que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses. O Judiciário, porém, como os demais poderes do Estado, possui outras funções, denominadas atípicas, de natureza administrativa e legislativa.

Outras prerrogativas assecuratórias do bom desempenho da função jurisdicional são as já mencionadas garantias institucionais e funcionais do Poder Judiciário e dos magistrados. Elas dotam o citado poder de autonomia administrativa, financeira e proporciona aos juízes uma maior possibilidade de serem imparciais em suas manifestações, sem quaisquer tipos de vinculações a pessoas ou órgãos, o que afetaria diretamente as sentenças.

As garantias institucionais surgem para proteger a instituição nominada de Poder Judiciário, e em contrapartida as garantias funcionais para salvaguardar a independência dos integrantes daquele ente. Silva (2005) as nomina de: garantias de autonomia orgânico-administrativas e de autonomia financeira; outrossim, de garantias funcionais: vitaliciedade, irredutibilidade de subsídios e a inamovibilidade.

A orgânico-administrativa é a base fundamentadora para algumas das funções atípicas atribuídas ao Poder Judiciário. Ela apregoa que os membros do Poder Judiciário possuem legitimidade para gerir seus órgãos. Dentre as atividades de gestão conferidas por essa prerrogativa está configurada a competência atribuída aos tribunais para a elaboração do seu regimento interno e a concessão de férias para os servidores subordinados àquele.

Outra garantia institucional atribuída à Função Judiciária é a autonomia financeira. Ela é efetivada pela elaboração de propostas orçamentárias realizadas pelos presidentes dos tribunais superiores e de justiça dos Estados, de acordo com o que preceitua o art. 99, §§ 1º e 2º. Caso as referidas pessoas não elaborem a respectiva proposta orçamentária, serão tomados como base os valores da lei orçamentária vigente.

Em se tratando de garantias institucionais tem-se a vitaliciedade, a qual corresponde ao direito conferido ao magistrado de não perder o seu cargo, salvo por decisão judicial transitada e julgado, após o decurso do lapso temporal de 2 anos, período equivalente ao do estágio probatório. Previsto no art. 95, I da CF/88.

A irredutibilidade de subsídios diz respeito à impossibilidade determinada pela Lei Maior de serem reduzidos os valores recebidos pelos integrantes do Poder Judiciário. Nada obsta, por óbvio que esse valor seja acrescido, porém respeitando-se o teto salarial constitucional, qual seja o estabelecido pelo art. 37, XI da CF/88.

A inamovibilidade é a prerrogativa conferida ao juiz de não ser removido sem a sua aquiescência, salvo por interesse público comprovado. Para isso, tem de haver a prévia aprovação do órgão competente (deve ser feita por maioria absoluta do tribunal ao qual está o magistrado subordinado ou do Conselho Nacional de Justiça) assegurando àquele o contraditório e a ampla defesa, é o que dispõe a Carta Magna vigente, no art. 95, II.

Vale salientar que o CNJ, órgão reconhecidamente pertencente ao Poder Judiciário - a evidência do disposto art. 92 da CF/88 - não possui função judicante, ou seja, não tem capacidade de resolver os litígios ou conflitos de interesses nasci-

dos na sociedade. Igualmente, não pode atacar as decisões proferidas pelos órgãos responsáveis para tanto (juízes e tribunais). Sua função é eminentemente fiscalizatória. É o que dispõe Lenza (2009, p. 575) a respeito:

Não. Conforme visto, a competência do CNJ se restringe ao âmbito administrativo, não podendo adentrar na análise dos atos jurisdicionais, nem rever o conteúdo da decisão judicial. Para tanto a parte deve se valer dos meios processuais estabelecidos pelo sistema recursal.

O Supremo Tribunal Federal também se posicionou acerca dessa questão, ratificando a idéia de o CNJ não possuir a citada função judicante. Pode-se observar esse posicionamento pelo julgamento da ADI n. 3.367, *infra*:

Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do STF. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos arts. 102, *caput*, inc. I, letra r, e 103-B, § 4º, da CF/88. O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o STF e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito.

In fine, uma outra atribuição do Poder Judicante, conferida ao Supremo Tribunal Federal, pela EC 45/2004, e que merece destaque é a função de promover a edição de súmulas vinculantes. Pode-se entendê-las como um resumo da essência de algumas decisões de mesma orientação. Nas palavras de Gomes (1997) são "a síntese ou enunciado de um entendimento jurisprudencial extraída (ou extraído) de reiteradas decisões no mesmo sentido."

Elas foram criadas sob a justificativa de as mesmas proporcionarem uma maior celeridade para o deslinde dos processos levados à apreciação do Poder Judiciário. Porém, não é unânime por parte da doutrina a sua aceitação.

Há doutrinadores que dizem ser as súmulas uma forma de cercear a liberdade dos magistrados de instâncias inferiores, os quais acabam por ficar hierarquicamente subordinados às decisões do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto outros há os quais procuram relativizar o direito de criação dos magistrados em detrimento da prestação jurisdicional ser mais célere. Este é o entendimento de Oberg Fere (2005):

Os debates doutrinários, que aparentemente não chegarão a um consenso tão logo, levam em consideração um principal argumento a fim de afastar a constitucionalidade das súmulas vinculantes: vincular o posicionamento do STF a todos os demais magistrados de instâncias inferiores implica o cerceamento da liberdade de criação desses julgadores e a limitação da sua independência. Vejo, contudo, que, diante da presente realidade, na qual o número de processos judiciais e de recursos extrapola em muito as possibilidades dos recursos materiais e humanos que possuem nossos órgãos judiciários, fazer valer o entendimento já pacificado do STF a todos os demais magistrados se mostra absolutamente necessário.

A Lei nº. 11.417 de 19 de Dezembro de 2006 foi criada para regulamentar o art. 103-B da Constituição. Dentre as suas disposições pode-se citar: entes legitimados para solicitar a edição, revisão e cancelamento das súmulas; órgão dotado de competência para editá-las, objeto e efeitos daquelas.

A legitimidade para requisitar a edição, a revisão e o cancelamento sumular foi conferida (dentre outros entes): ao Presidente da República, às Mesas do Senado, ao Procurador-Geral da República, ao Defensor Público-Geral da União e às Mesas da Câmara dos Deputados. A edição, revisão ou mesmo o cancelamento ficou a cargo do STF (exclusivamente), que o fará respeitando o quorum de 2/3, ou seja, 8 ministros no mínimo devem aquiescer com a feitura, revisão ou cancelamento da súmula.

Segundo o insigne Gomes (1997), o objeto das súmulas vinculantes é a validade, a interpretação, e eficácia das normas constitucionais e infraconstitucionais; normas essas as quais causem grande controvérsia em sua aplicação, gerando insegurança jurídica por existência de entendimentos diversos a respeito do seu tema e pelo alastramento de processos sobre idêntica questão.

O instituto jurídico em foco possui algumas características importantes e de necessária apreciação, quais sejam: a imperatividade, estas se impõem a todas as pessoas e entes do Estado; e a coercibilidade, pois caso não sejam obedecidas as disposições sumulares cabe ao prejudicado emitir reclamação ao STF para que este tome as providências indispensáveis para garantir o seu cumprimento.

Quanto aos seus efeitos, pode-se dizer que as súmulas têm efeitos imediatos, ou seja, desde a sua publicação passam a ter vigência. Essa situação apenas não ocorre quando os membros da Suprema Corte decidem (por voto de 2/3 dos seus membros) estabelecer outro dia para o início do vigor daquelas.

Enfim, restaram evidenciadas as principais funções e atribuições do Poder Judiciário como ente dotado de função judicante, ou seja, órgão responsável pela

promoção da pacificação dos conflitos insurgidos do convívio social. Explicitou-se, outrossim, as garantias e prerrogativas que dotam o referido poder da força e imparcialidade necessária para o cumprimento do seu intento.

4 A REPRESENTATIVIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

4.1 O Provimento de Cargos de Juízes do Poder Judiciário

A forma de escolha de um magistrado em determinada sociedade dependerá diretamente da forma como esta o enxerga. Para um Estado Democrático, importante se mostra a necessidade de compor um Judiciário livre e independente, a fim de haver efetiva proteção das instituições que o sustenta.

Por todo o mundo existem três formas básicas de escolha de juízes: eleição direta pelo povo, nomeação e concurso público. A primeira delas era facilmente encontrada nos países de cunho socialista, porém, atualmente só funciona nos Estados Unidos, Albânia e Suíça. A nomeação consiste em um apontamento, feito, em regra, pelo Poder Executivo que escolhe um nome dentre os existentes em uma lista que é preparada pelo próprio Judiciário ou por outros órgãos. Este método existe em diversos países e assenta-se na tradição e nos costumes, consistindo, pois, em método sem caráter científico.

A respeito da nomeação enquanto modalidade de escolha tece-se crítica referente à elaboração da lista que conterá os nomes analisados. Sustenta-se que, em sendo a lista elaborada pelo próprio Judiciário, haveria uma concentração nociva à legitimação da escolha dos membros, pois estariam sendo propostos pelo próprio poder, o que daria margem ao protecionismo.

A fim de equacionar essa problemática, foi retirada do Judiciário a prerrogativa da indicação que foi transferida para outro Poder. A respeito do tema, Da Silva (1998, p. 21 e p.22):

A solução é apenas formalista e está longe de se submeter a um sistema lógico de justificação. Se a nomeação do magistrado pelos tribunais a que pertence pode degenerar-se em protecionismo e arbítrio, a possibilidade e o perigo continua com o órgão escolhido para fazer a indicação. Quem garante que em outra fonte de poder não vai haver influências? A simples transferência da fonte decisória não justifica o processo [...]

Na verdade, o que falta ao sistema de nomeação é um exame de mérito e capacidade técnica. Essa aferição enquanto proposta ficaria a cargo de comissões especializadas que analisariam a formação de cada candidato. Como não existem tais comissões, subsiste um critério no qual prevalece o interesse político, restando ao processo de seleção a característica de demonstrar quem possui mais prestígio e influência. Portanto, o processo é maculado pela falta de critérios claros que indiquem fatores determinantes e identificáveis justificadores da escolha, conceitos abertos como o de “notável saber jurídico” dão margem a este jogo de poder.

Para Da Silva (1998) a mudança referida alhures em nada ajudaria o sistema de nomeação, pelo contrário, agrava-o. “A lista prévia pode transformar-se num instrumento de controle, pelo Poder que a apresenta”. Na prática funcionaria com a escolha de pessoas que não ofereçam risco ao sistema imposto, além de resultar, *a posteriori*, em uma troca de favores entre os membros dos Poderes envolvidos. Na nomeação praticada no Brasil, a lista é fornecida pelo órgão ao qual está ligado o candidato, Judiciário, Ministério público ou OAB e a escolha é feita pelo Executivo.

O Brasil adota o sistema de concursos como regra para o provimento desses cargos. Com tradição que remete a Napoleão, o concurso consolidou-se como a forma mais adequada de selecionar os ocupantes de funções públicas por ter o condão de eliminar, de pronto, os incapazes. O fato é que sua adoção não ensejou qualquer tipo de reflexão ou mesmo objeção, tendo sido aceitado passivamente ao longo da história.

A doutrina norte-americana prevê no que concerne à escolha de titulares de cargos públicos, duas modalidades: o *Spoil System* e o *Merit System*. No primeiro prevalece como critério de escolha o protecionismo, enquanto que no segundo o mérito seria o norte para seleção do servidor, constituindo um freio ao sistema de **afilhadismo**.

Note-se que no Brasil os dois sistemas são adotados, prevalecendo como regra o *Merit System*, que se configura com a exigência do concurso público. Porém, mesmo como exceção, subsiste o *Spoil System* identificado nos cargos e funções declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

Apesar de tímidas, são encontradas críticas consistentes ao modo de seleção para ocupação de cargos e funções públicas. A doutrina em geral ainda se queda silente, sendo verificadas publicações isoladas a respeito do tema ao qual é dada pouca ou nenhuma atenção.

O cerne da questão pode-se dizer, gira em torno do modo como é visto o serviço público. O tecnicismo com o qual se enxerga tais atribuições impede de que sejam levados em consideração outros fatores de cunho igualmente fundamental. Primeiramente, a própria prova técnica, não raras vezes, só versa sobre a teoria desvinculada inteiramente da prática com a qual irá se deparar o candidato.

No mais, são desprezadas características fundamentais para o bom exercício das funções públicas: vocação, capacidade para a função concorrida, em síntese, aptidão. Infere-se daí uma confusão explícita: a Constituição Federal determina o princípio da isonomia, pelo qual todos podem concorrer a cargos públicos, observados os requisitos definidos em lei, porém, isso não implica dizer que todos podem assumir tais atribuições, pois quando se analisa apenas o conhecimento, não se afeere uma real situação do candidato. Há uma espécie de "robotização" pela qual o candidato detentor de determinado nível de conhecimento já está apto a prestar o serviço ao público.

Essa medida se mostra incompleta, tanto que no setor privado costuma-se aplicar provas de seleção mesmo para funções simples, não tão complexas. No entanto apenas os exames não bastam, exigindo-se que os candidatos com maior pontuação se submetam a uma entrevista, pela qual será analisado o fator subjetivo, a disposição real, bem como o nível aspiracional do candidato. Com relação ao concurso público, há quem aponte diretrizes para sua realização, tal como a realização de dois concursos, proposta nas palavras de Caetano (1970 apud Da Silva 1998, p. 24):

O concurso de habilitação que seleciona o candidato para a carreira ou para certa categoria de serviço público e o concurso de provimento, para a efetiva ocupação da vaga, atendendo-se às peculiaridades do caso concreto.

A proposta há que ser analisada. O diferencial residiria justamente no segundo concurso, ou segunda fase, pela qual o candidato habilitado na primeira deveria estudar em escola pública de administração, onde seria medida a aptidão do pretendente ao mesmo tempo em que seria instruído sobre as peculiaridades do cargo a ser exercido, só então, passaria para o cotidiano das repartições.

No entanto, dois pontos dessa proposta devem ser analisados. Inicialmente no tocante ao gasto com os candidatos, pois, *a priori*, sua aplicação encareceria a

seleção, ensejando um maior dispêndio por parte do órgão aplicador e o tempo para ser completada uma triagem deste tipo, pois só o processo atual já consome vários meses entre a publicação do edital e o resultado final.

A Constituição Federal em seu artigo 93, I, traz consignado que o magistrado ingressará na carreira ocupando o cargo de juiz substituto e esse ingresso deve se dar por meio de concurso de provas e títulos. Este modo de seleção consiste em prestação de provas divididas em fases com o escopo de aferir a capacidade técnica do candidato, e exame dos títulos, que serão expressão da formação acadêmica, pós-graduação, bem como da produção do candidato visualizada em publicações científicas.

O mesmo inciso do referido artigo ainda faz menção a outras exigências indispensáveis ao ingresso na carreira, quais sejam: curso de bacharelado em ciências jurídicas e atividade jurídica por um período mínimo de três anos. Infere-se daí duas preocupações, uma de caráter técnico, expressada pela exigência de formação acadêmica e uma outra com vistas a auferir do candidato um mínimo de experiência prévia enquanto profissional atuante e manipulador das ciências jurídicas.

Não é difícil entender a razão pela qual não se discute o método empregado para que um indivíduo ingresse na magistratura. O fato é que o exercício da função de um magistrado sempre foi enxergado do ponto de vista eminentemente técnico e o concurso público, dentre as alternativas vigentes, é a que melhor se apresenta para cumprir tal mister.

Ressalte-se que o concurso é método apenas de ingresso na magistratura nos juízos singulares e indiretamente, no tocante à parte dos membros para os Tribunais dos Estados, ou seja, para a primeira instância de forma direta e segunda instância excetuado os que gozam do quinto constitucional. Então, o candidato selecionado para compor o Poder Judiciário, ingressa por meio de concurso público de provas e títulos no cargo de juiz substituto e a partir daí, o juiz deverá estar atento a dois critérios que o levará a galgar a titularidade e a promoção para instâncias superiores, quais sejam: antiguidade e merecimento.

A própria CF/88 dispõe as regras gerais para aplicação destes requisitos. A primeira delas é que esses critérios serão aplicados alternadamente. Inicialmente, para ser promovido por merecimento, o juiz deve ter cumprido dois anos de exercício na respectiva entrância, além da obrigação de figurar na primeira quinta parte da

lista de antiguidade. Caso haja alguém que possua tais requisitos e não aceite a vaga, essas exigências serão minimizadas.

Porém, visando resguardar o novel juiz do desprestígio corporativo que possa o atingir, as alíneas do inciso II, artigo 93 da CF/88 assinalam exigências quanto a aferição dos critérios. Como consequência, torna-se obrigatória a promoção do juiz que por cinco vezes alternadas ou três vezes consecutivas figure na lista de merecimento.

O merecimento, apesar de figurar como um conceito aberto procurou ser genericamente delimitado pela CF/88 à medida que esta informa que ele é mensurado por outros critérios, tais como produtividade e presteza no exercício da jurisdição. Além disso, exige-se do juiz a freqüência e aproveitamento em cursos oficiais ou que visem o aperfeiçoamento. Infere-se que se busca no magistrado um espírito voltado à dedicação ao trabalho, bem como um compromisso com a técnica pelo qual deve sujeitar-se aos cursos de aperfeiçoamento e atualização.

O compromisso do juiz é fator preponderante, tal ponto que a retenção de autos em seu poder além do prazo legal, impede a promoção por configurar, no mínimo, desídia para com o exercício jurisdicional. Cumpre por em relevo que esse critério foi estabelecido pela EC n. 45/04 a fim dar sustentáculo a outro dispositivo constitucional consignado pela mesma emenda, qual seja, o direito a razoável duração do processo, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII. Porém há uma relativização desse critério em face do acúmulo e sobrecarga que atingem muitos magistrados no país.

Quanto a promoção, faz bem dispor o que assinala Silva (2005, p. 585):

Em alguns Estados, é previsto um concurso para a promoção de juizes, a que se inscrevem os interessados, sem o que não serão promovidos por não ser de seu interesse; em outros Estados, contudo, promove-se quem preencha os requisitos, e aquele que não desejar a promoção manifesta sua recusa.

Vale lembrar que a EC n.45/04 extinguiu os Tribunais de Alçada pelo que seus membros passaram a integrar os Tribunais de Justiça dos respectivos Estados.

O destaque para a composição dos Tribunais de segunda instância se explica pelo fato de nem todas as vagas serem destinadas a juizes. O quinto constitucional há de ser composto por membros do Ministério Público com mais de dez anos de carreira e advogados de reputação ilibada que exerçam atividade profissional há

mais de dez anos. No caso do MP, a lista sêxtupla será fornecida pela Associação do Ministério Público e o Conselho Seccional da OAB se encarregará de fornecer a lista com os nomes dos advogados candidatos. A lista sêxtupla é transformada em lista tríplice pelo Tribunal que a envia ao Poder Executivo para que este, dentro em vinte dias, escolha um integrante para nomeação.

Os Tribunais superiores possuem maneira peculiar de escolherem seus membros. Para o Supremo Tribunal Federal, caberá ao Presidente da República a escolha de um nome que deverá ser aprovado por maioria absoluta pelo Senado Federal quando só após, poderá ocorrer a nomeação. Portanto, para a composição da mais alta corte judiciária do país não há qualquer participação do Judiciário, ficando tudo a cargo do Executivo e do Legislativo.

Cumprе ressaltar que o artigo 101 da CF/88 traz em seu bojo as exigências necessárias para ser um dos onze Ministros do STF, quais sejam: ser um cidadão com mais de trinta e cinco anos de idade e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

O critério de notável saber jurídico induz a um detalhe: para se tornar Ministro da Suprema Corte brasileira não é exigido o bacharelado em direito, bastando que seja estudioso a ponto ser cediço a sua sapiência quanto às ciências jurídicas. Esse conceito aberto levou ao cargo de Ministro do STF, por quase um ano, o médico Candido Barata Ribeiro, nos primórdios da república brasileira. Os requisitos de notável saber jurídico e idoneidade moral são exigidos para todos os Tribunais superiores.

O Superior Tribunal de Justiça possui regras bem diferenciadas quando comparadas ao STF. O art. 104 da CF/88 estabelece que o STJ será composto por um terço dentre juizes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal e mais um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente indicados.

Para compor qualquer dos Tribunais Regionais Federais diz a CF/88 em seu art.107 e incisos que é necessário possuir mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos de idade, sendo o mesmo composto por um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público Federal. Os demais serão escolhidos dentre juizes federais pelos critérios de anti-

guidade e merecimento aplicados alternadamente, restando ao Presidente da República a competência para a escolha.

O Tribunal Superior do Trabalho e os Tribunais Regionais do Trabalho sofreram modificação em suas composições quando a EC n. 24/99 excluiu os juízes classistas que consistiam em juízes leigos representantes das classes de trabalhadores e empregadores. Portanto o TST passa a ser composto por dezessete ministros, dos quais três deverão provir do Ministério Público do Trabalho, e três dentre advogados munidos das características cobradas pela constituição.

Dentre os tribunais superiores, o TSE é aquele que demonstra utilizar, a priori, os métodos mais democráticos para escolha de seus componentes. Consiste em um procedimento complexo pelo qual são eleitos, pelo voto secreto, cinco juízes: três provenientes do STF e dois do STJ. Outros dois a comporem o Tribunal serão escolhidos dentre advogados de sapiência e integridade latentes. Nos TREs também existe eleição com voto secreto, sendo escolhidos dois desembargadores e dois juízes. O quinto não cabe aqui aos membros do MP e sim aos juízes federais, além de dois advogados aprovados com as exigências constitucionais.

Observa-se com o todo exposto que há duas formas explícitas de acesso à magistratura. Pode-se dizer que para o ingresso no primeiro grau, que são os juízos singulares, há que haver, necessariamente, aprovação do pleiteante em concurso público de provas e títulos. A partir da segunda instância começa a vigorar o quinto constitucional que, embora admita somente profissionais com formação jurídica- membros do Ministério Público e advogados abalizados- não há exigência de submissão ao concurso público, prevalecendo nestes casos a nomeação como forma de seleção, que, como visto, é competência do Executivo.

O sistema do quinto constitucional só não será aplicado ao STF, posto que para a Cúpula Máxima do Judiciário brasileiro o Presidente da República detém a competência integral para nomeação, devendo apenas submeter suas escolhas à aprovação do Senado, pelo que não há qualquer participação do Judiciário.

Destarte, convém examinar qual o nível de legitimidade com a qual se reveste os membros deste poder, já que, ao contrário dos componentes do Executivo e Legislativo que completam o poder soberano do Estado, não se submetem ao voto popular.

4.2 Natureza da Representação Democrática

A história das instituições públicas brasileiras não demonstra uniformidade, tampouco uma regularização no tocante à evolução. Recheada de altos e baixos demonstrou sua flacidez à medida que os sistemas viviam sob ameaças que acabavam redundando em revoluções retrógradas. Hodiernamente, esse temor parece estar arrefecido, porém, o menor sintoma de uma reação enseja ações contundentes a fim de restarem salvaguardadas as prerrogativas democráticas constitucionais.

O Poder Judiciário se apresenta como uma das instituições mais afetadas negativamente com a gangorra das conflagrações. Conforme mostrado alhures, funcionou por séculos sob o julgo do Executivo o qual seus membros teimavam em agigantar os poderes que possuíam. Buscava-se a instauração de um Estado pelo qual a legalidade fosse um norte, porém, não mais como pretexto para justificar as atrocidades, agora para limitar o próprio Estado com o escopo de garantir a subsistência legítima de suas instituições.

Na verdade, buscava-se instaurar um legítimo Estado Democrático de Direito que atualmente é consagrado no art. 1º da CF/88. Essa modalidade de Estado tem o condão de estabelecer o povo como eixo central. A soberania popular é a base desta forma de Estado e não é por outro motivo que a Constituição Federal estabelece de forma concomitante no artigo citado tanto a instauração de um Estado Democrático de Direito quanto a previsão do povo enquanto depositário do poder.

Portanto, por essa previsão, vive-se sob a égide de um Estado que estabelece o povo como sendo a fonte que legitima os poderes estatais e que deve estrito respeito à legalidade à medida que se subordina à Constituição. Esta lei a ser respeitada não há de ser de qualquer teor, pois, para convalidar o Estado Democrático de Direito, justiça social e igualdade devem figurar dentre os conteúdos legais. Coaduna-se com tal entendimento Silva (2005, p.119):

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo [...]

Justamente por esse motivo, ao povo é dada a prerrogativa da escolha dos membros dos poderes políticos do país não como única forma, porém como a mais expressiva demonstração de respeito à democracia. Dessa forma elegemos os membros dos Poderes Executivo e Legislativo da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios. Bobbio (1997, p.11) segue mesmo diapasão quando aduz:

[...] a existência de grupos de poder que se sucedem mediante eleições livres permanece, ao menos até agora, como a única forma na qual a democracia encontrou sua concreta atuação.

Entretanto, o Judiciário resta excluído da eleição enquanto modo de seleção, logo, mesmo sendo um poder político, tal qual os outros, seu provimento é inteiramente diferenciado dos demais.

O regime democrático se mostra irrefutável e necessário para a diminuição dos conflitos internos nos países, a tal ponto do psicólogo Steven Pinker, da Universidade de Harvard, apontá-lo como fator contributivo para a diminuição do número anual de mortos em conflitos armados por todo o mundo em comparando o século passado com o atual.

A democracia moderna enquanto regime político exige a efetiva participação popular na composição das suas instituições políticas que devem concorrer pra o bem-comum do próprio povo. Esse posicionamento corrobora a visão de democracia expressada por Lincoln quando aduz que esta se traduz em governo do povo, pelo povo e para o povo. O mesmo sentido atribui Silva (2005) quando afirma que “a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo.”

O Judiciário já foi chamado de “o menos democrático dos poderes”, justamente por, diferentemente dos outros, não ser legitimado pelo voto popular. A passividade com a qual se aceita tal condição chega a causar estranheza, pois tímidas são as críticas a esse respeito. A ampliação ao povo da prerrogativa de escolher seus juízes consiste num alargamento da expressão da soberania popular, que, segundo Muller (2003) “é o ponto de confluência [Fluchpunkt] que uma constituição democrática deve manter para assegurar seu próprio desenvolvimento”.

Cumprido de antemão dispor sobre a expressão legitimidade que por vezes é aplicada sinonimamente a legalidade. As duas expressões possuem mesma fonte

etimológica, porém, a legitimidade refere-se a algo anterior e mais amplo do que a legalidade como que um alicerce para que esta se assente. Neste sentido a forma atual de ingresso no Judiciário seria legal, por estar prevista na CF/88. A dúvida recai, precisamente, sobre sua legitimidade.

Cediço é a necessidade dessa legitimação quanto às instituições de um Estado Democrático de Direito, eminentemente no que concerne aos poderes estatais. Indaga-se desta forma sobre a fonte de legitimação de um poder político que não se submete ao crivo do voto popular. A esse respeito, Denz:

A legitimidade de um poder de Estado não se vincula apenas à idéia do sufrágio universal, mas também decorre de outros elementos, como a sua função democrática na defesa das minorias e a submissão do juiz aos valores e princípios previstos no texto da Constituição.

Na verdade, esta é uma ótica já esposada por esmagadora parte da doutrina, conforme demonstra Zaffaroni (1995, p. 43):

Nem tudo que provém do voto popular é necessariamente democrático; em contrapartida, uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessário para a sua continuidade, como ocorre com o Judiciário,

Essa não é a única fundamentação dos que enxergam na forma vigente subsídios bastantes para legitimar a forma de ingresso dos magistrados. No mesmo sentido, porém com fundamentação diversa, Gomes, (1997, p.120):

O Poder Constituinte (soberano) concebeu duas formas de legitimação: a representativa (típica dos altos cargos políticos) e a legal (inerente à função jurisdicional). A legitimação democrática legal, racional ou formal dos juizes, portanto, em nada se confunde com a legitimação democrática representativa. Aquela reside na vinculação do juiz à lei e à Constituição, que são elaboradas pelo Poder Político. Esta reside na eleição direta pelo povo dos seus representantes que ocuparão os principais postos políticos. Os juizes, portanto, de acordo com o sistema adotado pelos Constituintes, não só não serão eleitos diretamente pelo povo, senão que estão proibidos de exercer qualquer atividade político partidária, o que significa que não podem sequer desejar eleição direta.

Primeiramente, não parece bastante a explicação de que a simples submissão à Constituição somada à defesa da classe minoritária seja suficiente para legitimar essa esfera de poder. No mais, o Estado como um todo deve respeito à ordem

constitucional bem como não deve desprezar as minorias e isso não é suficiente arrimo para sustentar a legitimação do Executivo e do Legislativo, mostra-se com isso, mesmo peso, no entanto, medidas diferentes.

Ainda, o ato de determinação do poder constituinte originário, visto de *per se*, não legitima de pronto a forma vigente, ele apenas, como dito outrora, o legaliza. A legitimidade muitas vezes se alcança em momento ulterior à atuação do poder soberano e é esse o motivo de ser das emendas constitucionais. Em diapasão com esse entendimento, Da Silva (1998, p. 151):

Não basta justificar simplesmente o acesso à magistratura por concurso público porque o processo é previsto pela Constituição. Será que estaríamos numa democracia se a Constituição previsse o concurso público ou a eleição indireta, por qualquer forma que fosse, para deputados, senadores e presidentes da república?

Por esse motivo as palavras de Burdeau (1975 apud Telles 1997, p. 54): “Não há poder legítimo que não seja instituído pela coletividade que ele reje”. E ratificando a necessidade de presença do povo, Muller (2003, p.35):

Ele é a pedra fundamental imóvel da teoria da soberania popular e fornece como lugar-comum de retórica a justificativa para qualquer ação do Estado [...]. O povo e o seu poder [Gewalt], sem os quais a sociedade nem seria capaz de receber uma constituição não pode permanecer uma metáfora citada em discursos domingueiros [Sonntagsreden] inofensivos. Muito pelo contrário, o poder constituinte do povo deve tornar-se práxis efetiva.

Este é o ponto de divergência. Não se consegue enxergar o Judiciário tal qual ele é: uma parcela da soberania do Estado, portanto, poder político igual aos demais. A ótica eminentemente técnica com que se vislumbra essa Função leva a este dissenso: por ventura não careceriam de técnica a feitura das leis nem tampouco a administração da coisa pública? Por certo que sim, nem por isso se furtam tais poderes da seleção por meio do voto, característica máxima da democracia.

Na verdade há uma defesa voraz ao concurso como método de escolha de juízes, facilmente identificada nas palavras de Zaffaroni (1995, p. 144):

O concurso é o único método que confere dignidade ao juiz pois lhe permite considerar a função como um direito adquirido legitimamente e não como uma mercê do poder

Resta a indagação sobre até que ponto esse efeito descrito nas palavras do constitucionalista é positivo para a democracia. Deve-se levar em conta que nem sempre os efeitos alcançados são aqueles esperados. Como o título de magistrado depende exclusivamente de um esforço pessoal do candidato que deve se empenhar nos estudos sistematizados da ciência jurídica, esse fator pode causar uma distorção da função a ser exercida, destoando seu sentido e levando a demonstrações diuturnas e incontestes de magistrados autoritários e auto-suficientes.

O cidadão comum não olha para um juiz apenas com o respeito e admiração que lhes são devidos, sobrepõe-se a isso, muitas vezes, o temor, e, infelizmente, o medo. Todos sabem o quão é difícil ver um juiz punido por abusos, não que este não os cometa, apenas por conta de fatores como o império do corporativismo, o alto prestígio e a desvirtuação de prerrogativas, dentre as quais, vitaliciedade e inamovibilidade que deveriam ser garantias funcionais e descambam em segurança de impunidade.

Outro entendimento no sentido de legitimar o método vigente de escolha de magistrados é o que identifica a nomeação para os Tribunais de segunda e terceira instância como a parcela de democracia que legitima o Poder Judiciário. Essa lógica se assenta sobre o fato de a escolha dos nomes que comporão os citados Tribunais ser prerrogativa dos demais poderes que detêm o mandato popular.

Ainda no tocante ao procedimento vigente, há quem questione sobre a composição dos tribunais, que permite o ingresso de membros do MP e de advogados por meio da nomeação. Patrocina esse entendimento, Da Silva (1998, p. 112):

Sempre achamos que não é de boa técnica compor tribunais com membros do Ministério Público ou da OAB. Não se trata, evidentemente, de negar à advocacia e ao MP condições intelectuais e morais de serem juizes [...]. A questão é outra. Se existe a carreira da magistratura, deve ela ser preenchida por juizes como é apodictio. Convocar pessoas estranhas para compô-la, exatamente nos tribunais superiores, preterindo os que aguardam nas instâncias inferiores, é dificultar-lhes o acesso à culminância da carreira e desestimular-lhes o ideal de ascensão [...].

Em verdade, faz bem considerarmos alguns conceitos necessários à real compreensão da discussão. Fala-se ininterruptamente em democracia que é adotada no nosso país na forma representativa. A bem da verdade, como há previsão de institutos de participação direta do povo mesclados com a forma indireta, a demo-

cracia brasileira pode ser qualificada como semi-direta. Consolidando tal assertiva, Teixeira Rocha (2005)

Na democracia semi-direta, foram integrados institutos de participação direta do povo nas funções de governo, a exemplo da Carta Constitucional Brasileira, que consagra em seu art. 1º, parágrafo único, combinado com art. 14, incisos I, II e III, esta forma de regime.

Enquanto parcela de democracia representativa, exige-se que, por meio dos seus representantes, o povo determine as diretrizes do país. Na forma direta o povo, de próprio punho, determina sobre as questões levantadas, não havendo intermediários.

A democracia representativa possui como sustentáculo o mandato político-representativo gerado pela eleição. A respeito da importância do instituto, assim se posiciona Silva (2005, p. 138):

Nele se consubstanciam os princípios da representação e da autoridade legítima. O primeiro significa que o poder, que reside no povo, é exercido, em seu nome, por representantes periodicamente eleitos, pois uma das características do mandato é ser temporário. O segundo consiste em que o mandato realiza a técnica constitucional por meio da qual o Estado, que carece de vontade real e própria, adquire condições de manifestar-se e decidir, porque é pelo mandato que se constituem os órgãos governamentais, dotando-os de titulares e, pois, de vontade humana, expressada e realizada, ou, por outras palavras, o poder se impõe.

Vem acrescer a esse pensamento Montesquieu (2005, p. 32) ao aduzir:

O povo, na democracia, é, sob certos aspectos, o monarca; sob outros é súdito. Só pode ser monarca com seus sufrágios, que são suas vontades. A vontade do soberano é o próprio soberano. [...] O povo que possui o poder soberano deve fazer por si mesmo tudo o que pode fazer bem; e o que não puder fazer bem, deve fazê-lo por meio dos seus ministros. Seus ministros não são seus se ele não os nomeia; logo, é uma máxima fundamental deste governo que o povo nomeie seus ministros, isto é, seus magistrados.

Em face de tais definições buscam-se fundamentações que, de fato, justifiquem a não submissão dos membros do Judiciário ao sistema de seleção eleitoral. Não cabem subterfúgios para uma discussão que resiste em ser estabelecida. Se sobre o sistema democrático vigente utiliza-se do voto popular para legitimar os membros dos poderes, então nada mais comum do que questionar sobre sua aplicação ao Poder Judiciário.

O silêncio no que concerne a essa discussão em nada contribui para o seu deslinde, apenas procrastina sua equação. O isolamento do Judiciário em face da sociedade há de findar, seja ou não pela via do sufrágio popular. Caso contrário, o enfraquecimento da instituição e o conseqüente abalo à evolução democrática do país serão irrefutáveis.

4.3 A Viabilidade das Eleições de Juízes no Brasil

Nos meandros da discussão empregada reside ponto consensual: o modo atualmente empregado para escolha dos magistrados se mostra, segundo o próprio CNJ, inapropriado: "Consideramos que o sistema atual de recrutamento de juízes para ingresso em toda a magistratura é inadequado", afirmou o conselheiro do CNJ João Oreste Dalazen, que também é vice-presidente do TST.

Portanto, com o objetivo de dificultar o acesso à carreira o Conselho busca unificar o sistema que hodiernamente ainda mostra variáveis de acordo com cada Estado. Propõem-se sejam seis fases, todas elas eliminatórias. A primeira será uma prova de múltipla escolha; a segunda, discursiva e a elaboração de sentença judicial; a terceira será um exame minucioso da capacidade física e mental, com sindicância sobre a vida pregressa e social do candidato; a quarta, uma prova oral, e a quinta, de títulos. A sexta fase será a aprovação num curso que terá quatro meses de duração no qual o candidato deverá obter um seis como média mínima.

Isso tudo implica numa confissão expressa de que algo deve ser mudado. Os concursos para juízes têm perdido a lisura e as fraudes que ocorrem são fruto de um sistema depreciado.

Inferre-se que as alterações pretendidas pelo CNJ visam filtrar os candidatos que não demonstrem suficiente capacidade técnica. No entanto, foram realizadas apenas modificações lineares, ampliando as fases de um mesmo sistema, qual seja o concurso público. Deste modo, indaga-se sobre se não é chegado o momento de discutir uma verdadeira transformação na maneira de admissão dos magistrados brasileiros.

Como repisado, a prática do concurso é fundamentada por duas vias gerais. A primeira versa sobre a característica técnica da função do magistrado que indica a

seleção unicamente de mérito como o melhor dos caminhos. A segunda explica ser o concurso a maneira indicada para afastar o juiz de vínculos políticos que poderiam atingir frontalmente a imparcialidade, característica indissociável do exercício da jurisdição.

Há que ser frisado que a proposta fundamental da discussão não é impor a eleição como panacéia para todos os males do judiciário, no entanto, como modo consagrado pelo sistema democrático, deve ser o primeiro a ser tentado.

Em contramão ao pensamento de muitos, a eleição de juízes encontra farta tradição histórica. Na Grécia e em Roma os magistrados eram eleitos ou sorteados, sendo, no período clássico, praticada por um conselho de cidadãos. Séculos depois, a Constituição Francesa, corolário da revolução, apesar de fazê-lo por motivos mesquinhos, previu a eleição para a magistratura que era exercida em mandatos temporários. Na Alemanha já houve proposta no sentido de instalar eleições para o Judiciário que acabou se contentando com a colocação de juízes leigos ao lado de togados. O próprio Brasil no período colonial adotou momentaneamente esse método.

A participação de juízes leigos também foi praticada adotada no Brasil, perdendo um pouco a força com a extinção dos juízes classistas em 1999 com a EC n. 24. Assim se posiciona Da Silva (1998, p.48) sobre o estabelecimento de juízes leigos funcionando ao lado de togados:

Vê-se que a participação do juiz leigo teve por fim mitigar os efeitos da escolha dos juízes de carreira ou togados por outros métodos que não a eleição popular. Já que o povo não elegeria os juízes, participaria então da própria administração da Justiça para aumentar a confiança na jurisdição, trazer a sua voz aos tribunais e obrigá-los a se desembaraçarem de um tecnicismo exagerado para levar ao povo a fundamentação das decisões de modo compreensível.

Os Estados Unidos, maior expoente dentre os que utilizam a eleição para magistrados, fundamentam esse método em três argumentos capitais, sendo dois deles os mais importantes para a análise. O primeiro refere-se à responsabilidade do magistrado ao aduzir que a eleição impediria a relação e o rompante que tem se tornado, infelizmente, marcas de muitos juízes brasileiros. Portanto, segundo essa idéia, o domínio do povo na escolha de magistrados determinaria a aproximação entre esses e aqueles à medida que tornaria visíveis os laços que os une.

Resta ainda a respeito deste primeiro fundamento, anotar o que assevera Da Silva (1998, p.146 e p. 147):

[...] o representante político não é um mandatário pessoal. A delegação política não coincide com os interesses pessoais do representado. [...] O representante está ligado, sim, aos eleitores pelos quais foi eleito. Porém não de modo linear e absoluto, já que tem a obrigação de cuidar do interesse público e não apenas dos seus representados.

Importa citar que o segundo fundamento norte-americano consiste em qualificar como positiva a participação popular expressada pela eleição. A celeuma se dá, justamente, entre esses dois pontos. As posições contrárias às eleições para o Judiciário defendem que é justamente essa participação direta da população na escolha de seus juízes que fere o exercício da função jurisdicional.

Segundo os opositores da eleição na magistratura a aplicação de tal método destruiria a independência sem a qual não subsiste o Judiciário. Nesse diapasão, Ferreira Filho (1992, p.205):

A vinculação a partidos políticos e a participação em campanhas por eles promovidas sacrifica a independência e a imparcialidade dos magistrados. Não pode ser, portanto, aceita para o bom andamento da Justiça.

Há que se diferenciar a atividade política da atividade político-partidária. O homem, enquanto ser social é eminentemente político e o cargo de magistrado não lhe retira essa característica, conforme aduz Cárcova (1996, p. 155):

A função judicial é a função própria de um Poder de Estado, isto é, uma função política por antonomásia. Uma função que tem a seu cargo – como a executiva e a legislativa – a realização dos princípios fundamentais sobre os quais se assenta a organização do sistema republicano e democrático adotado pela Constituição Nacional. A circunstância de que esta seja uma tarefa especializada, estilizada, baseada em um complexo conjunto de conhecimentos e de procedimentos que são parte de uma longa tradição cultural, não lhe retira esse caráter.

Cumprido por em relevo que o fato de um juiz não ser filiado a qualquer casta política não o impede de tomar decisões veladas que favoreçam ao partido de sua simpatia. Isso denota que na emissão de uma sentença, se expressa muito mais a ética e demais valores morais, consignados ou não no homem enquanto magistrado, do que a possível pressão de um partido político. Esse tipo de comportamento é um desvirtuamento da democracia e do caráter do indivíduo que o exerce, a que está sujeito qualquer poder, seja ele submetido à eleição ou não.

Partindo-se da premissa que o voto popular retira do Judiciário a isenção, imparcialidade e independência, questiona-se no sentido de saber se essas não são características que devem nortear os demais poderes. A finalidade do Estado é a persecução do bem-comum, portanto, todas as instituições que nele há devem concorrer para esse fim. A ausência dessas características em qualquer dos três Poderes leva a uma desvirtuação das funções que seriam exercidas, exclusivamente, para manutenção de um grupo político no poder.

Vê-se que essa não deve ser uma justificativa a sustentar a ausência de eleições no Judiciário. Pode ser argumentado em desfavor o alto grau de corrupção que assola as instituições democráticas brasileiras, porém, esse não constitui motivo que torne silente a discussão sobre a implementação de tal método para a escolha dos juízes, e sim incentivo para a urgência na busca de antídotos que propiciem a limpeza das entidades que arrimam o Estado Democrático de Direito.

Tampouco se pode afirmar que o concurso público impede o ingresso da corrupção no Judiciário. Os noticiários demonstram que uma coisa não leva à outra, pois, não são mais tão raros os casos explícitos de juízes corrompidos. Destarte, isenção e imparcialidade ao julgar são características do homem por trás do julgador, a falta delas não é corolário da forma com que ingressa, mas falha de caráter que dificilmente será corrigido da maneira com a qual rege-se o Judiciário atualmente. Portanto, lúcidas são as palavras de Da Silva (1998, p. 149) quando consigna sobre um possível mandato de magistrado:

Seu mandato terá a natureza de todos os outros num regime democrático. Uma vez eleito, o agente se mantém vinculado a seus eleitores mas não é deles diretamente dependente. Seu compromisso é com o interesse público que pode não coincidir sempre com quem o elegeu. Neste caso, terá amplos meios de manter a independência. Se assim não fosse, todos os mandatos do executivo e do legislativo estariam viciados e o regime democrático seria o pior de todos porque seus agentes, escolhidos pelo povo, estariam inaptos para a função.

Corroborando com a eleição no Judiciário, Soares (1987, p. 313):

Efetivamente, a eletividade da magistratura – em contraposição ao princípio do acesso à carreira, por meio de concurso de provas e títulos – representa uma forma mais democrática e de maior sentido renovador, possibilitando, inclusive, o aproveitamento de novos valores, para o preenchimento dos cargos do Poder Judiciário, em todas as instâncias, periodicamente [...]

Não se deve olvidar que a política está arraigada ao Judiciário, fator insofismável quando se analisa a forma com que se chega aos Tribunais. Convive-se com um sistema dúbio e renitente às discussões que buscam uma melhoria na sua engrenagem. Entretanto não é inteligente desprezar a dificuldade em se instalar um sistema eletivo para juizes no Brasil. Todavia, as dificuldades não devem ser empecilho ao estudo do tema e análise da viabilidade de sua aplicação.

Tampouco deve ser levantada a bandeira da incapacidade como sustentáculo do sistema vigente. O argumento de que não há preparo suficiente para as mudanças já foi lançado incontáveis vezes. A respeito dessa justificativa, assim posiciona-se Da Silva (1998, p.171):

O argumento tem conteúdo racista e é depreciativo do povo brasileiro, colocando-o como incapaz de viver o progresso e renovar-se para o mundo contemporâneo [...]. Para estas pessoas, nunca o país está preparado para renovar-se. Nasceu para viver no obscurantismo. É incapaz de sair do círculo limitado do conservadorismo e da inércia [...]. No fundo o que há é um esforço subliminar de reviver entre nós a ideologia colonialista [...].

O povo não deve constituir obstáculo à instauração do método eletivo no Judiciário sob o pretexto de que “não sabem votar”. Assim o sendo, seria motivo para capacitar os eleitores e não para afastá-los da democracia. Se tal argumento tivesse força suficiente, poderia ser proposta outra forma de escolha dos membros dos demais poderes que não por meio do voto popular. Essas justificativas mantiveram anos de ditadura no país. Interrogo se haveria alguém a considerar condizente com uma democracia, um senador, prefeito ou deputado ingressando no cargo por meio de concurso público.

O que se deve ter em mente é que uma possível eleição não obriga necessariamente ao afastamento da exigência técnica para ingressar na magistratura. Não há motivo para que se enxergue como incompatíveis esses dois fatores.

De início, o sistema eletivo poderia ser implantando onde a política já impera há tempos: os Tribunais Superiores. Com isso passariam a ser compostos mediante o voto direto que escolheria candidatos provenientes das instâncias inferiores. Desse modo, estabelecer-se-ia o vínculo democrático sem preterir a técnica jurídica.

As instituições não podem se furtar às modificações que lhes sejam exigíveis. Os estudiosos não devem se quedar silentes em nome da manutenção de sis-

temas anacrônicos nitidamente necessitados de novo fôlego. O tema é polêmico e exige um despojamento de preconceitos, uma nova pesquisa conceitual.

Portanto em sendo o povo plenamente capaz de eleger quem estabelece suas leis e quem os administra, há que ser competente também para legitimar quem os julga, pois que esta função é tão necessária quanto às outras para a instauração e manutenção do bem-comum, sobre o qual se sustenta a existência do Estado Democrático de Direito.

5 CONCLUSÃO

O Poder Judiciário demonstrou força no curso da história ao resistir às constantes limitações impostas principalmente pelo Executivo. O trato com a função judicante era mesquinho, não lhe sendo permitido atuar com a propriedade de um verdadeiro poder de Estado.

A consolidação da democracia moderna por meio da Constituição Federal de 1988 foi a consagração do Judiciário enquanto poder soberano, saindo das margens do Estado e tomando a posição de protetor-mor da democracia.

Porém o foco levou além de admiração, críticas ao Poder Judiciário que passava a mostrar-se pejorativamente altivo, não mais à margem, mas agora acima dos seus jurisdicionados. Esse posicionamento deu causa a uma análise de legitimidade a fim de perquirir onde se assentava o tratamento diferenciado dado ao Judiciário, eminentemente no tocante à escolha dos seus membros.

No decorrer da pesquisa verificou-se a fragilidade das justificativas quanto à ausência de discussão sobre o método de escolha dos membros do Judiciário, que se mostra totalmente diverso dos demais poderes. Buscou-se assentar coerentemente as fundamentações colhidas para afastamento do voto popular do âmbito deste poder, verificando-se com isso que há um desprezo pelo debate, fruto da acomodação.

Infere-se do estudo que não há, pelo menos ainda, sustentabilidade cientificamente assentada quanto à impossibilidade de aplicação do sistema eletivo no Judiciário. Há muito mais uma passividade preocupante, tendo em vista que, como os demais poderes, o Judiciário precisa assentar sua legitimidade na soberania popular. Consideram-se alcançados os objetivos propostos na medida em que fica aberta a janela da discussão verdadeiramente científica, desprovida de preconceitos e de divagações simplórias que em nada contribuem para a evolução de uma democracia recém-instaurada no país, ao contrário, atravança a adaptações de instituições basilares para o sistema como assim se mostra o Poder Judiciário

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Noberto. *O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo*. Editora Paz e Terra, 6ªed. 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo, Malheiros, 10ª Ed. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro Carlos Veloso. *Cronologia do Judiciário Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/bicentenario/historia/cronologia.asp>>. Acesso em 02.out.2009.

CÁRCOVA, Maria. *Direito, Política e Magistratura*. São Paulo, LTr editora, 1996.

CONSTANTINO, Rodrigo. *Os Limites da Soberania Popular*. Disponível em: <http://www.vemconcursos.com/opiniao/index.phtml?page_id=1853>. Acesso em: 23.set.2009.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Comentários à Constituição Brasileira*. Vol. II. São Paulo, Saraiva, 1992.

GARCIA, Alexandre Navarro. *Democracia semidireta: referendo, plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4199>>. Acesso em: 24.out.2009.

GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo, RT, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 14. ed. Malheiros. 1998.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. Saraiva. 2009.

LINDEMBERG, Antônio Henrique. *Plebiscito e Referendo*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/senado/unilegis/pdf/UL_TF_DL_2004_ALEXANDRE_NAVARRO_GARCIA.pdf>. Acesso em: 22.set.2009.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e Outros Escritos*. Petrópolis, Editora Vozes, 3ª Ed. 2001.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. *Do Espírito das Leis*. Martin Editora, 4ª edição, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª Ed. 2006

MULLER, Friedrich. *Quem é o Povo. A questão fundamental da democracia*. 3ª ed. São Paulo, Max Limonad, 2003.

NITZ, Débora. *Soberania Popular*. Disponível em: <http://www.claibrasil.org.br/docs/05%20%20Soberania%20popular_Debora%20Nitz.pdf>. Acesso em: 22.set.2009.

SILVA, Alexandre Assunção e. *O Ministério Público como Novo Tribunato*. Disponível em: <<http://forum.jus.uol.com.br/17758/historia-do-judiciario-no-brasil-supremo/>>. Acesso em: 11.out.2009.

SILVA, Antônio Álvares da. *Eleição de Juízes pelo Voto Popular*. São Paulo, LTr, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª. ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

SOARES, Orlando. *A Eletividade da Magistratura no Brasil*. Revista do Curso de Direito da Universidade de Uberlândia, V.16, 1987.

VIEGAS, Weverson. *Cidadania e participação popular*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11947>>. Acesso em: 13.out.2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*. São Paulo: RT, 1995.