

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: POR UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA¹

Sandro Maurício Ribeiro de Godoy

INTRODUÇÃO

O Brasil, como Estado Democrático de Direito, está ainda em seus primeiros passos. Há poucas décadas findou a ditadura militar que perdurou por pouco mais de vinte anos em nosso país, a qual produziu efeitos perversos à democracia, até hoje sensíveis em nosso Estado.

A Constituição Federal de 1988 foi um marco deste novo e democrático Estado Brasileiro de Direito, que já em seu preâmbulo teve suas diretrizes de atuação delineadas da seguinte forma:

... um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias ...

Em razão disto, toda a máquina estatal nacional, seus poderes, entes, órgãos e agentes, ficam vinculados a fazer com que nosso Estado seja efetivamente democrático, devendo assegurar todo o acima exposto da melhor maneira. Não se trata de um mero programa, ou de um amontoado de papéis sem valor aplicável e ineficaz, mas ao contrário, de um instrumento que obriga o Estado Brasileiro a tornar reais tais diretrizes.

Neste caminhar, é certo que nem sempre o Estado acerta em sua atuação. E neste contexto, a atuação do Poder Judiciário é imprescindível, como um garantidor de que a Constituição seja cumprida, recolocando a máquina estatal “nos trilhos” constitucionais, sempre visando a efetivar este Estado Democrático de Direito e suas garantias ao povo brasileiro. Mas para que isto seja possível e real, é preciso um Poder Judiciário efetivamente independente, que atue de forma imparcial.

¹ Monografia apresentada em 2006 como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Com esta intenção, a Constituição Brasileira adotou o princípio da separação dos poderes desenvolvido a partir das teorias de MONTESQUIEU, com inspiração no modelo norte-americano. Assim tem-se constitucionalmente instituídos como poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, Executivo e Judiciário.

E dentro da composição do Poder Judiciário, é de se destacar o Supremo Tribunal Federal (STF), composto por 11 ministros nomeados pelo Presidente da República após aprovação do Senado Federal, cuja principal competência é a guarda da Constituição.

Neste contexto, um ponto que merece reflexão é a forma de indicação e nomeação dos ministros do STF. O problema versa sobre a questão da independência e imparcialidade deste órgão do Poder Judiciário.

Tendo em vista que os ministros do STF são, em sua totalidade, indicados pelo Presidente da República (Chefe do Executivo), e que estes escolhidos são os responsáveis, em muitos casos, por decidir questões de interesse deste Poder Executivo, abre-se uma brecha que pode favorecer a uma partidarização deste órgão nas decisões que venha a proferir, minando, assim, a imparcialidade e autonomia do Poder Judiciário e, conseqüentemente, criando riscos ao nosso sistema democrático.

A forma de escolha dos ministros do STF interfere nas decisões da Corte Suprema do nosso país, a ponto de atingir a imparcialidade necessária a uma efetiva jurisdição? Fica evidente que o objeto do presente ensaio é o art. 101 da Constituição Federal.

Para desenvolver de forma adequada esta temática, far-se-á, inicialmente, uma explanação sobre a obra de Eugênio Raúl ZAFFARONI², que em seu livro *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos* desenvolve uma análise muito útil ao propósito deste trabalho. Em um segundo momento, apresentar-se-á uma exposição do Poder Judiciário Brasileiro, em relação às suas funções, conformação legal e sua nova posição decorrente da Constituição Federal de 1988. Por fim, será abordada a crise que se tem verificado no Judiciário pátrio através de um enquadramento deste em conformidade com a teoria de ZAFFARONI, pela análise de decisões do STF e da existência, ou não, de partidarização deste órgão em face dos interesses do

² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Poder Executivo e, finalmente, pelo exame de possibilidades de melhora em nosso sistema visando um avanço democrático.

1 PARA UM JUDICIÁRIO DEMOCRÁTICO: UMA LEITURA DA OBRA DE EUGÊNIO RAÚL ZAFFARONI

Ao questionar a independência e autonomia do STF, faz-se necessária uma análise sobre a questão da independência e autonomia do Poder Judiciário como um todo, pois tais elementos são essenciais para sua adequada atuação em qualquer Estado que se denomina Democrático.

Diferentes doutrinadores apresentam suas específicas abordagens, tratando sobre alguns aspectos de tal temática, mas nenhum o faz com a amplitude e profundidade de Eugênio Raúl ZAFFARONI³.

Por esta razão, sua obra intitulada *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos* é de extrema importância para o desenvolvimento desta monografia. Nela o autor faz uma análise histórica do Poder Judiciário, seu desenvolvimento, suas diferentes formações nos diferentes Estados, identifica os tipos, funções, e possibilidades de transformações desejadas para o mesmo, em especial para o contexto latino-americano.

Assim, justifica-se que o primeiro capítulo deste trabalho seja dedicado a explanar a análise feita principalmente por ZAFFARONI sobre o Poder Judiciário e por outros doutrinadores que tratam de alguns pontos do tema, embora não com igual especificidade.

1.1 FUNÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS

1.1.1 Introdução

Inicialmente, percebe ZAFFARONI que há um anseio por reformas nos judiciários em nosso contexto latino-americano. Todavia, na maioria das vezes quando se entra neste debate é comum optar-se por um caminho simples, que é o

³ Idem.

da mera acusação contra juízes e das alegações de falta de estrutura material e de falta de pessoal, sem esquecer da comum reclamação de que as leis são obsoletas⁴.

Ora, tais assertivas podem até ter seus fundamentos, mas com a fixação apenas nas mesmas não se consegue nada mais que permanecer na superficialidade. Deve-se primeiramente questionar qual o sentido das reformas que se deseja, de modo a se refletir sobre o que se espera do Poder Judiciário, ou seja, quais as demandas que se pretende que atenda. A falta de funções claramente definidas dificulta a otimização do Poder Judiciário, pois se não se sabe ao certo o que se quer, como se pode promover uma reforma adequada? Assim, para se estruturar adequadamente o Poder Judiciário é preciso definir de maneira precisa suas funções.

A pobreza de análise é, inclusive, mais profunda, porque tampouco é raro que se ignorem ou não se especifiquem as funções que se quer atribuir ao judiciário. Qualquer instituição deve cumprir determinadas funções e sua estrutura otimizada dependerá da clara atribuição prévia dessas funções, quer dizer, a estrutura otimizada de uma instituição será sempre a que a capacite para o melhor desempenho do que a ela será cometido. Quando o que lhe é cometido não seja bem definido, ainda menos definidos serão seus modelos estruturais.⁵

Continuando sua análise, o autor identifica dois tipos básicos de funções: as manifestas, que são aquelas oficialmente atribuídas, e as funções latentes, que são as realmente cumpridas na sociedade⁶. Em qualquer instituição, quase sempre há disparidades entre estas funções. O problema ocorre quando tais disparidades são tão grandes que geram um paradoxo, uma contradição entre a função manifesta e o que a instituição efetivamente faz, ou seja, sua função latente. Consoante as palavras do autor:

... as instituições reconhecem funções “manifestas” e “latentes”, ou seja, funções que são anunciadas no discurso oficial e funções que realmente são cumpridas na sociedade. A disparidade entre ambas é inevitável, mas quando a distância entre o que se “diz” e o que se “faz” chega a ser paradoxal, essa disparidade transforma-se em disparate, ou seja, dispara contra a própria instituição, desbaratando-a. (...) Uma sábia política institucional orientar-se-á sempre no sentido de afastar-se do “disparate”, procurando aproximar da estrutura a idoneidade para o cumprimento das funções manifestas.⁷

⁴ Ibidem, p.21.

⁵ Ibidem, p.21-22.

⁶ Ibidem, p.22.

⁷ Idem.

Como se asseverou, em nenhuma instituição há coincidência entre as funções manifestas e latentes. Isto, no entanto, não serve como legitimação para uma perversão da realidade, por meio de discursos populistas que anunciam uma crise judicial sem focalizar-se na realidade desta, e usando de qualquer disfuncionalidade para fins escusos.

O Estado está mais complexo, as relações jurídicas se multiplicaram, e a normatividade é mais intrincada. Os juízes já não são tão somente aplicadores da lei mas, em virtude de uma maior discricionariedade, têm mais protagonismo político e as criações jurisprudenciais são, muitas vezes, posteriormente convertidas em leis, ou seja, é o Poder Judiciário também governando. Conclui-se que “a justiça moderna não pode ser ‘apolítica’, e hoje mais do que nunca se deve reconhecer que o Poder Judiciário é ‘governo’”⁸. Além disto, as demandas sociais acabam por superar as funções manifestas das instituições. Todos estes fatores somados geram as disparidades e paradoxos entre as funções manifestas e latentes.

Nesse panorama são comuns discursos alardeando a “crise judicial”, discursos estes em grande parte superficiais e proferidos unicamente por razões políticas escusas, sem um real interesse em melhora do Poder Judiciário. E para complicar ainda mais a análise da situação, não há, ou é muito exígua no meio acadêmico, uma sociologia judicial e nem mesmo uma teoria política da jurisdição que procure definição de funções e críticas das estruturas institucionais de forma adequada.⁹

⁸ Ibidem, p.24.

Semelhantemente a ZAFFARONI, Carlos Roberto Siqueira CASTRO percebe esta dimensão política inerente à jurisdição constitucional quando afirma que “... o que ocorre na realidade é que em toda e qualquer forma de exercício de jurisdição constitucional, seja ela exercida pelo sistema difuso ou concentrado, sempre é maior ou medida, há uma confluência entre o Direito e a política, de tal sorte que ora o jurídico se politiza, ora os políticos se jurisdicizam.” CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A relação do Supremo Tribunal Federal com os Poderes Políticos. **Anais do Seminário O Supremo Tribunal Federal na história republicana**. Brasília, AJUFE, 2002. p.94.

CASTRO enfatizando a condição do judiciário como governo, lembra também as palavras de Francisco Campos dirigidas ao Tribunal Supremo quando afirmou que “A Constituição vos conferiu poderes de governo. Do plano puramente técnico a que se achava confinada com a Justiça Comum, a Primeira Constituição Republicana fez com que emergísseis para o plano do Governo ou para o plano da política. Sois o juiz dos limites de poder de governo. O poder de limitar envolve evidentemente o de reduzir e o de anular. E eis assim aberto ou franqueado à vossa competência todo o domínio da política, a política tributária, a política do trabalho, a política econômica, a política da produção e da distribuição, a política social, em suma, a mais política das políticas, a *polis* na sua totalidade. O domínio da vossa competência é a Constituição e no poder de interpretá-la está o de traduzi-la nos nossos próprios conceitos.” CASTRO, op. cit., p.95.

⁹ ZAFFARONI, op. cit., p.26.

Outro fator complicador é uma verdadeira omissão política, pois, como se sabe, há uma clara “má vontade para a democratização deste ramo do Estado”.¹⁰

Pode-se afirmar que os sucessivos *stablishments* latino-americanos têm procurado valer-se politicamente dos poderes judiciários ou, pelo menos, de neutralizá-lo para que não perturbem o seu exercício de poder. Qualquer tentativa de independência real dos poderes judiciários foi desacreditada como ato de ingerência política, particularmente quando se traduzia em defesa de direitos individuais e sociais. (...) Em todas as Constituições proclama-se a independência do poder judiciário, mas nenhum dos *stablishments* se preocupou de realizá-la.¹¹

Entre outros pontos que dificultam o debate do tema pesa ainda a ausência de uma história política judiciária, e sem esta memória não é possível uma crítica eficaz, pois “a perda da memória histórica é um dos mais conhecidos recursos para impedir a crítica e permitir a reincidência nos mesmos erros”.¹²

Finalmente, há uma verdadeira omissão teórica. Os direitos são fundados no tripé Lei, meios para exigí-los e estrutura estatal para efetivá-los. Há muitas e boas teorias sobre conflitos que comprometem direitos, todavia faltam teorias no mesmo nível que tratem das instituições (no caso o Judiciário) que garantem tais direitos.¹³

As circunstâncias que prejudicam a atuação adequada do Judiciário podem representar riscos a um sistema democrático. No entanto, a afirmação de que é inviável a democracia sem um Poder Judiciário democrático é um reducionismo judiciarista que nem sempre é real. Por exemplo, é perceptível que a Itália tem uma estrutura judiciária mais avançada que a holandesa, todavia não se pode afirmar que a Holanda seja menos democrática do que a Itália.

A sustentação da democracia está embasada em vários aspectos como os econômicos, culturais, políticos, etc.. Nem sempre todos eles estão bem ajustados e nem por isto fica inviabilizada a democracia.

¹⁰ FARIA, José Eduardo; LOPES, José Reinaldo de Lima. Pela democratização do Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Justiça, A função social do Judiciário**. São Paulo: [s.m.], 1989. p.163 apud *Ibidem*, p.27.

Clemerson Merlin CLÈVE percebe também esta má vontade no tocante principalmente à jurisdição constitucional, quando observa, ao tratar sobre a força normativa da Constituição, que “apesar disto ainda há, lamentavelmente, inclusive, no Brasil, aqueles que fazem força para não encontrar normatividade alguma nos preceitos constitucionais, muitas vezes apontados como programáticos.” CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.28.

¹¹ ZAFFARONI, op. cit., p.27.

¹² *Ibidem*, p.29.

¹³ *Ibidem*, p.29-31.

Não se pode dizer que a democracia seja inviável sem um Judiciário democrático, mas não há dúvidas que são maiores os riscos. Em países nos quais as leis encontram muitas lacunas e contradições, a falta de um adequado Judiciário representa um verdadeiro perigo para a democracia.

Não há outra forma de salvar a organicidade legislativa do que um trabalho de elaboração jurisprudencial coerente, não apenas na lógica interna do discurso jurídico, mas também enquanto lógica política. A falta de um judiciário adequado para esta tarefa é suscetível de provocar uma grave insegurança jurídica, com o conseqüente perigo à democracia. Não nos esqueçamos de que enquanto nos países centrais se limita a lamentar o fenômeno, nos nossos países costuma-se com isso instrumentalizar os inimigos da democracia. (...) as estruturas judiciárias latino-americanas são inadequadas para assumirem as demandas de uma democracia moderna, na medida em que sua debilidade e dependência não lhes permitem desempenhar eficazmente a função delimitadora que requer a consolidação do espaço democrático.¹⁴

Em razão disto, conclui ZAFFARONI que se faz necessário:

- a) definir, sem ingenuidade, os limites da função manifesta;
- b) estabelecer modelos possíveis de reformas estruturais para que o Poder Judiciário possa efetivamente cumprir suas funções manifestas, em especial do órgão dirigente, da seleção de juízes e da distribuição orgânica;
- c) reverter a distância entre funções manifestas e latentes.¹⁵

1.1.2 Argumentos Teóricos que Põem em Dúvida as Funções Manifestas

ZAFFARONI identifica basicamente três funções manifestas¹⁶ geralmente reconhecidas:

- a) solução de conflitos;
- b) auto-governo;
- c) justiça constitucional¹⁷.

¹⁴ Ibidem, p.33-34.

¹⁵ Ibidem, p.34.

¹⁶ Ibidem, p.35-36.

¹⁷ Nos Estados Democráticos de Direito Contemporâneos, a Constituição tomou uma importância sem igual, em especial após a 2ª Guerra Mundial. José Afonso da SILVA atentando para a importância atual da Constituição Federal, assevera que "... nossa Constituição é rígida. Em conseqüência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal". SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.46.

No tocante à solução de conflitos, não há dúvidas quanto ao fato de tratar-se de uma função manifesta inquestionável. O autogoverno decorre da necessidade de independência como pressuposto para o eficaz cumprimento da função de solução de conflitos, e raramente é-lhe negada tal função, ainda que muitas vezes apenas formalmente. As discussões maiores, no entanto, giram em torno da terceira função. Nas palavras do autor, a justiça constitucional é “o melhor indicador da atitude frente à dimensão política do judiciário. Os debates sobre o controle de constitucionalidade das leis são, definitivamente, debates sobre a função do judiciário e do modelo de Estado pelo qual se opta”.¹⁸

Os Estados se estabelecem a partir de duas concepções: a transpersonalista pela qual Executivo e Legislativo decidem de modo inapelável as relações entre as pessoas e o Estado; ou a personalista pela qual executivo e legislativo também o fazem, todavia limitados por imposições constitucionais. Nesta concepção, a atuação do Judiciário “presta o serviço de resolver conflitos entre as pessoas, mas também presta outro serviço, que consiste em controlar que, nessas relações normatizadas entre o Estado e as pessoas, o primeiro respeite as regras constitucionais, particularmente quanto aos limites impostos pelo respeito à dignidade da pessoa humana”.¹⁹

O problema é que se questiona a legitimidade do Judiciário para controlar as ações do Executivo e Legislativo, pois estes são eleitos pela maioria da

Clemerson Merlin CLÈVE, por sua vez, observa que “... as Constituições, agora, são documentos normativos do Estado e da sociedade. A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. Ela não apenas regula o exercício do poder, transformando a *potestas* em *auctoritas*, mas também impõe diretrizes específicas para o Estado, apontando o vetor (sentido) de sua ação, bem como de sua interação com a sociedade. A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positiva ou negativamente, os Poderes Públicos. Os cidadãos têm, hoje, acesso direto à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou a omissão do Legislador”. CLÈVE, op. cit., p.22. Consequentemente, fica clara a importância que toma a jurisdição constitucional, pois “... a compreensão da Constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica, mas, igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garantir juridicamente (eis um ponto importante) apontada qualidade”. Ibidem, p. 25.

Para Carlos Mário da Silva VELLOSO “A jurisdição constitucional visa tornar realidade a supremacia constitucional. (...) Se a Constituição é pressuposto de validade e da eficácia de toda a ordem normativa instituída pelo Estado, a sua supremacia deve ser tornada realidade”. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A renovação do Supremo Tribunal Federal. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, n.3, p.19-41, 2003. p.20-21.

Neste sentido, Jorge MIRANDA enfatiza que “... no século XX não só se perde o otimismo liberal acerca da Constituição e se adquire a convicção de que ela só poderá servir de garantia – de garantia de direitos das pessoas ou da ordem social e política – se for garantida ...”. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1988. p.317.

¹⁸ ZAFFARONI, op. cit., p.36.

¹⁹ Ibidem, p. 37.

população para representá-la. O que deve prevalecer, a supremacia da Constituição ou da vontade irrestrita da maioria? ZAFFARONI entende que:

A legitimidade do judiciário para exercer o controle de constitucionalidade deriva da própria idéia de Constituição que, desde Aristóteles, “não é outra coisa que a repartição regular do poder”. Estabelecer uma Constituição e pretender que a sua supremacia fique entregue àqueles que precisamente são os mais tentados a violá-la, não passa de deixar a Constituição entregue a um autocontrole, que, definitivamente, nada mais é do que um ato de boa vontade. “Uma instância de controle submetida ao controle dos controlados é uma contradição”.²⁰

Esta resistência encontra sua origem na França pós-revolução²¹. A nova classe liberal burguesa emergente precisava conter a antiga classe dominante que ainda detinha certo poder, e por isto não podia aceitar a interferência entre os poderes. Os juízes inicialmente eleitos pelo povo, em pouco tempo deixaram de o ser frente à desconfiança do Legislativo para com o Judiciário. A independência absoluta dos poderes acabou por fazer prevalecer a força dos poderes eleitos “democraticamente”, não podendo o Judiciário declarar a inconstitucionalidade de leis emanadas dos representantes do povo. Como decorrência disto, conclui ZAFFARONI que:

Em pouquíssimos anos, a pretendida separação de poderes, que se usava como obstáculo para reconhecer ao judiciário o poder de controle de constitucionalidade das leis, gerou um poder judiciário debilitado, que acabou perdendo seu nome, sua origem popular. Por último, sua nula independência diante do legislativo desemboca em uma clara dependência frente ao executivo e em um modelo de juiz burocrata, inserido em uma forte estrutura hierarquizada do tipo militar e, portanto, em um severo e arbitrário sistema de sanções. (...) A famosa “boca da lei” havia-se transformado na “boca do imperador”: a rigor, jamais houve um judiciário independente na França e a pretensão de reduzi-lo à “boca do parlamento” acabou por fazê-lo a “boca do César e de sua estrutura

²⁰ Ibidem, p.37-38. Neste viés, Clemerson M. CLÈVE observa que “O principal mecanismo de defesa ou de garantia da Constituição consiste na fiscalização da constitucionalidade. Mas a fiscalização somente ocorrerá se a própria Constituição atribuir, expressa ou implicitamente, a um ou mais órgãos, competência para exercitá-la. Esse órgão tanto pode exercer função jurisdicional, como política; tanto pode, no primeiro caso integrar a estrutura do Judiciário, como residir fora dela. Importante é que promova a fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos do Poder Público, censurando aqueles violadores de preceitos constitucionais”. CLÈVE, op. cit., p.34.

²¹ CLÈVE explica que “... os franceses desconfiam da fiscalização da constitucionalidade exercitada pelo Judiciário. Além da peculiar e rígida concepção do princípio da divisão dos poderes que advogam, outros dois fatores contribuíram para forjar a experiência constitucional francesa. *Primeiro*, o entendimento desenvolvido desde a revolução de 1789, segundo o qual a lei constitui expressão da vontade geral, por isso a soberania da nação reside no Parlamento. Se é assim, se o Parlamento é soberano e se sua obra constitui a expressão da vontade geral, então não há razão para dela desconfiar. *Segundo*, os abusos cometidos pelos juízes (Parlementes), no período que precedeu a revolução, determinou, de certo modo, a desconfiança dos franceses em relação ao Judiciário. Tal desconfiança, por sua vez, influenciou de forma decisiva a organização do Poder Judiciário na França. Um poder neutro, mudo, cuja única função é aplicar a lei, sem questioná-la, porém. Bem por isso a França não poderia atribuir aos juízes competência para a fiscalização da constitucionalidade das leis.” Ibidem, p.60-61.

burocrática”, mas sempre foi a “boca do poder político partidário”, com a diferença de que mudaram os partidos.²²

ZAFFARONI explica ser importante esta análise, pois é comum o uso deste discurso em oposição ao Judiciário quando atua no sentido de realizar sua função de controle constitucional.

É necessário ressaltar o destino do modelo revolucionário francês, para não cair em equívocos e em falsas interpretações através de frases feitas e empregadas em diversos momentos históricos. (...) O famoso sistema revolucionário francês, cuja fraseologia costuma desaguar na deslegitimação “democrática” do judiciário, foi implantado na Constituição de 1791 e, na realidade, não teve mais do que uma vigência de três anos e nem sequer na forma do plano ideal, como não poderia ser de outra maneira, terminando na virtual supressão da função judicial, substituída por uma corporação militarizada e dependente do executivo.²³

Para ZAFFARONI, a legitimidade democrática de uma instituição é resultante da função democrática que exerce no sistema²⁴ e não somente da origem.

Assim:

Uma instituição não é democrática unicamente porque não provenha de eleição popular (...) Uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessária para sua continuidade, como ocorre com o judiciário. (...) Pensamos que a legitimidade democrática não é julgada unicamente pela origem, senão também, e às vezes fundamentalmente, pela função. Segundo nosso ponto de

²² ZAFFARONI, op. cit., p.54.

²³ Idem.

²⁴ Na linha de pensamento de ZAFFARONI sobre a legitimidade do judiciário para o sistema democrático em face de sua funcionalidade, independente de ter seus membros sido escolhidos por eleição popular, Paulo Roberto Barbosa RAMOS afirma este que “... faz-se necessário que o Judiciário deixe de desempenhar uma função apenas jurídica, técnica, secundária, e passe a exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos, fazendo com que, apesar de não eleito pelo povo, seja caracterizado como um Poder funcional para o sistema democrático, agindo no sentido da materialização, extensiva a todos os homens, dos direitos fundamentais e de impedir a concentração do poder.” RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A filosofia do controle concentrado de constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira pós-88. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n.37, p.175-184, 2001. p.181.

Semelhantemente, Sérgio Fernando MORO nos diz que “... como pode ser justificada, no contexto democrático, a atribuição ao juiz do poder de controlar a atividade da maioria parlamentar? A vitória da democracia no mundo contemporâneo não se fez sem uma longa caminhada e sem grandes sacrifícios. Não seria um retrocesso a atribuição ao juiz do poder de controle sobre a democracia? Esse é o desafio que a jurisdição constitucional deve enfrentar”. MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 110. “(...) Em síntese, defende-se que a atividade da jurisdição constitucional será tanto mais legítima quanto mais contribuir para o aprimoramento da democracia”. MORO, op. cit., p.201. “(...) o juiz constitucional não pode perder de vista sua função, que a Constituição lhe atribuiu, de guarda da democracia e dos direitos fundamentais. O eficaz cumprimento de tal tarefa demanda a adoção de salutar ativismo judicial, quando for possível defendê-lo com base em argumentos que apelem para a própria democracia. Se a atuação judicial contribuir para o aprofundamento da democracia, não há como acusá-la de antidemocrática”. MORO, op. cit., p.314.

vista, o prioritário no judiciário é sua função democrática, ou seja, sua já mencionada utilidade para a estabilidade e continuidade democrática.²⁵

Em razão do exposto, o autor manifesta uma repulsa ao argumento de origem francesa, pois “levando ao extremo a pretendida contradição entre liberalismo e democracia, aspira deslegitimar ‘democraticamente’ o exercício do poder de controle jurisdicional, ou pretende reivindicar a nomeação política arbitrária em nome da democracia”.²⁶

Por outro lado, a primeira afirmação do controle judicial de constitucionalidade²⁷ ocorreu, como cita ZAFFARONI, na Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Marbury versus Madison*, quando John Marshall afirmou:

Ou bem a Constituição é um princípio superior, inderrogável por meios ordinários, ou bem está no plano dos atos legislativos ordinários e, como esses atos, é alterável quando convier à legislatura. Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, um ato legislativo contrário à Constituição não será direito; se a última parte fosse verdadeira, a Constituição não seria uma tentativa absurda do povo para limitar um poder ilimitável por sua própria natureza. (...) Tem-se promovido certa perplexidade acerca do direito dos tribunais de declararem nulos os atos legislativos, quando e opõem à Constituição, com o conceito de que tal doutrina implicaria uma superioridade do poder judiciário sobre o legislativo. (...) De nenhuma maneira tal dedução pressupõe qualquer superioridade do poder judiciário sobre o poder legislativo. Só pressupõe que o poder do povo é superior ao poder de ambos; e que onde a vontade da legislatura, declarada nas leis, esteja em oposição à vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem ser regidos por esta e não por aquela.²⁸

O problema em relação ao modelo norte-americano fixa-se no fato de que, à semelhança do francês, sua estrutura judicial é regida por um governo

²⁵ ZAFFARONI, op. cit., p.43-44.

²⁶ Ibidem, p.45. Neste viés, MORO observa que “Todos os limites impostos à jurisdição constitucional têm em vista a objeção democrática, ou seja, a necessidade de resguardar a competência do legislador democrático. Tal objeção perde força quando a jurisdição constitucional pode ser justificada com base em argumentos que apelem para o próprio regime democrático, como quando ela contribui para o aprofundamento da democracia ou quando intervém em caso de mau funcionamento.” MORO, op. cit., p. 262-263.

²⁷ José CRETELLA JUNIOR informa que “o controle de constitucionalidade das leis é de origem jurisprudencial, devendo-se ao famoso Magistrado norte-americano Marshall, da Corte Suprema da Nação, diante de um caso concreto (*Marbury vs. Madison*), a mais clara e completa construção a respeito, em face de Constituição, por sinal omissa nesse particular. No célebre *leading case* citado, Marshall esclareceu que todas as leis de um sistema jurídico, no caso o direito norte-americano, devem ser conformes à Constituição e, assim, as leis que se chocarem com dispositivo do texto máximo não são leis. São normas estranhas ao direito e, pois, sem eficácia, não obrigando os particulares a obedecê-las. Nesse caso, compete à Corte Suprema da Nação decidir sobre a constitucionalidade de uma lei e, se esta conflitar com a Constituição, caberá ao julgador decidir sobre sua aplicação.” CRETELLA JUNIOR, José. **Elementos de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.95.

²⁸ ZAFFARONI, op. cit., p.47-48.

fortemente verticalizado e exercido de forma autoritária, cujas impropriedades serão melhor explicitadas a seguir.²⁹

1.1.3 O Processo de Diferenciação Orgânica Funcional

Durante o período de entreguerras, no tocante à função de controle de constitucionalidade, surgiu o novel controle concentrado³⁰, atribuído a um tribunal constitucional separado. Este modelo foi desenvolvido na Áustria com a Constituição de 1920, que retirou dos demais juízes a incumbência do controle da constitucionalidade. Tal Constituição foi abolida em 1934, já na efervescência dos fatores que desembocaram na Segunda Guerra Mundial.

Todavia, após a grande guerra o modelo de controle de constitucionalidade centralizado foi objeto de nova implantação na Áustria, e também adotado por vários outros países como Itália, Alemanha, Espanha, Turquia, Chipre, etc. Isto se deveu ao fato de que os supremos tribunais ou de cassação, existentes antes da Segunda Guerra se haviam mostrado incompetentes para o exercício racional do controle de constitucionalidade, o que resultou no fracasso em limitar seus poderes executivos e acabou por permitir a implantação de governos

²⁹ Ibidem, p.59.

³⁰ Ibidem, p.60. Carlos Mário da Silva VELLOSO explica que “a Constituição da Áustria, de 1920, sob a inspiração de Hans Kelsen, criara a Corte Constitucional austríaca, aperfeiçoada com a reforma constitucional de 1929, também sob a inspiração de Kelsen. A Corte foi suprimida, entretanto, em 1938, com a ocupação alemã. A Tchecoslováquia e a Espanha, em 1921 e 1931, respectivamente, criaram as suas Cortes Constitucionais, que tiveram vida curta. Após a 2ª Guerra, repito, é que foi marcante o florescimento da jurisdição constitucional. Em 1945, a Corte Constitucional austríaca foi reaberta. A Constituição italiana, de 1947, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1948, criou a Corte Constitucional da Itália. O mesmo ocorreu com a Alemanha Federal, com a Lei Fundamental de Bonn, de 1949. Seguiu-se a instituição de Cortes Constitucionais no Chipre, em 1960; na Turquia, em 1961; na Iugoslávia, de 1963 a 1974; na Tchecoslováquia, em 1968; na Grécia, em 1975; em Portugal, com a primeira reforma na Constituição de 1976, ocorrida em 1982; na Espanha, em 1978 e na Polônia, em 1986. Essas Cortes exercem controle de constitucionalidade concentrado. Constituem elas o modelo europeu continental de jurisdição constitucional ou de justiça constitucional”. VELLOSO, op. cit., p. 21-22.

Mauro CAPPELLETTI ainda explica que “... no sistema de controle ‘concentrado’, a inconstitucionalidade e conseqüente invalidade e, portanto, inaplicabilidade da lei não pode ser acertada e declarada por qualquer juiz, como mera manifestação de seu poder e dever de interpretação e aplicação do direito ‘válido’ nos casos concretos submetidos a sua competência jurisdicional. Ao contrário, os juízes comuns – civis, penais, administrativos – são incompetentes para conhecer, mesmo *incidenter tantum* e, portanto, com eficácia limitada ao caso concreto, da validade das leis. Eles devem sempre, se assim posso me exprimir, ter como boas as leis existentes, salvo, eventualmente – como acontece na Itália e na Alemanha, mas não na Áustria – o seu poder de suspender o processo diante deles pendente, a fim de argüir, perante o Tribunal especial Constitucional, a questão de constitucionalidade surgida por ocasião de tal processo.” CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. Porto Alegre: Fabris, 1992. p.84-85.

autoritários cujos atos culminaram na eclosão do conflito mundial.³¹ Sobre tais circunstâncias, o autor expõe que:

A nosso juízo, a experiência das ditaduras, dos totalitarismos e autoritarismos de entreguerras, o holocausto, e a catástrofe bélica, a debilidade das democracias ao permitirem ou darem espaço a incríveis aventuras políticas, os discursos simplistas e irracionais que as conduziram, constituem em conjunto uma experiência terrífica que fez que com os operadores políticos europeus extremassem seus esforços para dar continuidade e progressão às democracias de pós-guerra.³²

Por isto, optaram por concentrar a competência em um órgão de nomeação dispersa, característica esta de suma importância para ZAFFARONI, que enfatiza que:

... o modelo de controle centralizado da constitucionalidade das leis (ou da justiça constitucional em sentido mais próprio), concentra a competência e diversifica o poder de nomeação. Trata-se de uma característica que não cansaremos de sublinhar e que deve ser sempre preservada, quando se faz referência ao modelo, pois, caso contrário, através das fatais “invenções caboclas”, será desvirtuada: se a competência constitucional é concentrada e também se mantém concentrado o poder de nomeação, não se faz outra coisa que reduzir o controle, posto que fica ele limitado a uns poucos juízes, que são mais controláveis do que todos os juízes.³³

Esta opção não foi impensada. A escolha do modelo austríaco e não do norte-americano não foi eventual. Como explica o autor:

... pensamos que a dispersão do poder de nomeação desses tribunais constitucionais provém de outras experiências e corresponde a um cálculo meditado e de maior grau de prudência e bom critério político. (...) a Suprema Corte dos Estados Unidos, embora tenha exercido uma notável imaginação interpretativa, na verdade jamais entrou seriamente em conflito com as forças dominantes. (...) Através da teoria do controle de “racionalidade” das leis, a Suprema Corte, como não podia ser de outro modo, invadiu abertamente o campo político, impediu ou frustrou todas as leis que pretenderam impulsionar uma política social e, definitivamente, obstaculizou qualquer medida que tendesse a frear a incrível especulação que inevitavelmente desembocou na catástrofe financeira de 1929. Os “trusts” e o festival especulativo descontrolado encontraram na Suprema Corte seu melhor aliado. (...) O peso deste tremendo protagonismo político da corte norte-americana sobre os operadores políticos europeus deve ter sido enorme e, embora não exclusivo, altamente determinante para que optassem pelo modelo austríaco.³⁴

Além disto, observa ZAFFARONI que outra medida adotada foi a criação de conselhos de magistratura, através dos quais os europeus afastaram os velhos e viciados supremos tribunais da direção do Poder Judiciário.³⁵ Ou seja, aniquilaram o

³¹ ZAFFARONI, op. cit., p.66.

³² Ibidem, p.68.

³³ Ibidem, p.66.

³⁴ Ibidem, p.68-71.

³⁵ Ibidem, p.67.

poder das antigas cúpulas retirando destas, primeiramente, o controle de constitucionalidade com a criação dos tribunais constitucionais com membros integrantes por nomeação dispersa e, em um segundo momento, com a criação dos conselhos das magistraturas para direção dos judiciários. Desta forma desmontaram o verticalismo e, mais, pela atribuição das funções de solução de conflitos, autogoverno e controle de constitucionalidade a órgãos diferenciados, juízes, conselho da magistratura e tribunal constitucional, respectivamente, evitaram uma concentração excessiva de poder. Nas palavras de ZAFFARONI:

Reconhecer a um supremo tribunal essa função, mais a de controle constitucional e a de cassação, além do governo judiciário, teria implicado uma concentração de poder de tal magnitude que, sem dúvida, teria colocado em perigo o equilíbrio de poderes e a estabilidade de todo o sistema político. Se a estas considerações constitucionais que são bem elementares, pois se baseiam no conhecido princípio conforme ao qual qualquer concentração excessiva de poder conduz a um descontrole desse poder, agregarmos o fantasma do “governo dos juízes” da então recente experiência norte-americana, deveremos reconhecer que os constituintes europeus procederam com singular perspicácia e conseguiram criar um sistema particularmente equilibrado, que até o presente momento oferece a experiência mais interessante do direito comparado.³⁶

Com quase meio século de criação dos tribunais constitucionais nos países europeus, é possível observar que os mesmos têm avançado de Estados de Direitos “legais” para Estados de Direito “constitucionais”, dando-se, pois, maior vigência aos princípios constitucionais. Por estas razões, sintetiza ZAFFARONI que:

Embora não se possa cair no reducionismo judiciário e pretender que os efeitos da deterioração judicial sejam mecânicos, não se pode ignorar uma relação recíproca ou dialética dentro do sistema, que mostra que a presença de uma estrutura judiciária com órgãos funcionalmente diferenciados e a tendência à horizontalização corresponde a Estados de Direito e sociedades mais ou menos de bem-estar, enquanto que as estruturas débeis, verticalizadas, burocratizadas ou politizadas, protagonizam o processo de deterioração do Estado de Direito e correspondem a sociedades com modelos excludentes ou marginalizantes.³⁷

1.1.4 O Poder Judiciário

A questão do Judiciário é essencialmente política³⁸, ou seja, a conformação dos judiciários dos países em geral decorre das lutas pelo poder

³⁶ Ibidem, p.72.

³⁷ Ibidem, p.77.

³⁸ Sobre esta inter-relação do jurídico e político, Rui BARBOSA explana que “não há nada, realmente, mais artificial, diz um respeitável autor moderno, do que a distinção entre questões políticas e jurídicas. Questões políticas há que são questões jurídicas. Político fora da presença da justiça, um litígio pode assumir o caráter de judiciário, assumindo a forma regular de uma ação. O

nestes travadas. Sobre esta luta histórica de poder e seus reflexos no âmbito do Poder Judiciário, ZAFFARONI assevera:

A história nos fala com singular eloquência. Vimos que na França uma justiça anárquica, privatizada, cara e arbitrária provocou a contracapa de um judiciário submetido à assembléia legislativa, ideologicamente vazio, que na realidade se transformou imediatamente em uma burocracia militarizada e estreitamente dependente do executivo, que passou, com alguns retoques, pelas mais díspares estruturas políticas: república, monarquia, império. Fomentou-se um “carreirismo” que servia a presidentes, reis, imperadores e primeiros ministros, para que não se lhes cortassem suas perspectivas de ascensão. Nos Estados Unidos, uma corte resultante do pacto federal associou-se ao centralismo, ao mercantilismo, constituindo-se, quase cerca de trinta anos, em custódia de uma mera acumulação capitalista desordenada e em opositora radical a qualquer intervenção que garantisse a liberdade de mercado, a ponto de bloquear as medidas destinadas a superar a maior e mais dramática crise da história do país. Na Europa de pós-guerra procurou-se superar o modelo bonapartista, que se havia revelado útil aos totalitarismos e autoritarismos, fazendo-o de modo a elidir as dificuldades norte-americanas, escolhendo a horizontalização do judiciário e a divisão orgânica de suas funções.³⁹

Diante desta luta de poder político não há, para ZAFFARONI, como se adotar uma atitude de neutralidade teórica, se o que se deseja são mudanças. Faz-se necessário o esclarecimento dos objetivos políticos almejados, bem como de uma clara estratégia para alcançá-los. Como objetivo político, Eugênio Raúl ZAFFARONI visa com suas análises o estabelecimento de reais (não só formais) sociedades embasadas no modelo de bem-estar social equivalente ao dos Estados de Direito Constitucional. Como tática para alcançar referido objetivo, o autor indica que:

A análise da história das lutas pelo poder tem mostrado, nos exemplos e modelos democráticos do mundo, que na área judiciária foi aberta uma passagem decisiva ao progressivo reconhecimento das três funções manifestas; e conseqüentemente, como tática para o seu melhor cumprimento, revela-se como mais eficaz e recente a diversificação orgânica dessas funções, com controle constitucional centralizado em um órgão de nomeação dispersa, com governo em um órgão pluralista e democraticamente representativo e com decisão de conflitos em juízes designados consoante a regra da máxima capacidade técnica.⁴⁰

efeito da interferência da justiça, muitas vezes, não consiste senão em transformar, pelo aspecto com que se apresenta o caso, uma questão ‘política’ em questão ‘judicial’. Mas a atribuição de declarar inconstitucionais os atos de legislatura envolve, inevitavelmente, a justiça federal em questões políticas. É, indubitavelmente, um poder, até certa altura, político, exercido sob as formas judiciais.” BARBOSA, Rui apud LACERDA, V. C. de (Org). **Rui Barbosa:** escritos e discursos seletos. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997. p.530-531. Ainda que Rui BARBOSA não adentre especificamente nas questões políticas envolvidas para a permissão ou não ao Judiciário para o exercício de tal jurisdição, é também indubitável que tal competência ao judiciário, a conformação estrutural para sua efetividade ou não, são questões de opções políticas de cada Estado, em especial importantes aos Estados Democráticos de Direito.

³⁹ ZAFFARONI, op. cit., p.78-79.

⁴⁰ Ibidem, p.80.

Se a questão do Judiciário é de poder, é preciso acentuar, no que se refere ao assunto, que poucas vezes as observações de um autor foram tão desvirtuadas quanto as de MONTESQUIEU. Como um sociólogo do Direito, referido autor tratou da necessidade de separação dos poderes, partindo do fato que todo o poder induz ao abuso, ou seja, sempre que há poder sem controle ocorre abuso de poder.⁴¹ A propósito, aduz ZAFFARONI:

Entendendo Montesquieu sociológica e politicamente – e não jurídica ou formalmente – não resta dúvida de que ele quer significar que o poder deve estar distribuído entre órgãos ou corpos, com capacidade de regerem-se de forma autônoma com relação a outros órgãos ou corpos, de modo que se elida a tendência ‘natural’ ao abuso. Não há em Montesquieu qualquer expressão que exclua a possibilidade dos controles recíprocos, nem que afirme uma absurda compartimentalização que acabe em algo parecido com “três governos” e, menos ainda que não reconheça que no exercício de suas funções próprias esses órgãos não devam assumir funções de outra natureza (o judiciário e o legislativo, em seus auto-governos, assumem funções administrativas; o executivo, ao regulamentar as leis, ao encaminhar projetos de leis e ao vetá-los, exerce funções legislativas; algumas constituições reconhecem limitadas funções de iniciativa parlamentar aos judiciários, etc).⁴²

Ou seja, MONTESQUIEU denunciou a concentração de poder. A idéia de separação de poderes tem seu sentido no fato de se impedir a concentração de poder e, conseqüentemente, o seu abuso.⁴³

Assim, se “a chave de poder do judiciário se acha no conceito de independência”⁴⁴, que independência é essa? A independência do Poder Judiciário depende de dois fatores: primeiramente, da independência da magistratura, no que se refere a seu autogoverno e, em segundo lugar, da independência do juiz em relação a pressões externas e internas⁴⁵. ZAFFARONI, citando Nicola Picardi,

⁴¹ Ibidem, p.81.

⁴² Ibidem, p.82-3.

⁴³ Ibidem, p.83. Nas palavras do próprio MONTESQUIEU, “... a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites. (...) A liberdade política de um cidadão é a liberdade que provém da confiança que cada um tem na sua segurança; para que esta liberdade exista é necessário um governo de tal ordem que nenhum cidadão possa temer o outro. Quando o poder executivo e o poder legislativo se reúnem na mesma pessoa, não há liberdade; falta a confiança porque se pode temer que o monarca ou o Senado façam leis tirânicas e as executem eles mesmos tiranicamente. Não há liberdade se o poder de julgar não estiver bem deslindado do poder legislativo e do poder executivo. Se não estiver bem separado do poder legislativo se poderá dispor arbitrariamente da liberdade e da vida dos cidadãos; como que o juiz fosse legislador. Se não estiver separado do poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo se tornaria perdido se o mesmo homem, a mesma corporação de próceres, a mesma assembléia do povo exercesse os três poderes: o de ditar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os delitos ou os pleitos entre particulares.” MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 156.

⁴⁴ ZAFFARONI, op. cit., p.87.

⁴⁵ Sobre este aspecto da necessária independência do Poder Judiciário, Maria da Glória Lins da Silva COLUCCI e José Maurício PINTO DE ALMEIDA asseveram que “abrange, portanto, a

explana que “a independência judicial pode ser distinguida em independência da magistratura e independência do juiz. A primeira é condição da segunda e implica a autonomia de governo e o poder disciplinar. A independência do juiz, por sua vez, pode ser externa e interna”.⁴⁶

O próprio ZAFFARONI complementa ainda a ideia afirmando que:

A independência da magistratura nesse sentido é a que corresponde aos órgãos ou ao conjunto de órgãos judiciários e do ministério público, quer dizer, ao seu auto-governo, que implica o poder disciplinar. Definitivamente seria o que chamamos função de auto-governo do judiciário. A independência do juiz, ao revés, é a que importa a garantia de que o magistrado não estará submetido às pressões de poderes externos à própria magistratura, mas também implica a segurança de que o juiz não sofrerá as pressões dos órgãos colegiados da própria judicatura.⁴⁷

Assim, no entender de ZAFFARONI, as independências interna e externa do juiz “são igualmente necessárias para possibilitar sua independência moral, ou seja, para dotá-lo do espaço de decisão necessário a que resolva conforme seu entendimento do direito”.⁴⁸ Neste contexto, percebe-se que a independência torna-se um pressuposto para a imparcialidade que, por sua vez, é imprescindível para a jurisdição. Conforme as palavras do autor, “dentro do marco do modelo democrático, o juiz requer independência – externa e interna – na medida em que é pressuposto da imparcialidade, que é caráter essencial da jurisdição. Aquele que não se situa como terceiro ‘supra’ ou ‘inter’ partes, não é juiz”.⁴⁹

independência do Poder Judiciário duplo aspecto: a Política e a Jurídica. a) Independência Política – compreende o conjunto de garantias que a Constituição Federal dá ao Poder Judiciário como um todo e a seus membros em particular, no exercício de suas funções, subtraindo-os da ingerência dos demais poderes. Manifesta-se a independência política no autogoverno da magistratura, nas garantias dadas aos magistrados e nas que são conferidas às partes. [...] b) Independência Jurídica – Diz respeito aos juízes de um modo particular, que têm desta forma assegurada a liberdade de julgamento (princípio da livre convicção), não se subordinando em suas decisões a outros órgãos do próprio Poder Judiciário ou de outros poderes.” COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva; PINTO DE ALMEIDA, José Maurício. **Lições de teoria geral do processo**. Curitiba: Juruá, 1990. p.95-96.

Sobre esta independência jurídica, também Moacyr Amaral SANTOS nos diz que “... quer isto dizer que o juiz, conquanto componente de um organismo cujos órgãos se distribuem em instâncias ou graus, uns inferiores, outros superiores, é idêntico sempre, qualquer que seja o posto que ocupe na hierarquia judiciária. No exercício da função jurisdicional, o juiz não se subordina a qualquer órgão judiciário, do qual não recebe ordens ou instruções, e cujas decisões não está obrigado a aceitar como normas de decidir”. SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1990. vol. I. p.102.

⁴⁶ ZAFFARONI, op. cit., p.87.

⁴⁷ Ibidem, p.87-88.

⁴⁸ ZAFFARONI, op. cit., p.89-90.

⁴⁹ Ibidem, p.90-91.

Ao se falar sobre imparcialidade, é preciso distingui-la de neutralidade⁵⁰, porque não é incomum exigir-se do juiz a neutralidade. E tal exigência não é passível de ser atendida, pois o juiz é um cidadão inserido em uma ordem de ideias, com uma compreensão própria do mundo, uma visão da realidade⁵¹. Por isto “o juiz não pode ser alguém neutro, porque não existe a neutralidade ideológica”.⁵²

Neste contexto, como pode o Judiciário operar imparcialmente em um sistema democrático?

Não há outra imparcialidade humana além da que provém do pluralismo, e este só é possível dentro de um modelo democrático de magistratura que permita os agrupamentos democráticos e espontâneos, e o controle recíproco dentro de sua

⁵⁰ PORTANOVA define a imparcialidade como sendo o fato de que “o juiz não deve ter interesse pessoal em relação às partes em litígio, nem retirar proveito econômico do litígio. (...) A imparcialidade é condição primordial para que um juiz atue. É questão inseparável e inerente ao juiz não tomar partido, não favorecer qualquer parte, enfim, não ser a parte. Em verdade, a expressão juiz imparcial é redundância e seria quase desnecessário falar em imparcialidade, tal é a imanência existente entre juiz e imparcialidade.” PORTANOVA, op. cit., p. 77-79.

Por sua vez, a neutralidade para PORTANOVA “é dado subjetivo que liga o *juiz-cidadão-social* e sua visão geral de mundo, no concerto da comunidade e da ciência. O juiz, como cientista, quer queira quer não, tem engajamento pessoal com algum tipo de valoração, pois sendo produto humano, ‘a ciência participa das vicissitudes da ação social. Não há ciência absolutamente isenta de valoração e de ideologia’. Trata-se, em última análise, da posição pessoal do juiz referente à tese de direito em questão. Claro, não pode causar qualquer impedimento ao juiz o fato de pensar o direito de determinada maneira e mesmo de ter manifestado ua opinião sobre tese de direito sujeita à sua decisão.” Ibidem, p. 78.

No mesmo viés, Cândido Rangel DINAMARCO assevera que “o processualista moderno sabe também que a imparcialidade não se confunde com a neutralidade axiológica, porque o juiz é membro da sociedade em que vive e participa do seu acervo cultural e problemas que a envolvem, advindo daí as escolhas, que, através dele, a própria sociedade vem a fazer no processo. Agindo como canal de comunicação entre o universo axiológico da sociedade e o caso concreto, o juiz não inova e não infringe o dever de imparcialidade.” DINAMARCO, Cândido Rangel apud PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 78-79.

⁵¹ Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, sobre a questão da imparcialidade e neutralidade dos juízes, nos diz que “A visão tradicional não dá conta, coerentemente, da explicação do papel do juiz, o que pode ser constatado a partir da falta de referenciais semânticos adequados aos conceitos que oferta. *Órgão estatal desinteressado; imparcialidade; neutralidade* e outros elementos formam o pano de fundo que só faz surgir uma irreal versão ao seu efetivo papel. Não é por outro motivo que muitos têm o juiz como um semideus (ou quase), desideologizado, o que é inaceitável. (...) Desde logo, no entanto, é preciso que fique claro que não há imparcialidade, neutralidade e, de consequência, perfeição na figura do juiz, que é um homem normal e, como todos os outros, sujeito à história de sua sociedade e à sua própria história.” (...) “democracia – a começar a processual – exige que os sujeitos se assumam ideologicamente. Por esta razão é que não se exige que o legislador, e de consequência o juiz, seja tomado completamente por neutro, mas que procure, à vista dos resultados práticos do direito, assumir um compromisso efetivo com as reais aspirações das bases sociais. Exige-se não mais a neutralidade, mas a clara assunção de uma postura ideológica, isto é, que sejam retiradas as máscaras hipócritas dos discursos neutrais, o que começa pelo domínio da dogmática, apreendida e construída na base da transdisciplinariedade. O novo juiz, ciente das armadilhas que a estrutura inquisitória lhe impõe, mormente no processo penal, não pode estar alheio à realidade; precisa dar uma ‘chance’ (questionando pelo seu desejo) a si próprio, tentando realizar-se; e a partir daí aos réus, no julgamento dos casos penais. Acordar para tal visão é encontrar-se com seu novo papel.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 14-48.

⁵² ZAFFARONI, op. cit., p.92.

estrutura. (...) o poder judiciário também se pluraliza, mediante uma estrutura que permita que, no seu seio, convivam pessoas com diversidade interpretativa, que se produza o debate interno, que operem as tensões próprias dos diversos modos de conceber o mundo e o direito. (...) Em oposição à imparcialidade garantida pelo pluralismo ideológico dentro da magistratura, a única coisa que se oferece como alternativa é a falsa imagem de um juiz ideologicamente asséptico, o que não passa de uma construção artificial, um produto da retorta ideológica, um homúnculo repellido pela realidade. A promoção deste estereótipo não produz mais do que juízes completamente arbitrários e voluntariosos, porque não há maior arbitrariedade do que a daqueles que acreditam que são 'objetivos'.⁵³

A partir do exposto, um Poder Judiciário com independência, que viabiliza a atuação imparcial de seus juízes, por meio de um ambiente favorecedor do debate e da tensão interna, o que é próprio de um pluralismo democrático, resulta em uma magistratura politizada (e não partidarizada), capaz de cumprir sua função política. ZAFFARONI defende que:

Admitindo-se a separação de poderes no nível especulativo ou, se se preferir, falando-se apenas de separação de funções em razão de que o poder estatal deva ser único, o certo é que sempre que se fala do judiciário se está mentalizando um ramo do governo (...). Não se concebe um ramo do governo que não seja político, justamente porque seja governo. O sistema de *checks and balances* entre os poderes – ou funções, se se preferir – nada mais é do que uma distribuição de poder político. Cada sentença é um serviço que se presta aos cidadãos, mas também é um ato de poder e, portanto, um ato de governo, que cumpre a importante função de prover a paz interior mediante a decisão judicial dos conflitos. A participação judicial no governo não é um acidente, mas é da essência da função judiciária: falar de um poder do Estado que não seja político é um contra-senso.⁵⁴

Sem independência o Judiciário fica preso às diretrizes de um partido e, uma vez partidarizado, não terá a imparcialidade essencial à jurisdição, ou seja, não haverá verdadeira jurisdição.

Submeter os juízes às diretrizes de um partido político, de uma corporação econômica de qualquer grupo de poder, importa, definitivamente, cancelar sua 'jurisdição'. (...) por um lado, quanto mais consciente seja um poder judiciário acerca de seu papel político, mais idôneo será para cumpri-lo e, assim, desempenhar suas funções, que são sempre políticas; ao contrário, quanto mais partidário ou parcializado, menos jurisdicional será. A partidarização nada mais é do que o cancelamento da dimensão democrática da estrutura judiciária, supressora do pluralismo. (...) despolarizar o poder judiciário implica subtrair-lhe funções próprias, reduzindo seu poder até torná-lo incapaz de executar suas funções; por outro lado, despartidarizar o poder judiciário significa democratizá-lo, pluralizá-lo e, enfim, torná-lo idôneo ao exercício de suas funções manifestas.⁵⁵

O Poder Judiciário torna-se partidarizado pela submissão política a um partido ou a facções. E isto ocorre quando o juiz depende destes para sua

⁵³ Ibidem, p.93.

⁵⁴ Ibidem, p.94.

⁵⁵ Ibidem, p.95-96.

nomeação, permanência, promoção ou demissão. Por outro lado, quando “uma estrutura judiciária garante o pluralismo, evitando esta dependência, no âmbito de uma democracia com liberdade de expressão e de crítica, o controle público da atividade judiciária é facilitado, pois qualquer parcialidade será mais facilmente observada e denunciada pelos diferentes grupos de opinião, internamente, e pela opinião pública em geral.”⁵⁶

1.2 SELEÇÃO, FORMAÇÃO E MODELOS DE MAGISTRATURA

1.2.1 Modelos de Análise

Eugênio Raúl ZAFFARONI, na segunda parte de seu trabalho passa a identificar os modelos de magistratura existentes em vários países. Ele sintetiza três modelos básicos que “são produtos de momentos históricos diferentes, como três estágios da evolução política da magistratura, mas que, por subsistirem até nossos dias, nos servem para a análise política das atuais magistraturas”⁵⁷:

a) Modelo empírico primitivo: caracteriza-se por ter uma forma de seleção dos magistrados arbitrária, ou seja, por escolha ou nomeação. Como resultado, o nível técnico destes magistrados acaba deixando a desejar, o que resulta em uma precária prestação do serviço. Além disto, a independência não pode ser assegurada por tal forma de seleção, decorrendo daí uma tendência partidarizante destes juízes. Consequentemente, se houver controle de constitucionalidade, será precário e circunstancial. Neste modelo a segurança jurídica para investimentos produtivos é relativa. Finalmente, observa ZAFFARONI:

A cultura jurídica não pode ser rica por falta de estímulo e, definitivamente, o próprio Estado de Direito se apresentará como duvidoso. O contexto geral será o de países não democráticos ou com democracias pouco estáveis ou escassamente desenvolvidas, salvo quando, por outros fatores, a sociedade oponha limites ao poder estatal ou quando o próprio Estado oponha reparos às deficiências da função política do judiciário mediante instituições controladoras e limitadoras.⁵⁸

b) Modelo tecno-burocrático: elimina-se a arbitrariedade da seleção e garante-se assim a melhora do nível técnico da magistratura. Por esta razão, aumenta a qualidade do serviço prestado, ainda que seja muito formalizado. Apesar da melhora

⁵⁶ Ibidem, p.99.

⁵⁷ Ibidem, p.102.

⁵⁸ Ibidem, p.102-103.

de nível técnico, tende o juiz a uma burocratização “carreirística” nesta conformação do Judiciário. Quanto à independência, no melhor dos casos será apenas externa. Se existir o controle de constitucionalidade, será pouco. Nesta conformação, é melhor a condição de segurança jurídica para investimentos produtivos racionais.

Para o autor:

Embora a cultura jurídica seja superior, não terá estímulo para alçar verdadeiro vôo teórico, diante da tendência aos métodos exegéticos e aos argumentos pragmáticos. Poder-se-á afirmar que favorece um Estado de Direito, mas de caráter legal (não constitucional). A característica geral não difere muito da anterior, ainda que corresponda a um contexto mais estável, mas não necessariamente mais democrático e que pode ser, inclusive, abertamente autoritário.⁵⁹

c) Modelo democrático contemporâneo: este, no entender de ZAFFARONI, é o que melhor atende as necessidades dos sistemas democráticos constitucionais. Suas características são as seguintes:

Conserva a seleção técnica do anterior, inclusive aperfeiçoada mediante um melhor controle sobre os mecanismos seletivos. A qualidade do serviço será mantida, ainda que melhor por efeito da redução da formalização através do impulso que lhe proporciona o controle permanente de constitucionalidade. O perfil do juiz tenderá para o de um técnico politizado (não partidariado nem burocratizado). A independência é melhor assegurada do que nos outros modelos, tanto externa quanto internamente. O controle de constitucionalidade é privilegiado com um tribunal designado mediante seleção dispersa, o que eleva seu nível. No que dependa da magistratura, serão melhores as condições para o investimento produtivo racional. A cultura jurídica se elevará, como efeito do vôo teórico requerido para operar-se com uma magistratura pluralística e, portanto, dinâmica. O Estado de Direito será fortalecido com a tendência da forma constitucional. Na medida em que esta estrutura seja real e não se reduza a uma planificação constitucional desvirtuada por vícios instrumentais, a característica geral não pode ser outra que a de uma democracia.⁶⁰

Partindo das características próprias destes modelos de magistratura, ZAFFARONI passa a analisar e qualificar várias magistraturas desenvolvidas e que acabaram inspirando diversos países a imitá-las, ainda que com peculiaridades. Assim, ele examina as magistraturas da Inglaterra e Estados Unidos (que qualifica como empíricas, tendo superado o primitivismo por características próprias desenvolvidas historicamente), da antiga União Soviética (modelo empírico-primitivo), do Japão e da Alemanha (qualificados por ele como tecno-burocratas).⁶¹ Após tais análises, passa a detalhar cada modelo e a enquadrar ainda outros modelos de magistratura, como se passará a expor na sequência.

⁵⁹ Ibidem, p.103

⁶⁰ Ibidem, p.103-104.

⁶¹ Ibidem, p.104.

1.2.2 Modelos Empírico-Primitivos

Na América Latina, em quase todos os casos, os modelos de magistratura são inspirados no modelo norte-americano, com supremas cortes aparentemente fortes, todavia sem independência em relação aos poderes políticos, que procuram o controle dos órgãos de cúpula, resultando em judiciários partidarizados. Como observa ZAFFARONI:

Como tanto nossos políticos quanto nossos ditadores sempre controlaram as cúpulas dos judiciários, jamais sentiram a necessidade de horizontalizar nem de distribuir organicamente o poder dessas cúpulas, diferentemente do que experimentaram os operadores políticos europeus no último pós-guerra. Ao contrário, acentuou-se a tendência de aumentar e centralizar ainda mais o poder das cúpulas, quer dizer, de verticalizar mais a estrutura judiciária para melhor controlá-la. (...) A lógica de nossos executivos foi pelo caminho mais simples: é mais simples controlar um pequeno corpo de amigos que mandam sobre os demais do que controlar diretamente todo um poder judiciário, isto é, juízes de todas as instâncias. O resultado foram cúpulas hierarquicamente fortes e politicamente fracas, como quiseram os executivos.⁶²

Na América Latina, encontram-se nesta vertente empírico-primitiva as Constituições de países como a Argentina, Bolívia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, República Dominicana e Venezuela. Diz o autor que “em quase todos os países os operadores políticos nomeiam os integrantes das cúpulas judiciárias, sem qualquer limite formal que supere os requisitos mínimos de cidadania, idade e título hábil”.⁶³

1.2.3 Modelos Tecno-Burocráticos

Este modelo caracteriza-se especialmente por uma séria seleção técnica dos magistrados mediante concurso⁶⁴, o que permite a superação do modelo

⁶² Ibidem, p.119-120.

⁶³ Ibidem, p.121.

⁶⁴ Sobre a importância da seleção de juízes mediante concurso público, Dalmo de Abreu DALLARI nos diz que “... não há dúvida de que, na sociedade moderna, o melhor modo de seleção de Juízes é o concurso público, aberto, em igualdade de condições, a todos os candidatos que preencham certos requisitos fixados em lei, excluída qualquer espécie de privilégio ou discriminação. Desde que a Constituição preveja esse modo de escolha e uma vez que os Juízes, regularmente selecionados, atuem nos limites de sua competência legal, não há como por em dúvida sua legitimidade. Esta decorre da Constituição e não é menor do que a resultante do processo eleitoral.” DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 24-25.

empírico-primitivo, mas que ainda não é suficiente para configurar uma estrutura jurídica democrática.⁶⁵ Nas palavras de ZAFFARONI:

... pensamos que o método de recrutamento ou seleção dos juízes que até hoje é mais compatível com a democracia é o do concurso público de provas e títulos. (...) De qualquer modo, a seleção forte mediante concurso só serve para garantir o nível técnico da magistratura, mas se mantiverem as estruturas verticalizantes e hierárquicas com concentração do poder de cúpula, o modelo que surgirá será o tecno-burocrata, dominante na Europa até a segunda guerra.⁶⁶

Se por um lado a melhora deste nível técnico da magistratura pode favorecer uma passagem para um modelo democrático contemporâneo quando em um contexto tendente à democracia, por outro o forte carreirismo burocrático aliado a um verticalismo hierarquizado em um contexto mais arbitrário pode levar a um retrocesso, ou seja, a um empirismo-primitivo⁶⁷.

Isto ocorreu com as tecno-burocracias das magistraturas europeias antes da Segunda Guerra, que foram terreno fértil condescendente com as barbáries que culminaram no conflito. Nas palavras de ZAFFARONI, “qualquer estrutura tecno-burocrática pode revolucionar no sentido do modelo democrático contemporâneo, mas também pode degradar-se no sentido de um modelo empírico, dependendo das forças que atuem em seu interior e do ‘ambiente’ em que se enquadre”.⁶⁸

Uma das razões para tanto é que no modelo tecno-burocrata desenvolveu-se a imagem do juiz “asséptico”, neutro, “apolítico”. Estando o juiz sob uma dependência vertical externa ou interna, sob este falso manto de neutralidade e de apoliticidade, tem ele um mecanismo de fuga, de defesa. Conforme explica o Dr. ZAFFARONI:

A burocratização é, justamente, uma reação defensiva que permite sobreviver na dependência interna e externa, gerada através da ameaça de sanções, de bloqueio de ascensões e promoções, de remoções arbitrárias, de campanhas difamatórias internas, de pressões policiais e de agências administrativas, etc. A defesa contra as condições institucionais adversas, nestas estruturas, são as atitudes ou comportamentos ritualistas, que consistem em cumprir de modo reiterativo, obsessivo e submisso as mesmas formas, esquecendo ou relegando os conteúdos e objetivos da função. Afora o

⁶⁵ ZAFFARONI, op. cit., p.141.

⁶⁶ Ibidem, p.147.

⁶⁷ PORTANOVA esclarece que “os aspectos que fazem uma jurisdição mais ou menos independente começam pela forma de ingresso do juiz na magistratura. Das diversas formas existentes, a que tem garantido independência é a do concurso público. Por outro lado, a que menos dá garantia de independência é a nomeação do juiz pelo Executivo. (...) No Brasil, a grande maioria dos juízes ingressa por concurso público. Mas, por infelicidade, justamente no órgão de cúpula do sistema judiciário (Supremo Tribunal Federal) e no Superior Tribunal de Justiça, Superior Tribunal Militar e Superior Tribunal do Trabalho, os juízes são nomeados.” PORTANOVA, op. cit., p.75-76.

⁶⁸ ZAFFARONI, op. cit., p.159.

ritualismo, outro mecanismo de fuga será a negação consciente ou inconsciente do próprio condicionamento, mediante decisões evasivas, isto é, diante de qualquer decisão suscetível de gerar conflitos, adota-se a atitude primária de evitá-la, apelando a qualquer recurso formal (suscitar incompetência mais ou menos descabida, subordinar a decisão de mérito à alçada, etc).⁶⁹

O resultado desta situação para o juiz é uma frustração da criatividade. Os interesses passam a ser questões promocionais e salariais (sobrevivência pessoal na instituição). Se não ocorrerem erros disfuncionais de conduta, este juiz poderá chegar às cúpulas, pois está condicionado e lá reproduzirá o sistema.⁷⁰

Para ZAFFARONI, o Brasil é uma exceção no contexto latino-americano, pois corresponde a um modelo tecno-burocrata. Ao seu ver, o caso do Brasil "... é o único da estrutura judiciária latino-americana que escapa ao modelo empírico-primitivo, pois corresponde preferencialmente ao modelo técnico-burocrata. (...) Trata-se de um sistema em que a qualidade técnica de seus membros é assegurada por concurso, cujo governo é vertical (...) Não se trata de um modelo democrático contemporâneo, pois carece de órgão de governo horizontal e porque seu tribunal constitucional é de designação puramente política e não dispersa."⁷¹

1.2.4 A Superação da Tecno-burocracia pelos Judiciários Democráticos Contemporâneos

Até a Segunda Guerra Mundial prevaleceu nos judiciários europeus um modelo tecno-burocrata. Ocorre que, após o evento bélico, percebeu-se que este modelo não era adequado aos sistemas democráticos, porque fracassou em sua função política, já que não foi capaz de deter o retrocesso a um empirismo-primitivo dos governos ditatoriais nazista, stalinista, etc. Os juízes burocratas, condicionados que foram em não questionar, mas apenas a cumprir, serviram, igualmente, tanto aos sistemas democráticos como aos ditatoriais que os sucederam. Mudanças estruturais eram necessárias.⁷² ZAFFARONI explica:

⁶⁹ Ibidem, p.158.

⁷⁰ Ibidem, p.159.

⁷¹ Ibidem, p.125.

⁷² Sobre isto, VELLOSO nos lembra que "... os povos do velho mundo tinham se esquecido da Constituição. Sentiram, então, na própria carne os desmandos do Estado autoritário: o nazismo na Alemanha, o fascismo na Itália, o franquismo na Espanha, o salazarismo em Portugal. E o que dizer do que ocorreu nos países da Europa oriental. Tem-se, pois, a partir do pós 2ª Guerra, o florescimento da jurisdição constitucional nos seus dois aspectos: a jurisdição constitucional

No início do pós-guerra, os políticos da reconstrução europeia situaram-se em uma difícil conjuntura. Além do dado anedótico que lhes impunha a criação de estruturas democráticas, isto é, a necessidade de mostrar claramente ao mundo que se dispunham a alterar não apenas o rosto, mas o conteúdo dos sistemas políticos que os haviam precedido imediatamente no poder, quase todos eles haviam experimentado pessoalmente a indiferença dessas burocracias judiciárias e a sua real adesão aos autoritarismos e totalitarismos precedentes e perceberam que a solução não passava por uma mera questão de pessoas, senão por uma profunda transformação das estruturas judiciárias que haviam condicionado essas atitudes. Não poderemos esquecer que muitos dos políticos da reconstrução europeia eram vítimas da perseguição do nacional-socialismo, do fascismo, do 'lavalismo', etc. Não podiam deixar de perceber que o fenômeno era de estrutura e de perfil, não apenas de homens.⁷³

A burocracia é necessária a qualquer Poder Judiciário. O desafio seria o de fazer com que esta necessária burocracia não se tornasse inerte e adaptável a qualquer sistema, democrático ou não, com o intuito único de perpetuar-se no poder. Era preciso “superar o que alguns preferiram chamar de ‘buropatologia’ e que são os desenvolvimentos ilimitados do poder burocrático segundo sua própria inércia”.⁷⁴

propriamente dita, ou seja, controle de constitucionalidade, e jurisdição constitucional das liberdades”. VELLOSO, op. cit., p.21.

⁷³ ZAFFARONI, op. cit., p.167.

⁷⁴ Ibidem, p.169. Tendo em vista a teoria de ZAFFARONI sobre a tecno-burocracia, em especial ao caso brasileiro, é interessante neste momento observar as palavras do Juiz do TRF da 1ª Região, Dr. Fernando da Costa TOURINHO NETO que afirma que “o que temos, na verdade, é uma justiça arcaica, com os juizes, em razão de sua própria formação, descomprometidos com a realidade brasileira. (...) o Brasil é um país em que mais de quarenta por cento da população vive na miséria. O Juiz não pode esquecer disso. O juiz, por isso mesmo, não pode mais simplesmente interpretar e aplicar a lei. Tem, também, de criar o direito, e, assim, aperfeiçoar a ordem jurídica. Justiça, como afirmado por Roberto LYRA FILHO, ‘é Justiça Social, antes de tudo: é atualização dos princípios condutores, emergindo nas lutas sociais, para levar à criação duma sociedade em que cessem a exploração e opressão do homem pelo homem; e o direito não é mais, nem menos do que a expressão daqueles princípios supremos, enquanto modelo avançado de legítima organização social da liberdade’. (...) A verdade é que, na estrutura do Estado, o Poder Judiciário é instrumento de dominação. A montagem desse sistema teve início com a burguesia agrária e a mercantil, grupos dominantes da classe dirigente, no início do século, que, como observou Orlando Gomes ‘mantinham o país subdesenvolvido, porque essa era a condição de sobrevivência dos seus privilégios econômicos e da sua ascendência social no meio em que viviam’. Prossegue nas nossas escolas de Direito, onde se ensina o *dura lex sed lex*. E lei que é dura, como disse Pontes de MIRANDA, ‘é feroz, é bárbara, é autoritária’. Resultado disso: juizes conservadores, distanciados da realidade social. Acrescente-se que os nossos legisladores são, em sua maioria, eleitos pelos setores que dominam a máquina estatal. Antigamente, como lembrado por Orlando Gomes, os ‘grandes proprietários rurais praticamente nomeavam os legisladores e governadores, em farsas eleitorais’. Hoje, são as grandes empreiteiras, os grandes grupos econômicos, os banqueiros, etc. Nada mudou, portanto. Como consequência, temos leis retrógradas, conservadoras. É natural. As classes dominantes não querem ser apeadas do poder. ADAMS explica que ‘a classe dominante (seitas, soldados, banqueiros) impõe o que lhe apraz, e os legisladores e juizes não são mais do que o instrumento subconsciente por intermédio do qual se efetiva a vontade da classe dominante’.” TOURINHO NETO, Fernando da Costa. A democratização da Justiça. **Revista da AJUFE**. Brasília, n.58, p.217-226, 1998. p.219-220. Como podemos perceber, temos um Poder Judiciário técnico-burocrata, mas temos arraigados em nosso país os males que podem forjar um retrocesso a um modelo de judiciário empírico, como ocorreu nos países europeus antes da 2ª grande guerra, pois tecnicamente é bem preparado, todavia tem sido muitas vezes falho em sua função política. Por isto, faz-se urgente a busca pela

Assim, o modelo democrático contemporâneo, para ZAFFARONI, (...) tem seus limites dentro de um prévio acordo acerca da jurisdição como exercício de poder estatal e que, pois, sua virtude se situará em que diminui a tendência de atuar por inércia, no que em boa parte não pode deixar de ser uma burocracia. O governo pluralístico, o voto igualitário de todos os juizes para participarem no governo, a desierarquização administrativa dos colegiados, formas de participação direta da cidadania, publicidade das atuações, oralidade, supressão dos segredos, pluralização de nomeação para o tribunal constitucional, etc. são todas medidas que tendem a impedir que o poder burocrático se desdobre por inércia e que os objetivos deste substituam os próprios das funções judiciárias.”⁷⁵

Finalmente, o autor conclui que “por mais primitivo que seja um sistema empírico, nada impede uma correta seleção dos mais capazes por via do concurso entre todas as pessoas com formação jurídica de um país, como tampouco a composição de um órgão de governo pluralístico, integrado por mandato de juizes, legisladores, advogados, universitários, etc”.⁷⁶

2 PANORAMA ATUAL DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

2.1 O ESTADO E SUAS FUNÇÕES

Todo Estado atua, basicamente, por meio de três funções: a Legislativa, a Executiva e a Judiciária. Estas funções, nas palavras de Celso Ribeiro BASTOS, podem ser assim descritas:

A função legislativa consiste em estabelecer as normas gerais e abstratas que regem a vida em sociedade. É dizer, não são comandos concretos voltados para pessoas determinadas mas uma manifestação de vontade a ser feita valer toda vez que ocorrer um fato descrito na norma. A função executiva consiste em traduzir num ato de vontade individualizado a exteriorização abstrata da lei, por exemplo, o dizer que todo aquele que importa determinada mercadoria está obrigado a pagar um tributo é uma lei. Mas o cobrar de uma pessoa específica uma quantia correspondente à determinada na lei é um ato executivo. Já o dirimir possíveis controvérsias que possam surgir por ocasião da aplicação da lei vem a ser a função jurisdicional. No exemplo dado, se o particular

democratização deste judiciário, que pode possibilitar um passo a mais em direção a um país em cuja democracia pode se fazer mais e mais presente uma justiça social.

⁷⁵ ZAFFARONI, op. cit., p.170.

⁷⁶ Ibidem, p.188.

cobrado acha que o tributo é indevido surge uma querela ou um conflito que precisará ser resolvido de forma definitiva.⁷⁷

Nos Estados absolutistas o poder era centralizado na figura do rei. Mas para o emergente Estado Liberal não interessava mais tal configuração estatal. Desenvolveu-se, então, a teoria da separação das funções estatais, a fim de propiciar o controle de um poder pelo outro, o que foi feito por MONTESQUIEU. Ele percebeu que o homem que detém o poder é tentado a dele abusar, fazendo-o até onde encontra limites.

Para que efetivamente haja liberdade, os cidadãos necessitam de segurança, e para que haja liberdade política, o Estado precisa de mecanismos que impeçam o abuso do poder por parte de seus agentes. Se as funções estatais ficarem reunidas na mão de uma única pessoa, não há como garantir segurança e nem liberdade. Isto porque, se uma mesma pessoa faz leis e as executa e, em caso de controvérsias, ela própria julgar, não há garantias contra a vontade suprema desta pessoa, ou seja, não há limites a si e, conseqüentemente não há segurança contra injustiças e nem haverá liberdade. Por isto, a fim de garantir segurança e liberdade, as funções estatais de legislar (Poder Legislativo), de executar (Poder Executivo) e de julgar (Poder Judiciário) necessitam estar em mãos de diferentes pessoas.⁷⁸

Todavia, quando se fala sobre a tripartição de funções do Estado, deve-se observar que as interpretações sobre a teoria de MONTESQUIEU são divergentes, sendo que alguns entendem que o mesmo apregoou uma separação absoluta das funções⁷⁹, sendo esta suficiente para conter os abusos, e outros entendem que não.

Para ZAFFARONI, adotando este último entendimento, não pretendia MONTESQUIEU uma separação absoluta dos poderes, e nem tão pouco o domínio de um poder sobre o outro, e menos ainda a existência de três governos. Sua

⁷⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 75-76.

⁷⁸ MONTESQUIEU, op. cit., p. 156.

⁷⁹ Dentre estes doutrinadores que sustentam a idéia de que MONTESQUIEU defendia uma separação absoluta dos poderes encontra-se André Ramos TAVARES, que explana que “se tradicionalmente a separação concebia-se entre Legislativo e Executivo, MONTESQUIEU veio a acrescentar a função judicial. (...) Contudo, quanto à função de jurisdição, é de amplo conhecimento o que Montesquieu pensava a seu respeito, considerando que ‘os juizes de uma nação não são mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor’. No particular, MONTESQUIEU assume uma concepção iluminista de lei e uma idéia mecanicista de função judicial”. TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.1011.

intenção era o controle do poder, pois o poder absoluto corrompe. Daí a divisão das funções estatais em órgãos diferentes do Estado, para evitar a concentração do poder e o controle mútuo. Assim, segundo ZAFFARONI, na teoria de MONTESQUIEU não há a ideia de uma separação absoluta dos poderes que implique a exclusão da possibilidade de controles recíprocos. Mesmo porque, no exercício de suas funções essenciais, cada poder acaba assumindo tarefas que a princípio seriam de outro. Com efeito, Legislativo e Judiciário em seus autogovernos exercem funções administrativas, o Executivo atua legislativamente ao encaminhar projetos de leis, regulamentá-las e vetá-las, e ao Judiciário, em algumas constituições, têm sido reconhecidas funções legislativas.⁸⁰

BASTOS, por sua vez, sobre a tripartição de MONTESQUIEU, observa que esta se tornou um receituário para o emergente Estado Liberal e seus intentos, sendo que posteriormente, nos Estados Unidos desenvolveram-se com maior ênfase os mecanismos de freios e contrapesos (cheks and balances). Ele constatou que:

... esta doutrina não visava, tão-somente, a ser uma análise fria e objetiva das realidades do Estado, mas um verdadeiro receituário para criar-se o Estado Liberal. Vale dizer, o Estado cujo poder é contido ou limitado. MONTESQUIEU tinha uma profunda descrença quanto ao homem desvincular-se de todos os desatinos que o poder o leva a cometer. Para ele a força corruptora do exercício do mando político está sempre presente. Chegou mesmo a afirmar que se todo poder corrompe o homem o poder soberano o corrompe soberanamente. Não sendo possível apelar para uma eventual regeneração do próprio homem forçoso se tornou encontrar um remédio para o arbítrio e a prepotência dentro do mecanismo de exercício do poder. Era preciso, pois, dispor as coisas de tal sorte que o próprio poder contivesse o poder. Daí a necessidade do seu desmembramento em três funções distintas, exercidas por órgãos também diferenciados, de molde tal a que cada uma pudesse conter os possíveis abusos da outra. Estes mecanismos de controle recíproco foram mais desenvolvidos no século XIX. Deu-se-lhes o nome de “cheks and balances”, “freios e contrapesos”.⁸¹

Fato é que a tripartição dos poderes e os mecanismos de freios e contrapesos, na atualidade são aplicados em quase todos, senão todos, os Estados Democráticos de Direito, ainda que com variações próprias. No Estado Brasileiro há a separação dos poderes e a sistemática de freios e contrapesos, por sua vez, foi delineada na Constituição de 1988 da seguinte forma:

PODER LEGISLATIVO:

- **controla o Judiciário:**
 1. participando da escolha dos membros dos tribunais superiores (CF, art. 101, parag. único; art. 104, parág. único)

⁸⁰ ZAFFARONI, op. cit., p.82-83.

⁸¹ BASTOS, op. cit., p.77-78.

2. julgando os ministros do STF nos crimes de responsabilidade (CF, art. 52, II)
 3. fiscalizando a forma como é gerenciado o dinheiro público pelo Poder Judiciário, no exercício da atividade administrativa (CF, art. 71, II)
- **controla o Executivo:**
 1. julgando o Presidente da República, o Vice-Presidente, os ministros de Estado, nos crimes de responsabilidade (CF, art. 52, I);
 2. apreciando as contas do Presidente da República (CF, art. 51, II) e dos demais órgãos da Administração Pública (CF, art. 71, I e II);
 3. fiscalizando e controlando os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta (CF, art. 49, X), podendo convocar ministros de Estado para prestar informações (art. 58, III), criar comissões parlamentares de inquérito para apuração de fatos relevantes (art. 58, § 3º).

PODER EXECUTIVO:

- **controla o Judiciário:**
 1. nomeando os ministros do STF e dos demais tribunais superiores (CF, art. 101, parag. único; art. 104, parág. único; art. 84, XIV)
- **controla o Legislativo:**
 1. participando da elaboração das leis, através da sanção ou veto aos projetos de lei aprovados (CF, art. 84, IV e V);
 2. participando da escolha dos ministros do Tribunal de Contas da União.

PODER JUDICIÁRIO:

- **controla o Legislativo:**
 1. exercendo controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos;
 2. julgando os membros do Congresso Nacional nos crimes comuns, e os membros do Tribunal de Contas da União nos crimes comuns e de responsabilidade.
- **controla o Executivo:**
 1. exercendo o controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos;
 2. julgando o Presidente da República, o Vice-Presidente, os ministros de Estado, nos crimes comuns;
 3. julgando os ministros de Estado nos crimes de responsabilidade, quando esses não forem conexos com crimes atribuídos ao Presidente ou ao Vice-Presidente.⁸²

2.2 CONFORMAÇÃO LEGAL

Como explanado anteriormente, o Estado é o detentor da jurisdição, sendo o responsável por dizer o Direito quando ocorrem conflitos de interesses entre partes. E o Poder Judiciário é o conjunto de órgãos do Estado com esta função jurisdicional, ou seja, é o poder responsável pela solução dos conflitos de interesses na sociedade brasileira, sendo proibida, por regra geral, a autotutela, isto é, o uso de força coercitiva por conta própria. Nem sempre foi assim, pois como bem observa José Afonso da SILVA:

A jurisdição hoje é monopólio do Poder Judiciário do Estado (art. 5º, XXXV). Anteriormente ao período moderno havia jurisdição que não dependia do Estado. Os Senhores Feudais tinham jurisdição dentro de seu feudo: encontravam-se jurisdições feudais e jurisdições baronais. Lembre-se de que os donatários das Capitâneas Hereditárias no Brasil Colonial dispunham da jurisdição civil e criminal nos territórios de

⁸²

seu domínio. No período monárquico brasileiro, tínhamos a jurisdição eclesiástica, especialmente em matéria de direito de família, a qual desapareceu com a separação entre a Igreja e Estado. Agora só existe jurisdição estatal, confiada a certos funcionários, rodeados de certas garantias: os magistrados.⁸³

Para que no Estado Brasileiro se possa exercer a função jurisdicional, a Constituição Federal, em seu art. 92, instituiu o Poder Judiciário Brasileiro composto pelos seguintes órgãos:

- I) Supremo Tribunal Federal;
- IA) Conselho Nacional de Justiça;
- II) Superior Tribunal de Justiça;
- III) Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais.
- IV) Tribunais e Juízes do Trabalho;
- V) Tribunais e Juízes Eleitorais;
- VI) Tribunais e Juízes Militares;
- VII) Tribunais e Juízes dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Além do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), criado pela Emenda Constitucional nº 45 de 08/12/2004, cuja função é o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário brasileiro, bem como do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, a ordem judiciária do nosso país compreende:

(a) um órgão de cúpula, como guarda da Constituição e Tribunal da Federação que é o Supremo Tribunal Federal; (b) um órgão de articulação e defesa do direito objetivo federal, que é o Superior Tribunal de Justiça; (c) as estruturas e sistemas judiciários, compreendidos nos números 3 a 6 supra; (d) os sistemas judiciários dos Estados, Distrito Federal e Territórios.⁸⁴

Dentro desta contextualização constitucional, o STF é o órgão de cúpula do Sistema Judiciário brasileiro, responsável prioritariamente pela guarda da Constituição. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 imprime a este órgão a seguinte configuração e competência:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de 11 (onze) Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 (trinta e cinco) e menos de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

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

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...).

⁸³ SILVA, op. cit., p.551

⁸⁴ Ibidem, p.553.

2.3 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

Na década de 70, em meio ao contexto do regime ditatorial militar imposto ao país, o Judiciário nacional teve sua independência e, conseqüentemente, sua imparcialidade usurpadas pelo referido regime. Além de outros barbarismos sobre os quais notoriamente se tem conhecimento, inúmeras pessoas desapareceram e morreram sem julgamento justo, sem direito ao contraditório e à ampla defesa, e tudo isto com a condescendência de um Poder Judiciário submisso a um Executivo ditatorial.

Em decorrência disto, surgiram no Brasil discursos teórico-críticos, os quais relegaram o Direito, as Leis e a Constituição Federal à época vigente a uma posição secundária, de desprestígio. Paulo Ricardo SCHIER observa que:

... essas teorias, de certa forma, acabaram por desencadear algumas conseqüências problemáticas, dentre elas, numa primeira leitura, (i) a impossibilidade de se vislumbrar a dogmática jurídica como instrumento emancipatório, (ii) o desprestígio do discurso jurídico em face de outros saberes (como a sociologia, história, teoria de linguagem), (iii) a conseqüente migração dos estudantes de Direito para outros cursos, (iv) o desprestígio dos operadores jurídicos e dos teóricos do Direito, (v) a crença no Direito enquanto mero 'reflexo' das relações de poder dentro da sociedade e (vi) a extrema politização do discurso jurídico. Assevere-se, também, como conseqüência, (vii) um certo esvaziamento da dignidade normativa da ordem jurídica. (...) Neste quadro teórico, o discurso jurídico torna-se um discurso de 'segunda categoria', pois não tinha como objeto nenhum elemento da estrutura social, único *locus* onde seria possível alguma espécie de transformação do *status quo*. O espaço jurídico, assim, deixa de ser o espaço da libertação, da realização dos valores sociais, da emancipação, perdendo o *status* revolucionário que a modernidade lhe havia impresso. Agora o Direito oprime, domina, oculta, aliena e subjuga.⁸⁵

Tais assertivas refletem o pensamento do sociólogo Ferdinand LASSALE, que enfatizava os fatores reais de poder que formam a sociedade, ou seja, a “força ativa e eficaz que informa todas as leis e as instituições jurídicas vigentes”⁸⁶. Para LASSALE (...) a essência da Constituição (material) é a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação, sendo a Constituição escrita nada mais que um pedaço de ‘folha de papel’ onde esses fatores são documentados, impressos, tornando-se verdadeiro direito. (...) a Constituição Jurídica (a ‘folha de papel’) apenas é vinculante quando

⁸⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filragem Constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. p. 34-35.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 68

corresponde à Constituição Real. (...) o que possui força normativa é a dimensão fática do poder e não a sua codificação.⁸⁷

Partindo de tais premissas, os discursos teórico-críticos fomentaram um esvaziamento da dignidade normativa do Direito e, por conseguinte, da Constituição. Ocorre tais discursos têm um momento e contexto próprios, nos quais não se conferia valor normativo à Constituição. O Estado não se submetia às normas, mas apenas as impunha.

Segundo SCHIER, é "(...) preciso compreender cada uma das Constituições à luz de sua história, de sua geografia, de seu *lócus* social e político. Isto, certamente, não significará decretar-se o fim de uma "Teoria da Constituição" mas, sim, que os seus dados devem ser lidos à luz da história e das especificidades de cada povo. E daqui advém, sempre, a exigência de uma qualificação do discurso constitucional (referido a um tempo e espaço). (...) O discurso em andamento fala do Brasil, posteriormente ao seu processo de redemocratização, culminado pela elaboração da Constituição Federal de 1988, reconhecidamente vinculante, compromissória, democrática e dirigente. Vinculante porque, já no imaginário teórico dos operadores jurídicos nacionais, vem prevalecendo o entendimento da Constituição não mais como um catálogo de princípios políticos mas, sim, enquanto documento dotado de juridicidade, obrigando a observância em todos os níveis da federação, todos os "Poderes" do Estado e todos os particulares. Compromissória porque "condensa um compromisso entre as classes e frações de classes sociais que participaram do jogo político que conduziu a sua elaboração. Democrática, tendo em vista seu processo de elaboração. Afinal, 'não há, na atualidade, país que tenha passado por um processo tão democrático de elaboração constitucional' (...) A Constituição, ainda é dirigente, "porque estabelece fins, tarefas e objetivos para o Estado e sociedade brasileiros".⁸⁸

Em outras palavras, deve-se entender a normatização de um Estado e também a Constituição não somente em face dos poderes reais, como assevera LASSALE. É preciso observar todo o contexto em que está inserida tal normatização. No Estado Brasileiro, no contexto histórico atual, é possível falar-se em força normativa da Constituição, que não apenas sofre com as forças dos

⁸⁷ LASSALE apud ibidem, p. 68-69.

⁸⁸ Ibidem, p.91-94.

poderes sociais reais que a ela fazem oposição muitas vezes, mas que também impõe a estes poderes limitações e regramentos, influenciando-os e transformando-os. Em virtude disto, conclui SCHIER que:

... o discurso do constitucionalismo brasileiro deve ser permeado pela busca de uma normatividade integral da Constituição, em todas as suas dimensões, a partir dos dados encerrados no seu próprio texto, na sua própria história. Ademais, dever-se-á compreender esta normatividade no âmbito de um sistema que, antes de fechar as realidades jurídica e social em departamentos estanques, possibilita, sim, o diálogo. Os dados normativos da Constituição e a realidade social, política e econômica, passam a relacionar-se, numa composição dialética, não apenas na direção da normatividade à realidade (o discurso de que o Direito, sendo cogente, deve conformar a realidade) mas, também, na direção desta àquela (o discurso de que o Direito, principalmente através da hermenêutica, onde se realiza, também aprende e se atualiza com a realidade).⁸⁹

Portanto, no contexto brasileiro atual, a Constituição deixou de ser considerada como simples documento político de intenções, sem poder vinculante aos entes e agentes estatais. É neste sentido que Clemerson M. CLÈVE defende que a alteração desta configuração contextual tem por consequência o fato de que, atualmente, as Constituições são vistas como documentos com força normativa do Estado e da sociedade. Regulam elas o poder estatal impondo diretrizes específicas ao mesmo, determinando o vetor de suas ações e a forma de interação com a sociedade. Assim, a Constituição por sua força normativa vincula os Poderes Públicos, de forma positiva ou negativa, estando ultrapassada a noção da mesma como um conjunto de princípios políticos que o legislador e o administrador público procuram concretizar tão somente de acordo com sua pessoal discricionariedade. Ou seja, não se questiona na atualidade a juridicidade e a vinculatividade das normas constitucionais.⁹⁰

É o que também percebe Martônio Mont'Alverne Barreto LIMA, quando explana que:

... a Constituição Federal de 1988 merece sempre elogios, no que diz respeito à potencialidade democrática de seu conteúdo. Objetivamente, a definição do estado brasileiro como democrático implica em obrigar a todos os que agem em nome do estado à aplicação de preceitos segundo os requisitos da democracia. (...) a noção de democracia e de instalação permanente de uma cultura democrática se relaciona de forma indissociável com a convicção de que o representante do povo que exerce o poder do estado – seja ele o presidente da república, o seu deputado ou senador, ou ainda o juiz – não somente não pode ir além do que está determinado pelo povo (na forma de um “processo desencadeado pelo constituinte [que] não se detém”, tratando-se, portanto, de tornar o poder constituinte e, conseqüentemente, a soberania popular,

⁸⁹ Ibidem, p. 97.

⁹⁰ CLÈVE, op. cit., p.22-27.

“ilimitada”), como não lhes será permitido conviver com uma distância “entre o deliberante e o deliberado, entre quem decide e o quê da decisão.”⁹¹

José Afonso da SILVA, no mesmo viés, salienta este novo papel da Constituição Federal no Estado Brasileiro, discorrendo com maestria sobre a força normativa que adquiriu, bem como sobre a vinculação que exerce sobre os entes estatais. Por isto, o doutrinador defende que a Constituição é a lei suprema brasileira, estando todos a ela submissos, sejam os governos federal, estadual e dos municípios, que nela encontram suas limitações de atuação de forma expressa ou implícita, assim como toda a legislação infraconstitucional só terá sua validade legitimada se estiver em conformidade com os preceitos constitucionais.⁹²

Para que a Constituição Federal possa cumprir tão importante papel na sociedade, faz-se necessária a existência de mecanismos que a possam garantir efetivamente como Lei Fundamental do nosso Estado, sob pena de voltar a ser tão somente um documento político sem real efetividade, ou uma simples folha de papel como afirmou LASSALE.

O reconhecimento da Constituição como Lei Magna, no entender de CLÈVE, traz consigo não apenas a percepção de sua supremacia na ordem jurídica pátria, mas também torna iminente a necessidade de mecanismos suficientes para que possa ser juridicamente garantida sua qualidade de Lei Fundamental.⁹³

Neste contexto em que a Constituição assume tamanha importância na configuração do Estado Democrático de Direito Brasileiro, semelhante importância deve ser dada à jurisdição constitucional. Isto porque se o fundamento deste Estado não for protegido adequadamente, certamente também não o estará o próprio Estado Democrático nos termos constitucionais criado. É por isto que Jorge MIRANDA, enfatiza também que a Constituição só servirá de garantia ao direito das pessoas, bem como da ordem política e social, se ela mesma for garantida.⁹⁴

Em vista de todo este contexto constitucional da atualidade, é facilmente perceptível a dimensão política que assume o Judiciário, sendo que as discussões internas do país frente à questão da jurisdição constitucional das leis e dos atos da

⁹¹ LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. A democratização das indicações para o Supremo Tribunal Federal. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, n.3, p.507-521, 2003. p.511-513.

⁹² SILVA, op. cit., p. 46.

⁹³ CLÈVE, op. cit., p.25.

⁹⁴ MIRANDA, op. cit., p. 317.

administração pública, como defende ZAFFARONI, “são, definitivamente, debates sobre a função do judiciário e do modelo de Estado pelo qual se opta”.⁹⁵

A Constituição Federal Brasileira atual, já em seu preâmbulo, indica o Estado pelo qual opta e delinea suas normas, quando diz:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Se o que se deseja é um Estado efetivamente Democrático de Direito, nos termos constitucionais, faz-se mister que se estruture um Poder Judiciário que possa efetivamente garantir a Constituição, um Judiciário capaz de protegê-la daqueles que a ela se opõem, ou que possam vir a se opor, e venham tentar dela fazer uma simples “folha de papel” sem valor no plano fático.

3 CRISE DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

3.1 ENQUADRAMENTO DO JUDICIÁRIO NACIONAL NA TEORIA DE ZAFFARONI

3.1.1 Sintetizando a Teoria de ZAFFARONI

Para uma análise sobre o Poder Judiciário Brasileiro no que pertine à independência necessária para uma tutela eficaz, bem como à conformação ideal para que não se torne um poder sem freios, como já mencionado no primeiro capítulo deste trabalho, os estudos de Eugênio Raúl ZAFFARONI são de grande valia. Por isto, é mister retomar-se alguns dos conceitos já expostos com o fim de aplicá-los à análise do Judiciário nacional.

Primeiramente, na análise do Poder Judiciário, identificou ZAFFARONI que há basicamente três funções manifestas, ou seja, funções oficialmente atribuídas ao mesmo: (a) solução de conflitos, sobre a qual não há maiores questionamentos; (b) autogoverno, consequência da necessidade de independência,

⁹⁵ ZAFFARONI, op. cit., p.36.

mas cuja forma e limites impostos criam dúvidas sobre sua efetividade; e (c) justiça constitucional, cujo núcleo é o controle de constitucionalidade das leis.⁹⁶

Em relação à jurisdição constitucional, verificou ZAFFARONI que os debates giram em torno da função do judiciário, bem como do modelo de Estado pelo qual faz opção.⁹⁷

Ele percebeu também a inadequação das estruturas judiciárias da América Latina, em função de suas debilidades e dependências, para o desempenho a contento de uma função delimitadora, imprescindível para a consolidação do espaço democrático.⁹⁸

Enfatizou ainda que a questão do judiciário é, essencialmente, política⁹⁹, ou seja, a conformação dos judiciários dos países em geral decorre das lutas pelo poder nestes travadas. E isto se pode perceber pela simples observação dos fatos históricos. Na França, o medo em relação a um Judiciário cuja composição guardava uma forte influência pré-revolução, acabou por desembocar em um Poder submisso ao Poder Legislativo a princípio, mas que se tornou uma burocracia dependente do Executivo, capaz de servir a presidentes, reis, imperadores e primeiros ministros para assegurar sua “carreira” e as perspectivas de promoção. Nos Estados Unidos, um capitalismo forte foi capaz de cooptar o Judiciário e garantir que este impedisse qualquer intervenção estatal, o que resultou na maior crise financeira da história do país com a quebra da bolsa americana. Na Europa anterior à Segunda Grande Guerra, um Judiciário burocrático e carreirista submeteu-se às ditaduras que acabaram por promover o referido conflito. No pós-guerra, vários países procuraram efetuar uma horizontalização do Judiciário e a divisão orgânica de suas funções, a fim de capacitá-lo a garantir as constituições e a democracia que quase perderam.¹⁰⁰

Se o que se deseja são mudanças, não há, no entender de ZAFFARONI, como se adotar uma atitude de neutralidade teórica diante desta luta de poder político. Faz-se necessário o esclarecimento dos objetivos políticos almejados e também de uma clara estratégia política para alcançá-los. Como objetivo político, ZAFFARONI visa com suas análises o estabelecimento de reais (não só formais)

⁹⁶ Ibidem, p.35-6.

⁹⁷ Ibidem, p.36.

⁹⁸ Ibidem, p.34.

⁹⁹ Martônio Mont'Alverne Barreto LIMA, semelhantemente a ZAFFARONI, percebe o caráter político da jurisdição constitucional quando afirma que “na verdade, o direito constitucional não é nada mais que um direito político por excelência e a natureza política predominante da jurisdição constitucional também é inquestionável. LIMA, op. cit., p.514.

¹⁰⁰ ZAFFARONI, op. cit., p.78-79.

sociedades embasadas no modelo de bem-estar social equivalente aos Estados de Direito Constitucional, objetivo este que se equipara ao referido no preâmbulo da Constituição Federal Brasileira, como já se mencionou anteriormente. E para alcançar tal meta, entende ele que a tática mais eficaz exige três medidas: (a) os juízes devem ser designados por uma regra de máxima capacidade técnica; (b) jurisdição constitucional centralizada em um órgão cujos membros são nomeados de forma dispersa; (c) o órgão de governo deve ter uma composição plural e democraticamente representativa. Deve-se ainda observar que estas funções do Judiciário devem ser efetuadas por órgãos diversos do mesmo.¹⁰¹

3.1.2 O Judiciário Nacional e o Critério da Máxima Capacidade Técnica

Analisando o Poder Judiciário Brasileiro, a partir de tais premissas teóricas, observa-se que já dispõe este de uma magistratura formada, em grande parte, por um critério de máxima capacidade técnica, pois os juízes adentram à carreira por concurso de provas e títulos, conforme determinação constitucional prevista no art. 37, II.

Rui PORTANOVA observa que a independência, ou dependência, da jurisdição relaciona-se diretamente com a forma pela qual os juízes ingressam na carreira, sendo que a forma que tem se mostrado a mais eficaz para tanto é o concurso público, enquanto a menos eficaz é a nomeação do juiz pelo Executivo. Salienta, ainda, que no Brasil a maior parte da magistratura adentra à carreira por concurso público, à exceção dos Tribunais Superiores.¹⁰²

As nomeações para o STF, como já se apontou anteriormente, são de competência do Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, e atendidas as limitações de idade (entre 35 e 65 anos), bem como a exigência de notório saber jurídico e reputação ilibada (art. 101 da Constituição Federal). Já as nomeações para o Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho e Tribunal Superior Eleitoral não são livres ao Presidente, que terá de escolher entre juízes, desembargadores, advogados e membros dos Ministérios Públicos indicados pelos próprios pares em listas, conforme determinações as constitucionais dos artigos 104, 111A e 119 inc. II. Finalmente, para o Superior

¹⁰¹ Ibidem, p.80.

¹⁰² PORTANOVA, op. cit. 75-76.

Tribunal Militar o Presidente nomeará os ministros dentre oficiais-generais da Marinha (3), Exército (4) e Aeronáutica (3), que estejam na ativa e no posto mais elevado da carreira, e ainda cinco civis, atendidos os quesitos do artigo 123 da Constituição Federal.

Desta forma, ressalvado o caso do STF, que tem os ministros nomeados pelo Presidente da República na forma do art. 101, sem maiores critérios, mesmo nos Tribunais Superiores, ainda que também tenham seus membros nomeados pelo Presidente, sobressai o critério de máxima capacidade técnica entre seus membros, pois a maioria dos nomeados são indicados em listas criadas pelos próprios pares que já são membros de carreiras nas quais adentram por concursos públicos. Ademais, por tal configuração, nestes Tribunais acaba-se propiciando uma composição plural, o que pode favorecer o debate e a imparcialidade.

Este é um ponto importante a se observar, pois como assevera ZAFFARONI, a verdadeira imparcialidade para a magistratura é aquela que advém de um Judiciário que seja plural, isto é, que, em atenção aos princípios democráticos, permita em seu âmbito a existência de pessoas com diferentes linhas interpretativas, que promova o debate interno, e que assim fomente “as tensões próprias dos diversos modos de conceber o mundo e o direito”.¹⁰³

3.1.3 Governo do Poder Judiciário Brasileiro

Quanto à questão do autogoverno, através da Emenda Constitucional nº 45 de 08 de dezembro de 2004, foi criado o Conselho Nacional de Justiça com as seguintes composição e competências:

Art. 103B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

- I – um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo tribunal;
- II – um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;
- III – um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;
- IV – um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
- V – um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
- VI – um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;
- VII – um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;
- VIII – um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;
- IX – um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

¹⁰³ ZAFFARONI, op. cit., p.93.

- X – um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;
- XI – um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;
- XII – dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- XIII – dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. (...)
- § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas Estatuto da Magistratura:
- I – Zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;
- II – Zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;
- III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;
- IV – representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;
- V – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juizes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;
- VI – elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;
- VII – elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

A transcrição desta passagem constitucional referente ao Conselho Nacional de Justiça não é sem razão. Este órgão é uma novidade no ordenamento brasileiro. As competências a ele atribuídas são as de controle do Poder Judiciário pátrio, as quais estão diretamente ligadas à questão do autogoverno deste. Sua composição, como se pode observar, mostra-se pluralista, com nove membros do próprio Poder Judiciário, dois do Ministério Público, dois advogados e dois cidadãos, estes últimos indicados um pelo Senado e um pela Câmara dos Deputados, sendo os demais indicados pelos seus pares. Assim, por sua composição pluralista e representativa, este órgão tem potencial para atender de forma adequada às necessidades de um sistema democrático, ainda que não se saiba qual caminho trilhará, pela sua curta existência.

3.1.4 A Jurisdição Constitucional Brasileira

Finalmente, no tocante à função de jurisdição constitucional, em face da análise de Eugênio Raúl ZAFFARONI, esta se mostra como o *tendão de Aquiles* no sistema Judiciário Brasileiro.

O STF, como já mencionado, no sistema pátrio é o órgão responsável pela jurisdição constitucional. A este cabe a defesa da Constituição, que é democrática por ser um produto emanado da vontade do povo por meio de seus representantes eleitos.

É comum a oposição a tal jurisdição sob o argumento de que o Judiciário, não sendo composto por representantes do povo, não tem legitimidade para opor-se aos atos dos representantes eleitos do Legislativo e do Executivo. No entanto, como observa ZAFFARONI, a caracterização de uma instituição como democrática não depende tão somente de uma eleição popular, mas também de sua necessidade para assegurar o sistema democrático, ou seja, de sua funcionalidade à democracia. É o que acontece com o Poder Judiciário que, apesar de não ter seus membros eleitos, é essencial ao sistema democrático por sua função.¹⁰⁴ Atente-se para o fato de que a eleição dos membros do Judiciário¹⁰⁵ tão pouco seria funcional à democracia, pois o candidato eleito assume uma posição de “dependência” em relação ao eleitor. Isto porque nem sempre o anseio popular está em conformidade com os preceitos e princípios democráticos constitucionais (questão de penas de prisão perpétua, de morte, e outros casos), aspecto este que poderia afetar a imparcialidade do magistrado.

Portanto, a jurisdição constitucional legitima-se por ter por função proteger o produto da vontade popular, que é a Constituição Federal, contra desvios de seus próprios representantes eleitos, quando estes porventura venham a violar os preceitos constitucionais.¹⁰⁶ Ou seja, a legitimidade de tal jurisdição está diretamente

¹⁰⁴ ZAFFARONI, op. cit., p.43-44.

¹⁰⁵ Vários são os defensores de eleições para a Corte Constitucional. Dentre eles, no contexto brasileiro, destaca-se Martônio Mont’Alverne Barreto LIMA, que defende que “as eleições para membros do Supremo Tribunal Federal encerram um arco de completude do poder do estado, na medida em que, uma vez instituídas, ter-se-á na prática a implementação discursiva de que todos os poderes são políticos e submetidos à vontade popular com regularidade republicana, satisfazendo ainda, como se disse, um dos requisitos imaginados por ROUSSEAU: ‘a democracia representativa, diante da impossibilidade de sempre o povo se governar diretamente. Dessa maneira, a prevalência da vontade popular estaria sempre presente, podendo exercer atração do povo para todas as decisões”. LIMA, op. cit., p. 518.

¹⁰⁶ MORO, op. cit., p. 128.

ligada à sua funcionalidade à democracia. Todavia, se a jurisdição constitucional afastar-se deste mote, não mais será legítima. É por isto que defende Sérgio Fernando MORO que:

A vitória da democracia no mundo contemporâneo não se fez sem uma longa caminhada e sem grandes sacrifícios. Não seria um retrocesso a atribuição ao juiz do poder de controle sobre a democracia? Esse é o desafio que a jurisdição constitucional deve enfrentar.¹⁰⁷

(...) Em síntese, defende-se que a atividade da jurisdição constitucional será tanto mais legítima quanto mais contribuir para o aprimoramento da democracia.¹⁰⁸

(...) o juiz constitucional não pode perder de vista sua função, que a Constituição lhe atribuiu, de guarda da democracia e dos direitos fundamentais. O eficaz cumprimento de tal tarefa demanda a adoção de salutar ativismo judicial, quando for possível defendê-lo com base em argumentos que apelem para a própria democracia. Se a atuação judicial contribuir para o aprofundamento da democracia, não há como acusá-la de antidemocrática.¹⁰⁹

E no mesmo esteio são interessantes também as palavras de Alexander HAMILTON, que aduz:

A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como a lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve-se preferir aquela cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preferida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à dos seus agentes. Mas não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo: segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada em seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a esta última que os juízes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que não o são.¹¹⁰

A insistência em tal legitimidade do Judiciário para a jurisdição constitucional tem sua importância corroborada em fundamentos históricos. A História tem mostrado a duras penas o que pode acontecer quando um Estado se descuida da jurisdição constitucional, não só no contexto brasileiro, mas também em nível mundial. Como observa VELOSO, foi isto o que ocorreu no período anterior à 2ª Guerra Mundial, quando os Judiciários dependentes dos Executivos favoreceram o surgimento dos Estados autoritários (o nazista na Alemanha e o fascista na Itália, entre outros), os quais fomentaram a referida guerra. O resultado foi que, após a

¹⁰⁷ Ibidem, p.110.

¹⁰⁸ Ibidem, p.201.

¹⁰⁹ Ibidem, p.314.

¹¹⁰ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**. 2.ed., São Paulo: Abril, 1979. p.163.

Guerra, a Europa, de forma geral, reformulou seus Judiciários e, em especial a jurisdição constitucional, a fim de capacitá-los a uma efetiva proteção do sistema democrático.¹¹¹ Semelhantemente, André Ramos TAVARES nos diz que “(...) só a partir do segundo pós-guerra que o mundo se deu conta da necessidade de se proteger a Constituição, em especial contra a atuação do próprio poder público, dadas as expressivas e desoladoras experiências de governos absolutos e tirânicos que proliferaram no período anterior”.¹¹²

Consequentemente, não se pode olvidar que o Judiciário tem o poder dever de zelar pela Constituição, bem como pelo Estado Democrático de Direito por ela implementado, com todas as implicações de que disto decorre. É por esta razão que Paulo Roberto Barbosa RAMOS enfatiza que não basta ao Judiciário o exercício de uma função estritamente jurídica, técnica, secundária, mas ao contrário, deve este inovar na ordem jurídica e social, ciente de que as suas decisões têm natureza e efeitos políticos. Isto é o que legitima o Judiciário, cujos membros ainda que não eleitos pelo povo, são necessários ao sistema democrático em razão de sua funcionalidade ao mesmo.¹¹³

Neste ponto, chega-se ao cerne do problema analisado na presente monografia. Sendo o STF o responsável por julgar questões de constitucionalidade em ações, que muitas vezes são geradas não só pelas leis emanadas do Poder Legislativo, mas também pela própria atuação do Poder Executivo, o qual é o responsável por indicar na plenitude os ministros que irão julgar a constitucionalidade de seu atuar, tem-se aqui um dilema que pode ser expresso pelo seguinte questionamento: será que com tal formação é possível uma não parcialidade por parte deste órgão por ocasião dos julgamentos, com a consequente quebra do princípio da independência dos poderes, ou, ao menos, com a abertura de uma perigosa brecha utilizável por mal intencionados dirigentes públicos?

Aliás, é também pela escolha dos ministros do STF por nomeação do Chefe do Executivo que ZAFFARONI enquadra o Poder Judiciário Brasileiro dentro de um modelo tecno-burocrata e não de um modelo de judiciário democrático.¹¹⁴

¹¹¹ VELLOSO, op. cit., p.20-21.

¹¹² TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso BASTOS, 1998. p.151.

¹¹³ RAMOS, op. cit., p.181.

¹¹⁴ ZAFFARONI, op. cit., p.125.

3.2 PARTIDARIZAÇÃO DO STF

A partidarização, como já foi explanado, ocorre quando há por parte dos juízes uma submissão “às diretrizes de um partido político, de uma corporação econômica, de qualquer grupo de poder”¹¹⁵, o que para ZAFFARONI reflete a inexistência de jurisdição.

No contexto brasileiro, tem-se observado uma influência desta partidarização em várias decisões do STF, e geralmente em consonância com os interesses do Poder Executivo. Dalmo de Abreu DALLARI, a este respeito relata que:

Estamos vivendo um momento de transição quanto ao reconhecimento da posição superior da Constituição no sistema jurídico. Esse é um ponto de grande importância, que deve ser objeto de reflexão e deve influir para a mudança do processo de escolha de juízes que vão assumir um lugar no Supremo Tribunal Federal. Outro aspecto que considero muito importante, considerando o comportamento dos juízes e tribunais, é a análise crítica de uma série de concessões que têm sido feitas em matéria de constitucionalidade, sobretudo ao Poder Executivo, concessões que modernamente se passou a rotular de “consideração da governabilidade”. Em nome da governabilidade, que parece muito “chic” e muito moderno, tudo se justifica, embora ninguém tenha explicado até agora porque a governabilidade é mais importante do que a constitucionalidade num Estado Democrático de Direito.¹¹⁶

Semelhantemente Sérgio Fernando MORO enfatiza que “a história do STF revela, mediante recurso à doutrina das questões políticas, excessiva deferência em relação à atividade dos outros Poderes, notadamente do Executivo, máxime em situações em que este pode invocar alguma espécie de situação emergencial, seja ela real ou não”.¹¹⁷

E também Oscar Vilhena VIEIRA, tratando sobre a nova ordem democrática instaurada no país pela Constituição Federal de 1988, pontua sobre a atuação do STF o seguinte:

Certamente o aprofundamento do Estado Democrático de Direito, como proposto na Constituição de 1988, exige mais. Na esfera do Supremo Tribunal Federal a tão longa transição brasileira parece ainda não ter se concretizado. Dos onze Ministros que compõem o Tribunal, apenas recentemente passou-se a uma maioria de juízes indicados por Presidentes civis. Parece ser compreensível que o Supremo Tribunal Federal venha resistindo a assumir, sem ambigüidade o seu papel de guarda da Constituição de 1988.¹¹⁸

¹¹⁵ Ibidem, p.95.

¹¹⁶ DALLARI, op. cit., p.51.

¹¹⁷ MORO, op. cit., p. 86.

¹¹⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p.147.

Estas manifestações decorrem da análise de várias decisões do STF. DALLARI identifica diversas situações em que esta partidização se torna evidente, como: (1) a perenização das medidas provisórias com a “conivência”¹¹⁹ (esta é a palavra por ele usada) do STF; (2) a anulação do Mandado de Injunção; (3) a existência de uma “promiscuidade”¹²⁰ entre o Chefe do Executivo e juízes do STF, que devem controlar seus atos (relatando a atuação do Ministro Nelson Jobim, ex-deputado, que participava de reuniões com o Presidente Fernando Henrique Cardoso e seus auxiliares, pedia vista de autos na iminência de decisões contrárias aos interesses do Executivo e não os devolvia, tendo sido flagrado tomando banho de piscina com o Presidente em sua casa¹²¹).

As medidas provisórias entraram no sistema constitucional de 1988 em substituição ao antigo decreto-lei e com nítida intenção do parlamento constituinte originário de limitar o poder normativo do chefe do Executivo, pois estão restritas às situações de relevância e urgência e, ainda, devem ser submetidas ao controle parlamentar. Ocorre que, a despeito destas exigências, seu uso, ao contrário do que se esperava, foi feito de forma desmedida e imprópria pelos Chefes do Executivo. Sérgio MORO em análise às decisões da Corte Suprema no tocante às ações que atacavam o uso impróprio de medidas provisórias, relata que “reiteradamente, o STF, em que pesem os votos vencidos de alguns dos ministros, deixou de pronunciar a invalidade de medidas provisórias editadas sem a presença dos requisitos necessários, sob o pretexto da excepcionalidade do controle judicial. A excepcionalidade, na prática, transmudou-se em ausência de controle”.¹²²

O Mandado de Injunção, por sua vez, foi o remédio da Constituição Federal de 1988 para a inércia do Congresso Nacional na regulamentação das normas constitucionais, as quais dependem de tal ato para sua eficácia. Ocorre, porém, que o STF, em reiteradas decisões, deu ao Mandado de Injunção o mesmo efeito da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, ou seja, em vez de suprir a falta, tão somente comunica o parlamento da necessidade da confecção da lei. Na prática isto significou a aniquilação do propósito para o qual foi criado o remédio, pois tal tutela em nada serve para suprir a lacuna legal.

¹¹⁹ DALLARI, op. cit., p.52.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ Ibidem, p.53-54.

¹²² MORO, op. cit., p.85.

No Mandado de Injunção n. 107, o Supremo Tribunal Federal, se de um lado reconheceu a auto-aplicabilidade do instituto, de outro, desgraçadamente, reduziu-o à condição de controle difuso da inconstitucionalidade omissiva, determinando que a ordem do Tribunal se limitasse à comunicação ao poder, órgão, entidade ou autoridade responsável pela prática do ato.¹²³

MORO, por sua vez, assevera sobre o Mandado de Injunção que “com julgados dessa espécie, o Supremo esvaziou a utilidade do mandado de injunção. Assim, não foi por acaso que o número de mandados de injunção impetrados no Supremo, que chegou a 132 em 1989, reduziu-se à média anual de duas dezenas no período de 1996 a 1999”.¹²⁴

Outra via constitucional que tem sofrido várias restrições altamente questionáveis com a atuação do STF é a Ação Civil Pública. Nas palavras de CRUZ:

A Ação Civil Pública também tem sofrido consideráveis restrições pelo Tribunal, entre as quais pode ser citada a impossibilidade de o Ministério Público discutir, por este instrumento, questões tributárias ao entendimento de que tal matéria não se inclui no rol de interesses difusos ou coletivos. Pela mesma forma, a sentença judicial em via de Ação Civil Pública tem seus efeitos limitados à competência territorial do órgão prolator da respectiva decisão, uma flagrante confusão dos conceitos de competência processual e jurisdição.¹²⁵

São também interessantes as palavras de Cássio Scarpinella BUENO que, sobre os julgados do STF no tocante às ações civis públicas, declara:

É fato, no entanto, que a ação civil pública morreu. Se não morreu toda, morreu um pedaço. Grande e essencial. Morreu a ação civil pública das questões tributárias e das questões previdenciárias. Morreu a ação civil pública que tentou um dia, realizar as promessas que a Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 ousou fazer também no campo dos direitos sociais. E para que não parem dúvidas sobre isso, digo que a ação civil pública morreu.¹²⁶

Além destas questões levantadas, poder-se-ia ainda mencionar outras decisões proferidas pelo STF com alto grau de controvérsia, em face das quais se verifica grande propensão à defesa dos interesses do Poder Executivo, principalmente em matéria tributária, a despeito de sua constitucionalidade, sob a alegação de que o país deve ser governável.

¹²³ CRUZ, op. cit., p.304.

¹²⁴ MORO, op. cit., p.98.

¹²⁵ CRUZ, op. cit., p.304-305.

¹²⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. Réquiem para a ação civil pública. In: FIUZA, César Augusto de Castro (org.). **Temas atuais de direito processual civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.50 apud Ibidem, p. 305.

Assim ocorreu com matérias como as referentes aos expurgos inflacionários não depositados nas contas vinculadas ao FGTS, por ocasião de planos econômicos do Governo Federal (Planos Verão, Bresser, Collor), que afetaram a classe dos trabalhadores. Em um primeiro momento o STF se dizia incompetente para julgar, sendo a competência atribuída ao STJ. Quando o STJ entendeu ser cabível a restituição dos expurgos referentes a todos os planos, o STF subitamente se deu por competente e passou a conceder tão somente os expurgos referentes ao Plano Verão e Collor I.

Também a decisão relativa ao Empréstimo Compulsório sobre combustíveis é digna de nota quando analisada à luz do tema ora em apreço. Ora, tal empréstimo seria, na verdade, um imposto sobre o comércio de combustíveis, fato gerador de ICMS e, portanto, estaria fora da competência da União. Não obstante, foi mantido como tributo federal, tendo sido negada a procedência da devolução em ações civis públicas, mediante julgamentos cujos efeitos seriam *erga omnes* (ainda que restritos à área de abrangência da Associação autora, o que é também questionável). Somente no Estado do Paraná, uma associação, a APADECO, logrou momentâneo êxito em tal ação, o que se deu pela perda do prazo de recurso pela União. No entanto, esta conseguiu reverter a situação por meio de uma Ação Rescisória que teve sua procedência declarada no STF.

O Empréstimo Compulsório deveria ter sido devolvido de ofício pelo Poder Público, uma vez atendido o princípio da boa fé. Todavia, com a conivência do STF, nem por via judicial isto foi feito, salvo em ações individuais com um custo alto ao contribuinte que, ao final, de qualquer jeito perdeu grande parte do que “emprestou” ao Poder Público.

Igualmente merecedora de destaque foi a manutenção da CPMF (depois IPMF), pela conivência do STF, embora a doutrina, majoritariamente, tenha apontado a sua inconstitucionalidade. Sobre isto CRUZ assevera que o Supremo “no que se refere à matéria tributária permanece parcimonioso no tocante ao reconhecimento de inconstitucionalidade material de emenda constitucional, tal qual feita contra o IPMF (Imposto sobre Movimentação Financeira)”.¹²⁷

Em face de tais posicionamentos, não são poucos os manifestos pedindo reformas no STF, salientando-se com frequência a necessidade de alteração da

¹²⁷ CRUZ, op. cit., p.302.

forma de escolha dos ministros que o compõe, para evitar a ocorrência de partidarização. São interessantes as palavras de DALLARI a propósito:

É por tais razões, e muitas outras que poderia adicionar, é que considero muito necessário que se discuta seriamente a reforma do Supremo Tribunal Federal. Para finalizar, deixo três pontos para reflexão: um deles é a redução das competências do Supremo Tribunal Federal. (...) O segundo ponto é a mudança no processo de escolha dos juízes do Supremo Tribunal. (...) A última proposta que faço é no sentido de que o Supremo Tribunal Federal saia de Brasília e se instale em outra cidade, longe da sede do governo. Pela experiência que nós já temos, pode-se afirmar que é praticamente inevitável a promiscuidade se o Tribunal ficar em Brasília.¹²⁸

3.3 PARA UM JUDICIÁRIO DEMOCRÁTICO

A importância deste estudo centra-se no fato de que se a Constituição é a Lei Fundamental que delinea o Estado Brasileiro como sendo Democrático de Direito, dando a este as diretrizes e princípios para atuação, subordinando seus entes, órgãos, agentes e legislação infraconstitucional, é imprescindível que ela seja garantida.

O STF, como órgão garantidor da Constituição, para poder fazê-lo com lisura e idoneidade próprias de um sistema democrático, necessariamente precisa ser imparcial, no sentido de não ser partidarizado, o que tem por pressuposto a independência em relação a qualquer poder subordinador. Se não for assim, a Corte Suprema será, em determinadas situações de interesse, senão sempre, garantidora apenas da vontade de quem a subordina.

É por isto que ZAFFARONI afirma que a democracia exige que o juiz tenha independência, pois esta é um pressuposto inquestionável da imparcialidade, o que tem por consequência a efetividade ou não da jurisdição. Em suas palavras “aquele que não se situa como terceiro *supra* ou *inter partes*, não é juiz”.¹²⁹

Consequentemente, é indubitável a noção de que o juiz não pode aliar-se a uma parte, tomar um partido, pois se o fizer, não estará atuando como juiz. Por isto, Rui PORTANOVA enfatiza que a condição primeira de atuação de um juiz é sua imparcialidade, sendo que “a expressão juiz imparcial é redundância e seria quase desnecessário falar em imparcialidade, tal é a imanência existente entre juiz e imparcialidade”.¹³⁰

¹²⁸ DALLARI, op. cit., p.56.

¹²⁹ ZAFFARONI, op. cit., p.90-91.

¹³⁰ PORTANOVA, op. cit., p. 79.

O STF mostra-se como um ponto vulnerável do Poder Judiciário pátrio em razão da nomeação da totalidade de seus membros ser de competência do Presidente da República, Chefe do Poder Executivo, sem maiores critérios delimitativos para tal ato.

Ainda que os ministros do STF gozem de prerrogativas como vitaliceidade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (art. 95 da Constituição Federal), e também que tenha o Poder Judiciário como um todo adquirido, pela atual Constituição, autonomia financeira e administrativa, isto não tem se mostrado suficiente para impedir que a forma de escolha da totalidade de seus membros acabe por afetar a sua imparcialidade nos julgamentos.¹³¹

Ao contrário, como se pode verificar pela análise de algumas das decisões desta Corte, há uma partidarização, ou ao menos uma tendência, que se repete em várias situações, em prol dos interesses do Executivo. Como observa Álvaro Ricardo de Souza CRUZ, com a Constituição Federal de 1988 “(...) o Supremo Tribunal Federal manteve as feições básicas do período do arbítrio. E, especialmente, no tocante ao controle abstrato da constitucionalidade das leis, permanece ainda o Supremo afeiçãoado aos interesses do Poder Executivo. Ampliadas as garantias institucionais do magistrado e do próprio Poder Judiciário (autonomia administrativa e financeira), aparentemente passou a ter o Supremo Tribunal Federal amplas possibilidades de consolidar sua independência em face das ingerências do Poder Executivo. Todavia, o saldo de 13 (treze) anos de redemocratização não parece ser favorável, tal como se depreende da análise contemporânea de julgados do Supremo feita por Vieira (1994).”¹³²

Ou seja, apesar da Constituição ter lançado as bases da independência do Poder Judiciário, ainda assim é questionável a imparcialidade em diversos de seus julgamentos. Com efeito, estes têm oscilado entre a independência e a

¹³¹ Este posicionamento não é unânime na doutrina pátria. André Ramos TAVARES, por exemplo, entende de forma diversa. Em suas palavras, “tome-se como exemplo, para melhor esclarecer o que se pretende analisar ao longo da obra, a problemática da nomeação dos membros do Tribunal Constitucional. Dando-se essa nomeação, na maioria dos países, através da designação do presidente e do parlamento, conjuntamente, não são poucos os autores a extraírem que, dessa forma de designação reverterá para o Tribunal, inexoravelmente, um traço político. Ora, é inegável que há um forte componente político na designação dos magistrados do Tribunal Constitucional. Porém, é igualmente indiscutível que isto não acarreta a politização ou a partidarização do Tribunal, por uma série de motivos, que serão analisados oportunamente, dentre os quais adiantam-se alguns: a independência dos magistrados, a vitaliciedade, a não necessidade de prestação de contas àqueles que os designaram, etc”. TAVARES, op. cit., p.33-34.

¹³² CRUZ, op. cit., p. 300-301.

subserviência perigosa aos interesses do Poder Executivo. E uma das razões para tanto, reitere-se, é a nomeação integral dos ministros do STF pelo Chefe do Executivo. Sérgio MORO assevera, com muita propriedade, o seguinte:

Apesar de seus altos e baixos, o Supremo deu mostras suficientes de sua independência em relação ao Executivo e ao Legislativo (...) Entretanto, é necessário reconhecer que o STF, inclusive a Corte atual, frustrou várias expectativas daqueles que esperavam uma defesa mais robusta dos direitos fundamentais e da Constituição Federal, especialmente após o fim da ditadura militar. (...) Quais seriam os motivos? A maioria das análises detém-se na forma de composição do STF. No Brasil, o candidato é indicado pelo Presidente da República, sendo a escolha submetida ao Senado Federal, que, na prática, não vem exercendo controle de fato. Como a questão também não suscita maior interesse da sociedade civil, o Presidente da República tem logrado a aprovação de todos os indicados. (...) é necessário ampliar o foco sobre a jurisdição constitucional brasileira. Não que deva ser deixada de lado a preocupação com a forma de seleção dos componentes do Supremo. Todavia, exige-se também preocupação com a estrutura de apoio da litigância voltada aos direitos fundamentais. (...) propostas de modificação da forma de composição do STF, embora insuficientes para alteração do quadro, são ainda valiosas.¹³³

O Poder Judiciário Brasileiro enquadra-se na teoria de ZAFFARONI como um Judiciário tecno-burocrata exatamente porque “seu tribunal constitucional é de designação puramente política e não dispersa”¹³⁴. Tal configuração pode ser um campo fértil tanto para se chegar a um modelo de judiciário democrático, bem como para um retrocesso a um modelo empírico próprio de sistemas autoritários ou tendentes a tal postura, dependendo das forças políticas no poder em que se enquadrar.¹³⁵

Por isto mesmo há a necessidade em se buscar um avanço do modelo em que está inserido o Judiciário nacional para um perfil mais democrático, objetivo de ZAFFARONI quando explana sobre as deficiências do modelo tecno-burocrata.¹³⁶

A partidarização compromete o Poder Judiciário como um todo, ainda mais em um sistema de controle de constitucionalidade difuso como o brasileiro, o qual acaba por perder sua credibilidade perante a sociedade, pois surgem paradoxos, verdadeiras incongruências entre as decisões dos juízes e da Corte Constitucional em relação às imposições constitucionais.

Nesse contexto, perde a jurisdição constitucional sua funcionalidade para o sistema democrático e, conseqüentemente, a legitimidade de atuação. E o mais grave resultado disto tudo é que aumenta ainda mais o risco para a democracia caso

¹³³ MORO, op. cit., p.102-106.

¹³⁴ ZAFFARONI, op. cit., p.125.

¹³⁵ Ibidem, p.159.

¹³⁶ Ibidem, p.141-142.

administradores mal intencionados assumam o poder, os quais, tendo um Judiciário com possibilidades de submissão, dele podem utilizar-se para a realização de seus intentos, como já aconteceu no passado no Brasil e em outros países.

Por razões históricas, residentes na herança de um longo período ditatorial, somadas à composição inteiramente indicada pelo Executivo, em continuidade do modelo ditatorial, e também pela inércia do Senado que poderia controlar as indicações, sofre a jurisdição constitucional pátria de um servilismo exacerbado aos interesses do Poder Executivo ainda hoje. A independência, como já foi salientado, é um pressuposto da imparcialidade. Todavia, ainda que haja independência, isto não significa que haverá, necessariamente, imparcialidade, e esta é a situação da jurisdição constitucional brasileira.

Faz-se necessária a tomada de medidas para que se possa evitar tal parcialidade, com a criação de criar uma estrutura que minimize o risco de que o STF venha a ser um aliado de determinado Partido político, ao invés de protetor da Constituição e do sistema democrático.

Não se espera que os ministros atuem com neutralidade. Como já foi observado anteriormente, está superada a idéia do juiz neutro. Não existe neutralidade, pois todas as pessoas estão inseridas em um contexto social e histórico e sofrem sua influência. Cada juiz tem seus próprios conceitos, as ideologias que assumiu, seus temores, seus anseios, e tudo isto o dirige em suas decisões. Esta é a realidade humana e ninguém está imune a ela, nem mesmo os juízes, por mais que se tenha em algum momento tentado impor tal irreal neutralidade aos mesmos.

Como não há possibilidade de que o juiz venha a se despir de tudo o que é para julgar, faz-se necessário que este profissional seja consciente de suas crenças, de suas ideologias, de sua posição política e das consequências de seu papel, o que o fará desempenhá-lo ainda melhor.

O que se almeja é que a Corte Constitucional seja um órgão que propicie a imparcialidade para julgar. E a imparcialidade advém não propriamente da pessoa do juiz, mas sim de um sistema judicial que permita o pluralismo interno, a convivência com a diversidade interpretativa e com o debate, com suas tensões próprias em razão das diferentes formas de conceber o mundo e o direito. É o que defende ZAFFARONI, essencialmente:

Um sistema democrático, entre outras coisas, se caracteriza pelo seu pluralismo ideológico e valorativo e, ainda que não necessariamente toda democracia estruture um poder judiciário completamente de acordo com ela, na medida em que nela se aprofunde e se aperfeiçoe, o poder judiciário também se pluraliza, mediante uma estrutura que permita que, no seu seio, convivam pessoas com diversidade interpretativa, que se produza o debate interno, que operem as tensões próprias dos diversos modos de conceber o mundo e o direito. Não há outra imparcialidade humana além da que provém do pluralismo, e este só é possível dentro de um modelo democrático de magistratura que permita os agrupamentos democráticos e espontâneos, e o controle recíproco dentro de sua estrutura. Em oposição à imparcialidade garantida pelo pluralismo ideológico dentro da magistratura, a única coisa que se oferece como alternativa é a falsa imagem de um juiz ideologicamente asséptico, o que não passa de uma construção artificial, um produto da retorta ideológica, um homúnculo repellido pela realidade.¹³⁷

É preciso fomentar na Corte Constitucional Brasileira uma estrutura para que possa haver esta imparcialidade decorrente da diversidade interpretativa e do debate interno. Para tanto, a jurisdição constitucional nacional depende de um órgão cuja composição seja plural e onde se minimize ao máximo a possibilidade de uma partidarização em face da forma de nomeação de seus membros.

Assim, com base nos ensinamentos de ZAFFARONI, em um primeiro momento é preciso que a forma de nomeação dos ministros do STF passe a ocorrer de maneira dispersa¹³⁸, ou seja, que não fique centralizada única e exclusivamente na pessoa do Chefe do Executivo. Semelhantemente aos demais tribunais superiores do Judiciário Pátrio, o STF poderia ser composto por membros da magistratura e do Ministério Público, por Advogados, por membros indicados pelo Executivo e Legislativo, todos escolhidos por seus próprios pares. Ademais, para garantir a qualidade técnica, poder-se-ia implementar quesitos para nomeação ao cargo como tempo de atuação em seus postos (mínimo de 10 anos), a exigência da formação em Direito com qualificação de mestre ou doutor (o que denotaria o empenho em manter-se atualizado nos estudos), além de outros que favoreçam tal intento.

CONCLUSÃO

Como se pôde observar no desenvolvimento deste ensaio, o Estado Brasileiro instituído com a Constituição Federal de 1988 é vinculado aos preceitos e princípios desta que, na atualidade, possui força normativa. Após longo período ditatorial, houve o retorno a um Estado Democrático de Direito embasado em uma

¹³⁷ Ibidem, p.93.

¹³⁸ Ibidem, p.80.

Constituição dirigente e programática, vinculante para os agentes públicos e toda a sociedade.

Esta Constituição visa assegurar efetivamente os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Busca ainda o estabelecimento de uma sociedade fraterna, pluralista, que abomina os preconceitos, objetivando a harmonia social e o comprometimento com a paz.

Mais do que bonitas palavras, cuja realização todos desejam, são estes os vetores do Estado que a Constituição de 1988 delineou. Este foi o resultado da vontade do povo brasileiro, por meio de seus representantes reunidos em assembléia constituinte, a qual se mostrou à época como um exemplo a ser seguido mundialmente, pela abertura à participação popular, permitindo a ampla discussão.

No entanto, sempre há aqueles que querem tratá-la como um simples pedaço de papel, que contém ideais utópicos inatingíveis. São cínicos realistas que se prendem a um determinismo imutável, ou ainda pessoas cuja preocupação não vai além de seu próprio bem estar pessoal, esquecendo-se, ou simplesmente ignorando, o bem-estar e as necessidades alheias. Tais pessoas estão em todos os níveis de nossa sociedade, representadas inclusive por agentes estatais como verdadeiras “sanguessugas”, que usam a máquina estatal tão somente para seus interesses pessoais, em detrimento do mal maior que causam ao restante da sociedade, ou seja, com absoluta ignorância dos ditames constitucionais.

É contra estas figuras e em razão das mesmas que a Constituição precisa ser protegida. Com efeito, a Carta Magna necessita de garantia contra os abusos de pessoas mal intencionadas que estejam na máquina estatal, ou mesmo fora dela, mas que financiam e fomentam a realização de um Estado atende seus intentos egoístas, seja a que custo for.

O STF, por essência, é o órgão brasileiro do Poder Judiciário para efetivar a jurisdição constitucional, ou seja, é o órgão de guarda da Constituição Federal. Sua legitimidade para tanto vem da própria Constituição e, logo, do povo que lhe atribuiu a função de proteção à mesma e ao sistema democrático. Trata-se de uma função de natureza política, que implica exercício de poder.

Para o desenvolvimento pleno desta função, não pode este órgão estar em posição de dependência, sob pena de que não haja, de fato, jurisdição

constitucional, pois esta seria comprometida pelos poderes aos quais estaria submisso, não havendo imparcialidade.

A própria Constituição, ciente desta necessidade, procurou fornecer a este órgão os meios para a necessária independência. Concedeu aos seus membros seguranças como vitaliceidade e inamovibilidade, fixou subsídios irredutíveis, e deu autonomia financeira e administrativa ao Poder Judiciário, entre outras garantias.

Ciente também de que o exercício do poder, se não tiver imposições limitativas, leva ao abuso deste poder, fixou a Constituição os meios de controle entre os poderes. Assim, uma das formas fixadas constitucionalmente de controle sobre o Poder Judiciário reside na determinação de que os membros do STF sejam nomeados em sua totalidade pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal. Imaginava-se que com tal providência a imparcialidade do STF não seria afetada em razão das próprias garantias constitucionais dadas aos ministros e, assim, certo controle seria possibilitado.

Não se questiona a natureza política da Suprema Corte Brasileira, e nem mesmo que as decisões que profere têm implicações políticas que afetam toda a sociedade. Assim, não se espera que as decisões desta Corte sejam permeadas tão somente de conotações jurídicas, no sentido de um apego cego ao texto da lei, esquecendo-se as implicações sociais que isto terá. Todavia, o que não se pode admitir é a partidarização, no sentido de que este órgão seja a *longa manus* de um partido político no poder.

Entretanto, após dezoito anos de vigência deste sistema, o que se tem observado é que, apesar da independência fomentada constitucionalmente, o STF, em sua atuação, tem oscilado entre uma afirmação desta independência por vezes e, em outros momentos, uma possível parcialidade. Esta partidarização tem sido comum em relação aos interesses do Poder Executivo, em especial nas questões tributárias, e em outras situações apresentadas no curso do presente trabalho.

Em razão de tais paradoxos nas decisões deste órgão, tem sido comum o levantar de vozes a alegar a crise judicial. Muitos têm questionado a imparcialidade do STF, desde doutrinadores até os juízes e a própria sociedade. E quando o fazem, na maioria das vezes o questionamento está relacionado à forma de escolha dos ministros como sendo o fator que impulsiona a partidarização do Tribunal.

Neste particular afigura-se adequado o entendimento de Sérgio Fernando MORO¹³⁹, no sentido de que esta não é a única razão dos problemas na jurisdição constitucional, porém constitui um aspecto a ser repensado.

Ainda que tal composição não estivesse atualmente sofrendo a partidarização, o que não parece real em razão do já exposto, a forma de escolha integralmente pelo chefe do Executivo é um ponto a merecer reflexão. O fato de um Presidente da República, ter a possibilidade de nomear quase dois terços dos membros deste órgão é, sem dúvida, uma brecha que pode ser usada de forma destrutiva por agentes públicos mal intencionados, o que não seria novidade no cenário mundial e nacional.

Em razão disto, faz-se necessário dar um passo a mais em defesa do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Isto implica alterar a forma de composição do órgão responsável pela guarda da Constituição, a fim de se sair, ou ao menos de se distanciar mais, desta zona de risco em que se encontra a jurisdição constitucional e o sistema democrático pátrio.

O modelo que se apresenta como mais adequado seria aquele capaz de promover no seio do STF a imparcialidade sem a perda da politização, bem como de não criar um poder sem limitações. E neste sentido os ensinamentos de ZAFFARONI mostram-se de extrema coerência. A verdadeira imparcialidade do Poder Judiciário decorre de um órgão que propicie em seu meio a diversidade interpretativa e o debate interno, reflexos das tensões próprias dos diversos modos de conceber o mundo e o Direito.¹⁴⁰ Isto é mais efetivo quando se fomenta uma composição plural, o que, no caso da Corte Constitucional Brasileira, depende da mudança da forma de escolha de seus ministros, de modo que a nomeação seja dispersa, minimizando as chances de partidarização, em virtude de um controle interno entre os próprios pares.

Além disto, uma composição plural, com membros de carreira do Judiciário e do Ministério Público, com Advogados e com outras indicações pelo Executivo e Legislativo, também propiciaria o controle interno. Seria, ademais, eficaz como um meio de controle do Poder Judiciário pelos outros Poderes e pela sociedade, não afetando a imparcialidade. Ao contrário, poderia dar maior legitimação às decisões do STF.

¹³⁹ MORO, op. cit., p.102-106.

¹⁴⁰ ZAFFARONI, op. cit., p.93.

Por fim, simultaneamente a esta mudança da forma de escolha, muito útil e apropriado seria ainda, para garantir a qualidade técnica, a imposição de mais requisitos aos candidatos à ocupação de lugares no STF. Exemplos neste sentido são a exigência de tempo mínimo de atuação em seus postos e de formação em Direito com grau de mestre ou doutor, além de outros que possam favorecer o alcance de tal finalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A relação do Supremo Tribunal Federal com os Poderes Políticos. **Anais do Seminário O Supremo Tribunal Federal na história republicana**. Brasília, AJUFE, 2002. p.61-148.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva; ALMEIDA, José Maurício Pinto de. **Lições de teoria geral do processo**. Curitiba: Juruá, 1990.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.3-55.

CRETELLA JUNIOR, José. **Elementos de Direito Constitucional**. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**. 2.ed., São Paulo: Abril, 1979.

LACERDA, V. C. de [Org]. **Rui Barbosa: escritos e discursos seletos**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. A democratização das indicações para o Supremo Tribunal Federal. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, n.3, p.507-521, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1988.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ORGANIZAÇÃO do Estado. Disponível em: http://www.ajufe.org.br/005/00502001.asp?ttCD_CHAVE=9268 Acesso em: 25.set.2006.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A filosofia do controle concentrado de constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira pós-88. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n.37, p.175-184, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1990. vol. I.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. A democratização da Justiça. **Revista da AJUFE**. Brasília, n.58, p.217-226, 1998.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A renovação do Supremo Tribunal Federal. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, n.3, p.19-41, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.