

# Novos paradigmas da legitimação democrática da jurisdição constitucional no Brasil<sup>1</sup>

**Gustavo Sampaio Telles Ferreira**

Professor assistente do Departamento de Direito Público da UFF  
Doutor em Direito pela UERJ

## Resumo

Tem-se feito crescente a interveniência da função jurisdicional do Estado nas relações sociais, com inexpugnável tendência à judicialização do debate público, à judicialização de escolhas que tradicionalmente a democracia confiou aos órgãos constituídos da atividade estatal legiferante. Da Revolução Francesa à contemporaneidade, mormente a partir do contributo da experiência norte-americana, a autoridade dos tribunais tem assumido amplitude cada vez mais evidente, com caráter substitutivo de parcela do território das manifestações majoritárias, materializadas pelo labor daqueles que se legitimam no sufrágio direto do cidadão, daqueles que recebem do eleitor a outorga de poder para construir a norma jurídica.

53

**Palavras-chave:** Democracia. Judicialização.

## Abstract

It has been increasing the intervention of the courts of the State in social relations, with an unassailable tendency to legalization of public debate, the legalization of choices that democracy traditionally entrusted to the agencies composed of legislating state activity. From the French Revolution to contemporary times, mainly from the contribution of the American experience, the authority of the courts has assumed increasingly amplitude evidence, with a substitution character of a portion of the territory of the majority manifestations, embodied by those who work in legitimate direct suffrage of the citizen, those who receive from the voter the empowerment to build the rule of law.

**Keywords:** Democracy. Judicialization.

## Nota introdutória

Tem-se feito crescente a interveniência da função jurisdicional do Estado nas relações sociais, com inexpugnável tendência à judicialização do debate público, à judicialização de escolhas que tradicionalmente a democracia confiou aos órgãos constituídos da atividade estatal legiferante. Da Revolução Francesa à contemporaneidade, mormente a partir do contributo da experiência norte-americana, a autoridade dos tribunais

<sup>1</sup> Este artigo foi apresentado à 9ª Reunião Anual do Grupo Cainá, no mês de fevereiro de 2009, na cidade de Teresópolis.

tem assumido amplitude cada vez mais evidente, com caráter substitutivo de parcela do território das manifestações majoritárias, materializadas pelo labor daqueles que se legitimam no sufrágio direto do cidadão, daqueles que recebem do eleitor a outorga de poder para construir a norma jurídica.

No Brasil, da proclamação republicana aos nossos dias, sob a crença no “princípio da jurisdição una”, verificou-se ascendente a intervenção dos juizes e dos tribunais no terreno das relações sócio-econômicas, com especial destaque para os resultados hauridos nas últimas duas décadas, com o País sob a regência da Carta Magna da redemocratização de 1988. Nestes vinte anos, os indicadores estatísticos vertentes sobre o desempenho da atividade judicante apontam para um crescimento de mais de mil por cento do número de demandas deduzidas perante os órgãos monocráticos e colegiados da estrutura judiciária nacional, com elevado grau de confiança depositada pelo cidadão na via judicial de solução de controvérsias. Conseqüência lógica deste quadro e por imperativo de outras dificuldades estatais, a morosidade da resposta judicial na solução das lides se apresenta como elemento constitutivo de um cenário de crise, a ponto de se positivar no núcleo das garantias fundamentais a celeridade como princípio a ser atendido pelo Estado na entrega da prestação jurisdicional às partes dos conflitos intersubjetivos de interesses compostos sob a presidência destes órgãos judiciários.

Especialmente em nosso País, pelo alargamento do modelo de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, do Supremo Tribunal Federal extraem-se os mais notórios sinais deste processo. Muito embora tenha sido a Emenda nº 16/65 marco da fiscalização concentrada de constitucionalidade no Brasil, com sensível alteração introduzida à então vigente Carta Magna de 1946, foi nos trabalhos da Assembléia Nacional de 1987/88 que lograram êxito os esforços pelo implemento de um sistema efetivo, amplo e democrático de fiscalização judicial da parametricidade do produto legislado pelos órgãos constituídos de poder. À ação direta de inconstitucionalidade disposta no texto originário da Carta assomaram-se a ação declaratória da Emenda nº 3/93, a regulamentação da argüição de descumprimento de preceito fundamental e os acréscimos dispostos na Emenda nº 45/2004, com especial destaque para o advento da súmula vinculante. Mantidas as competências que já lhe eram classicamente cometidas, tudo isto elucida como o Supremo Tribunal Federal alçou posição de inegável importância no controle da vida política nacional, na atividade contra-majoritária que desempenha sobre a construção legislativa do Congresso Nacional e das Assembléias dos Estados-membros.

No quadro das competências constitucionalmente positivadas, com inegável acerto, o Supremo Tribunal na República Velha sequer pode ser comparado ao *status* que hoje assume e que o caracteriza, mas o mecanismo de escolha e aprovação de seus magistrados permanece inalterado, fiel ao modelo pelo qual a euforia americanista optou nos decretos institutivos da República e na Constituição de 1891.

E pela manutenção do controle difuso de constitucionalidade entre as competências estabelecidas a todos os demais tribunais e juízos integrantes da imensa estrutura judiciária brasileira, a cautela com a judicialização do debate público e com

o ativismo judicial não pode se adstringir à figura institucional da Suprema Corte, e, portanto, a atenção dos analistas merece que o estudo da matéria ocupe todo o espaço de atuação política do Poder Judiciário, aí incluídos os mecanismos de acesso às carreiras de magistratura.

Com razoável grau de urgência, cumpre examinar novos mecanismos que se corporifiquem aptos a sanar o déficit de legitimação democrática do Poder Judiciário do Brasil.

## Do mecanismo de composição do Supremo Tribunal Federal e da escalada ascendente de suas competências

Na passagem para a República, o Decreto Executivo nº 848, de 1890, concedia organização à Justiça Federal e dispunha acerca da composição e do rol de competências do então instituído Supremo Tribunal Federal, corte de alçada máxima e que se fizera substituta natural do Supremo Tribunal de Justiça erigido sob as bases do modelo constitucional do Império<sup>2</sup>. A euforia americanista dos próceres da nova ordem republicana fez valer o mecanismo instituído pela Carta Magna de 1787, conferindo-se ao Presidente da República a autoridade para indicar o nome a integrar a Corte, com a chancela do colegiado senatorial. Assim se fixou na Carta Magna de 1891, no elenco das competências privativas presidenciais disciplinadas no art. 48 do texto.

Sem prejuízo das alterações pertinentes ao número de juizes, inicialmente de quinze e posteriormente de onze<sup>3</sup>, as constituições editadas no curso da experiência republicana brasileira mantiveram íntegro este mecanismo de indicação executiva seguida do referendo do Senado, fiéis ao que se emoldurou para a cúpula da estrutura judiciária dos Estados Unidos da América.

De certo que o exame da legitimação institucional da função judicante é sempre tema da mais densa controvérsia entre os estudiosos da matéria, quase sempre sem resposta que equacione as perspectivas democráticas de escolha popular e o dever de imparcialidade que dirige a prestação jurisdicional entregue pelo Estado aos seus magistrados. Mas admitir que se mantenham inalterados os mecanismos de provimento dos cargos da judicatura quando o Poder Judiciário recebe tão substanciais acréscimos de competência, com papel de maior intervenção nas relações sociais e de controle na atividade política, parece, ainda que na mais otimista perspectiva, menoscar o conte-

<sup>2</sup> Destarte, em brevíssima observação histórica, o Supremo Tribunal no Império ostentava estreito lastro de competências se comparado ao que se transformou no curso da República. Sobre a matéria, observam GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BLANCO: “O Supremo Tribunal de Justiça, instalado em 9-1-1829 e formado por dezessete Ministros (Lei de 1828), tinha competência limitada, que se restringia, fundamentalmente, ao conhecimento dos recursos de revista e julgamento dos conflitos de jurisdição e das ações penais contra os ocupantes de determinados cargos públicos (art. 164). O Tribunal jamais fez uso da competência para proferir decisões com eficácia erga omnes (assentos), que lhe outorgava a faculdade de interpretar, de forma autêntica, o direito civil, comercial e penal (Dec. Legislativo n. 2.684, de 23-10-1875, e Dec. N. 2.142, de 10-3-1876).” – “Curso de Direito Constitucional”, 2ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2008, página 937.

<sup>3</sup> Já finda a República Velha, o Presidente Getúlio Dorneles Vargas patrocinou a redução do colegiado da Suprema Corte para o número de onze ministros, medida corporificada no Decreto Executivo nº 19.656, editado ainda no Governo Provisório.

údo mínimo de legitimidade que o regime democrático erige como pressuposto para o desempenho de seus poderes constituídos<sup>4</sup>.

E na escalada de poder de nossa Suprema Corte, à fiscalização difusa de constitucionalidade introduzida no Brasil pelo modelo da República Velha assomou-se o controle concentrado, este último por determinação da Emenda Constitucional nº 16, promulgada em 26 de novembro de 1965 e que tão profundas alterações introduziu à Carta Magna de 1946. No sincretismo que então assumia o sistema brasileiro de defesa da supremacia constitucional, com a coexistência do método tipicamente francês de controle preventivo parlamentar, da *judicial review* norte-americana e da matriz austríaca de concentração da competência judicial de controle<sup>5</sup>, reconhecia-se na cúpula da estrutura judiciária insofismável adição de autoridade pública. Com o implemento da então denominada *representação de inconstitucionalidade*, ao Supremo Tribunal Federal instituía-se o encargo da avaliação de parametricidade da lei federal e da lei estadual, o exame de sua adequação à dogmática constitucional para assegurar a superioridade da Lei Maior sobre a manifestação dos órgãos legislativos da União e dos Estados.

Embora a conjuntura histórica de edição da Emenda houvesse em parte frustrado as expectativas do controle concentrado, máxime na turbação da autoridade jurisdicional levada a efeito pela ditadura militar e na adstrição da *legitimatío ad causam* à figura do Procurador-Geral da República, sua edição configurou elemento de indissociável mudança à moldura do sistema de controle entre os poderes, e de inexpugnável acréscimo de competência à cúpula judiciária nacional.

56

Foi contudo com o processo de redemocratização e com a Carta de 1988 que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade conheceu seu êxito maior, alargado pela ação direta de inconstitucionalidade de leis e de atos normativos federais e estaduais, pela ação de inconstitucionalidade por omissão e por outras ferramentas processuais que resultariam da atividade constituinte derivada ou mesmo da regulamentação legal de mecanismos dispostos na redação originária do texto constitucional. A necessidade da coexistência de uma via de controle concentrado obstativa dos dissídios jurisprudenciais hauridos na fiscalização difusa conduziu à edição da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, que adicionou a ação declaratória de constitucionalidade para apreciação de leis e de atos normativos federais e para vincular as demais instâncias da estrutura judiciária ao que se entender constitucional por sua cúpula. A normatização legal da argüição de descumprimento de preceito fundamental, tornando-a de subsidiária aplicação e de emprego para o exame de adequação de direito pré-constitucional e de leis municipais diretamente em face da Constituição da República, prestou inominável auxílio ao alargamento da autoridade do Supremo Tribunal Federal no cotejo da guarda da Lei Maior.

<sup>4</sup> Averba JORGE MIRANDA: “I – Em estritos termos jurídicos, a legitimidade do Tribunal Constitucional não é maior, nem menor do que a dos órgãos políticos: advém da Constituição. E, se esta Constituição deriva de um poder constituinte democrático, então ela há-de-ser, natural e forçosamente, uma legitimidade democrática.” – “Teoria do Estado e da Constituição” – Rio de Janeiro: Forense, 2007, tradução da edição portuguesa, página 533.

<sup>5</sup> Com o advento da Emenda Constitucional nº 16/65, à alínea *k* do inciso primeiro do art. 101 da Carta Magna de 1946 concedeu-se redação determinadora de competência originária ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar “*representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República*”.

Bem ainda, a dada regulamentação processual das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade autorizou a Corte à vivência da modulação temporal dos efeitos decisoriais advindos do processo objetivo de controle abstrato<sup>6</sup>, com inegável alargamento de poder ao órgão judiciário máximo da Nação.

Por último, nesta escalada de poder própria destes tempos de judicialização, a Emenda Constitucional nº 45, promulgada no mês de dezembro de 2004, aduziu ao Supremo Tribunal a competência para a edição de enunciados sumulares de caráter vinculante, com adstrição de todos os demais órgãos colegiados e monocráticos da estrutura judicial bem como das instâncias da Administração Públicas nos três níveis do sistema federativo. Foi este o último e imensurável mecanismo de alargamento da esfera interventiva da Corte na teia de controle dos órgãos constituídos de poder e de defesa da supremacia normativa da Carta de 88<sup>7</sup>.

Passada esta fulgurante trajetória e com a amplitude de poder que lhe foi conferida pelo ordenamento constitucional e por suas emendas, recaí sobre os ombros do legislador constituinte derivado e sobre os estudiosos do Estado o encargo de emoldurar soluções e fórmulas hábeis a atualizar os mecanismos de legitimação do função judicante desempenhada pela Corte Suprema do Brasil. O modelo de indicação executiva seguida da chancela senatorial, embora trazida ao direito pátrio na

<sup>6</sup> Em notável avanço normativo, a dicção do art. 27 da Lei nº 9.868 permitiu ao Supremo Tribunal Federal a modulação de efeitos *pro futuro*, para além da mera retroatividade plena ou mesmo da retroatividade até um certo termo de data. Curiosamente, este próprio enunciado legal foi submetido ao controle de constitucionalidade, por se obterem que a atividade constituída legislativa não ostentaria legitimidade para tal disciplina, que, pela natureza, deveria resultar da construção constituinte derivada através de Emenda à Constituição.

<sup>7</sup> Embora aqui se advogue a urgência da revisitação do sistema de legitimação de todo o Poder Judiciário da República Federativa do Brasil, apresenta-se acentuadamente mais sensível o papel desempenhado pelo tribunal de cúpula, já que por lá se instaura e se conduz o processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público. Embora esta seja uma marca da jurisdição constitucional concentrada contemporânea, máxime no contributo oferecido pelo sistema da Lei Fundamental de Bonn de 1949 e pela Carta Italiana de 1947, já na sede do positivismo normativista teciam-se apontamentos esclarecedores desta permanente tensão entre a soberania manifestada nos órgãos legislativos constituídos e as instâncias judiciais de fiscalização da parametricidade do direito legislado. Em crítica à generalidade das normas constitucionais objeto da exegese dos magistrados, que supostamente conduziriam a uma transferência dita inconveniente de autoridade ao Poder Judiciário, HANS KELSEN averbava: “*Essa porém não é uma questão específica da jurisdição constitucional; vale também para a relação entre a lei e os tribunais civis, criminais e administrativos que devem aplicá-la. Trata-se do antiquíssimo dilema platônico: politéia ou nomoi?; reis-juizes ou legislador régio? Do ponto de vista teórico, a diferença entre um tribunal constitucional com competência para cassar leis e um tribunal civil, criminal ou administrativo normal é que, embora sendo ambos aplicadores e produtores do direito, o segundo produz apenas normas individuais, enquanto o primeiro, ao aplicar a Constituição a um suporte fático de produção legislativa, obtendo assim uma anulação da lei inconstitucional, não produz, mas elimina uma norma geral, instituindo assim o actus contrarius correspondente à produção jurídica, ou seja, atuando – como formulei anteriormente, como legislador negativo.*” – KELSEN, Hans - “*Quem deve ser o guardião da Constituição*”, in “*Jurisdição Constitucional*”, introdução e revisão técnica de Sérgio Sêrvulo da Cunha – São Paulo: Martins Fontes, 2003, página 263.

euforia americanista do movimento republicano, parece hoje insuficiente a alicerçar a legitimidade democrática que se aguarda da cúpula da organização judiciária brasileira.

## **Em busca de novos instrumentos para a legitimação democrática do Supremo Tribunal Federal**

Se o modelo em voga não atende mais às expectativas de conformação da instância judiciária máxima da República, com resistência de muitos a que este mecanismo se mantenha, não menos resistência é oferecida ao entendimento daqueles que postulam que a investidura de seus magistrados seja precedida do sufrágio direto pelo eleitorado nacional, atingido-se o respaldo popular que se exige à outorga dos mandatos parlamentares federais ou mesmo à chefia do Poder Executivo.

Com efeito, reconhecer plausível o voto direto para a investidura da função judicial na Suprema Corte encontra resistência no princípio da imparcialidade que dirige a prestação judicante por esta devida. À obrigatoriedade da escolha popular daqueles que são providos de mandato parlamentar parece se opor a necessidade de se ter uma magistratura imparcial, infensa a pressões que não sejam emanadas das normas constitucionais e dos axiomas condutores da vontade geral expressos no ordenamento maior.

Se não é o provimento eletivo a resposta curta e acabada para sanar o déficit de legitimidade do Supremo Tribunal Federal, remanesce à capacidade especulativa da doutrina a construção de propostas que tornem mais formalizado, mais longo e mais sujeito ao controle mediato da opinião pública o modelo de acesso à investidura no mais alto pretório da Nação.

Não é de hoje que algumas proposições têm sido levadas à análise parlamentar. Recentemente, o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil defendeu a adoção de mandatos decenais para o desempenho das funções da alta magistratura, sem possibilidade jurídica de recondução, como forma de adequar o *status* da Suprema Corte aos novos tempos de judicialização da vida política.

De iniciativa de um terço dos deputados federais, Proposta de Emenda Constitucional idealizada pelo Deputado Flávio Dino pretende a adoção de mandato de onze anos, também vedada a recondução, repartida a escolha dos magistrados através de frações distribuídas entre a Presidência da República, o Senado, a Câmara dos Deputados e o próprio Supremo Tribunal Federal, estes três últimos órgãos disporão de duas vagas cada qual, remanescentes as outras cinco ao Chefe do Poder Executivo. Trata-se da PEC nº 342, recebida pela Mesa da Câmara no dia 25 de março deste ano de 2009, e que adiciona que as escolhas reservadas à Câmara, ao Senado e ao Supremo Tribunal decorrerão de listas tríplexes formadas e encaminhadas pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Superior do Trabalho, pelo Conselho Nacional de Justiça, pelo Conselho Nacional do Ministério Público, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pelos órgãos de deliberação colegiada das Faculdades de Direito que ostentem programas de doutoramento em curso há pelo menos dez anos. Aduz ainda que a chancela senatorial sobre as indicações presidenciais requererá a maioria qualificada traduzida por três quintos dos integrantes daquela casa parlamentar. Com efeito, a proposta parece inegavelmente

inovadora, contribui para o adensamento do debate, mas não impede que outras tendências se manifestem e avolumem esforços no sentido de que sejam implementadas modificações de outro teor. A resolução deste dito déficit de legitimação não encontra resposta em fórmulas prontas, cartesianas, mas aguarda com boa vontade todas as propostas que tiverem por escopo a intensificação dos mecanismos de controle e de descentralização política na escolha da prateleira mas elevada da magistratura nacional.

E na inexistência de uma resposta definitivamente satisfatória nesta matéria, já se configura consensual que o modelo em voga já não mais corresponde às perspectivas da hodierna democracia.

Assim sendo, por mais onerosos que venham a aparentar, os acréscimos a serem instituídos ao processo político de seleção dos juizes do Supremo Tribunal Federal constituem-se imperativo à sua legitimação. Se a atividade contramajoritária hoje confiada à Corte a define como um dos mais relevantes e prestigiosos órgãos da República, se onze ministros podem pronunciar a nulidade de uma norma erigida pela manifestação legislativa de mais de quinhentos parlamentares e aquiescida pela sanção presidencial, se um tão expressivo quinhão da soberania interna da nação tem sido confiada à sua instância judiciária máxima, não se poderá considerar excessivo nem demasiadamente custoso um novo mecanismo de escolha e de provimento das vagas deste pretório.

Então, faz-se aqui um brevíssimo e despretensioso conjunto de sugestões modificativas.

Um primeiro elemento que parece indispensável ao conjunto destas transformações é a manifestação das indicações presidenciais ao aprovo da Câmara dos Deputados. Se o Senado é a casa da federação, com representação paritária das unidades que a compõem, é na Câmara que o povo brasileiro consolida seu perfil democrático representativo, com bancadas proporcionais aos corpos eleitorais de cada estado-membro. Deste modo, além da manifestação senatorial, tal como hoje feita mediante sabatina da comissão competente seguida de votação plenária, não será admissível que se mantenha alheia ao processo a vontade nacional representada no colegiado da maior casa parlamentar do País. Deste modo, a chancela bicameral informará elemento imprescindível à investidura dos magistrados da Corte Suprema.

Um segundo acréscimo que se constitui necessário ao aperfeiçoamento do mecanismo de investidura nas vagas do Tribunal é o controle democrático *a posteriori*. Se é vencedor o argumento contrário ao sufrágio popular direto para a escolha de magistrados, pelas razões destarte apresentadas, a manifestação do eleitor nas urnas pode ser levada a efeito mediante referendo, revelando a aquiescência popular sobre a escolha levada a efeito pelos órgãos competentes. Com a adição deste instrumento de controle, cingir-se-ia o cidadão à concordância ou à não concordância quanto à opção feita pelo Presidente da República e pelas casas do Congresso Nacional, mas informaria condição de procedibilidade à nomeação e, muito acima disto, alargaria a carga de legitimação ansiada ao preenchimento das cadeiras do Pretório. Sob todos os ângulos de visada, esta *conditio* agregaria emolumentos relevantes à participação do povo nas grandes decisões de Estado, com notável contributo ao que preceitua o parágrafo único do art. 1º da Carta Magna, quando firma como cláusula pétrea a dicção principiológica da democracia semidireta. Como reflexo positivo desta mudança, agregar-se-ia boa margem de rea-

lização prática ao conjunto dos mecanismos de participação direta dispostos no elenco do art. 14 da Constituição da República.

Não se pode desconsiderar que o crédito depositado pela Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88 nos instrumentos de participação direta que alinhavou no art. 14 do texto promulgado não encontrou a acolhida da vivência prática destes vinte anos de vigência da Carta Magna, que pouco ou quase nada ensejou a experimentação real dos institutos. Afora o plebiscito para a escolha do sistema e da forma de governo realizado em 1993, que destarte não mais que decorreu de uma exigência constitucional lavrada no Ato das Disposições Transitórias, e ainda do referendo sobre a permissão da manutenção do comércio de armas de fogo, nenhum outro episódio de escala nacional tivemos para dar efetividade e concretude ao que positivou a redação constitucional no título dedicado aos princípios fundamentais. Ressalte-se que a opção reduzida a termo pelo Constituinte Originário não foi a da democracia representativa pura, mas, isto sim, a de um regime democrático semi-direto, que pressupõe efetivo e freqüente emprego dos mecanismos plebiscitários e referendatórios. Embora o que ora se propõe neste artigo não diga respeito ao processo legislativo, mas apenas ao aprovo da escolha dos magistrados para a composição colegiada do Supremo Tribunal Federal, a exigência de referendo como *conditio sine qua non* à nomeação dos magistrados da Corte *per se* agregaria inegável realização à prática da participação popular nas grandes decisões políticas da Nação.

## Controle difuso de constitucionalidade e o papel da magistratura brasileira na interpretação constitucional.

Na história do Brasil, a Constituição de 1891 foi a primeira a conceder ao Poder Judiciário autoridade para o exercício do controle sucessivo de constitucionalidade das leis<sup>8</sup>. No anseio de levar à xeque as instituições monárquicas positivadas no sistema de 1824, a crença nos valores norte-americanos acirraram a euforia dos próceres do republicanismo e trouxeram à lavratura da nova carta os elementos fundamentais da dogmática estadunidense, com o requinte dos acréscimos conduzidos pela construção jurisprudencial da Suprema Corte daquele País.

Assomado ao sistema presidencialista de governo, à forma de governo republicana e à forma estatal federativa e ao conceito de jurisdição una, o modelo judicial de fiscalização da supremacia constitucional configurou importante e expressiva mudança nos mecanismos de contenção do poder político, concedendo-se aos órgãos do Poder Judiciário a possibilidade de afastar a aplicação de normas por eles consideradas em antinomia à Lei Maior. Isto configurava inegável adoção do mecanismo inaugurado

<sup>8</sup> Sob a égide da Carta Republicana de 1891, o controle sucessivo de constitucionalidade ganhou sede normativa, porém ainda de adstrita aplicação. Preleciona PAULINO JACQUES: “*Sob o regime de 1891, existia um judicial control mitigado (Constituição federal, art. 59, §1º, al. B), porque só admitia a declaração da inconstitucionalidade da lei estadual em face da Constituição Federal. Com a Lei nº 221, de 1894, art. 13, § 10, atribuiu-se aos Tribunais deixar de aplicar as leis “manifestamente inconstitucionais, pelo que podiam declarar-lhes, evidentemente, a inconstitucionalidade (veja de RUI BARBOSA Os atos inconstitucionais do Congresso). Sob a Reforma de 1926, instituiu-se o judicial control pleno (art. 60, § 1º, al. a), porém, ainda implícito, porque só se explicitaria a partir de 1934 (Constituição Federal, art. 179).”* – “*Curso de Direito Constitucional*” – 2ª Edição – Rio de Janeiro: Forense, 1958, página 270.

pelo precedente *Marbury v. Madison*, a permitir que os juizes federais brasileiros pudessem exercer no caso concreto a guarda do novel texto constitucional republicano, na tutela do interesse subjetivo deduzido em juízo contra a iminência do emprego de um comando legal maculado pela contrariedade à Carta Magna<sup>9</sup>. Ainda que a *praxis* da atividade judiciária da República Velha haja pouco efetivado o instituto, sua positivação representou inexpugnável avanço no ordenamento do Brasil, sobretudo se considerado que a Europa Continental, naquela conjuntura histórica, encontrava-se ainda distante da consolidação dos seus sistemas de defesa da supremacia das suas constituições nacionais.

Com o passar das décadas e com a superveniência das suas freqüentes transformações constitucionais, o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade assumiu notório perfil sincrético, somando-se à *judicial review* dos albores republicanos e ao controle preventivo da autoridade parlamentar o sistema de controle concentrado de inspiração austríaca, bem como aquele firmado pela jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* na Alemanha do Pós-Guerra. Mas sem embargo deste sincretismo, os juízos monocráticos de primeira instância e os tribunais estaduais e regionais federais mantiveram-se competentes para o desempenho do controle da supremacia constitucional nos casos concretos sob sua apreciação, nos conflitos intersubjetivos de interesses submetidos ao seu encargo judicante, o que até hoje agrega ao Poder Judiciário relevantíssimo papel na guarda da Lei Maior.

Destarte, se a Emenda nº 3/93 à Carta Magna de 1988 firma a ação declaratória de constitucionalidade como instrumento capaz de converter a presunção relativa de constitucionalidade em presunção de teor absoluto, adstringindo-se a partir daí os demais juízos e tribunais da organização judiciária às suas decisões, enquanto não realizado o julgamento da constitucionalidade no processo objetivo de controle abstrato, permanecem livres os magistrados de primeiro grau e os juizes dos tribunais para decidir pela aplicação ou pelo afastamento da norma legal ao caso concreto, de acordo com suas convicções em torno da parametricidade do direito legislado à vinculação exercida pelos comandos firmados no altiplano constitucional.

Ora, se assim se verifica a essência do modelo pátrio de defesa da supremacia da Constituição, tão fundamental quanto revisitar o modelo de escolha dos magistrados do Supremo Tribunal Federal é examinar os mecanismos de legitimação de todos os juízos integrantes do Poder Judiciário Brasileiro. O alegado déficit de legitimação democrática da jurisdição constitucional no País não se encerra na outorga de um novo modelo de composição da cúpula do poder judicante, mas, muito além disso, reclama que se leve ao intenso debate político a reavaliação de velhos dogmas creditados aos mecanismos de acesso à investidura vitalícia nos cargos da magistratura nacional.

<sup>9</sup> Sobre a matéria, averba CLÊMERTON MERLIN CLÈVE: “A Constituição de 1891 admitiu a fiscalização, pelo Judiciário, da legitimidade das leis. Antes da promulgação da Carta, a Constituição Provisória de 1890 (Decreto 510, § 1º, a e b) conferiu ao Judiciário idêntica competência, mesmo ocorrendo com o Decreto 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que instituiu a Justiça Federal. A competência do Supremo Tribunal Federal para a declaração de inconstitucionalidade foi disciplinada no art. 9º, a e b, do referido decreto.” “A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, Segunda Edição, Segunda Tiragem – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, páginas 82 e 83.

## Da formação da magistratura. Função política do juiz e crítica ao sistema de acesso às carreiras do Poder Judiciário

Do texto originário da Carta de 88 extraiu-se a crença idolátrica no concurso público como princípio, como cláusula inafastável ao provimento dos cargos públicos no âmbito dos três poderes constituídos da Nação, ainda que atendidas as ressalvas dispostas na normatização legal. De certo que a obrigatoriedade do concurso configurou passo relevante à efetivação da moralidade, da impessoalidade e da eficiência dos serviços entregues pelo Poder Público ao cidadão, mas sua extensão à investidura nos cargos das classes iniciais das carreiras da magistratura recomenda que se reavaliem suas balizas e suas características gerais, pena de se negar à composição do poder judicante a devida formação humanística, social e política que o jurisdicionado aguarda dos seus juizes.

Ainda que não se ponha em questionamento a fundamentalidade do concurso público como expediente de seleção dos magistrados integrantes da primeira instância da estrutura judiciária federal e estadual, mesmo porque outro mecanismo mais autorizado ainda não se formulou, o encargo da prestação jurisdicional deflui de uma das três clássicas funções estatais, caracteriza atuação política decisória e se exprime no exercício da soberania interna do País, a requerer portanto que os atributos pessoais e cognitivos exigidos aos candidatos à judicatura não se adstringam à dogmática jurídica e ao tecnicismo da norma escrita. E este parece ser o ponto fulcral do problema.

62

Se feita superficial análise nos certames públicos realizados nas duas últimas décadas como requisito de ingresso nas carreiras da judicatura da União e dos Estados-membros, disto se extrairá a clara constatação do rigor e da exigência de vasto conhecimento do direito posto e da jurisprudência dos tribunais. Perfazem-se concursos desmembrados em fases distintas, com provas escritas e orais, sempre revestidas de elevado grau de dificuldade. Os candidatos muitas vezes se dedicam por anos à preparação intelectual para os exames. Instituições de ensino, algumas até oficiais, vergam seus esforços à realização de cursos dirigidos à formação daqueles que anseiam e que se direcionam ao ofício judicante. Todavia, o conteúdo programático destes certames quase sempre se mantém preso aos limites da dogmática, do conhecimento técnico-legal haurido pelos candidatos no estudo dos ramos tradicionais da classificação do direito positivo, ainda que se lhes requeira extenso domínio destas disciplinas técnicas.

De certo que a crítica que se formula a este *standard* de aferição intelectual não pode resvalar para o terreno da utopia, a ponto de reconhecer como dispensável ao magistrado o *savoir-faire* técnico do direito. Este excesso inexoravelmente nos conduziria a equívoco da mesma gravidade, ainda que no extremo oposto do problema, e dispensaria a natureza instrumental que o manejo do direito positivo traduz na atuação do julgador. O que aqui se advoga, isto sim, é a necessária ou mesmo indispensável modificação dos padrões de avaliação de desempenho intelectual daqueles que postulam o integrar as fileiras da magistratura, acrescentando-se aos exames de ingresso provas de conhecimento vertentes sobre áreas outras das ciências humanas e sociais, prontas a exigir dos postulantes o conteúdo mínimo de conhecimento transdisciplinar que se presume necessário àqueles que compõem um dos três poderes do Estado Nacional. Se é a própria doutrina brasileira de direito constitucional e administrativo que reconhece ao juiz o destaque

especial de *agente político*, retirando-lhe do território amplo dos *funcionários públicos*, daquele se aguarda denso alicerce intelectual e compreensão plena da realidade social, política e econômica no seio da qual prestará jurisdição.

Nesta linha de entendimento e de percepção do problema, constitui-se razoável que os exames de conteúdo técnico-dogmático regularmente realizados nos concursos para a magistratura de carreira sejam obrigatoriamente precedidos de uma fase de aferição de conhecimento geral, a compreender a abordagem sociológica, econômica, histórica, política, antropológica e de outros matizes que mantenham direta causalidade com a nobre investidura no ofício jurisdicional. Destarte, dispensar-se-ia nesta etapa a avaliação do preparo jurídico-normativo, já que reservado à íntegra de todas as demais fases do certame público que ordinariamente sucederiam este preliminar exame do lastro intelectual do candidato. O desmembramento da primeira fase de avaliação escrita do certame, com disciplinas apartadas tais como ciência política, sociologia do direito, economia política, antropologia social, história universal e filosofia do direito, consubstanciaria notável alento e bom acréscimo às fases posteriores, estas sim adstritas à avaliação cognitiva de caráter técnico-jurídico. Ao menos assim, o perfil legalista do concurso público para ingresso na magistratura de carreira perceberia a necessária mitigação, com a consequência imediata da formação de juízes mais aproximados da realidade social e econômica da sociedade brasileira, corporificando-se meio mais próspero à adequação do sistema judiciário brasileiro à importância ascendente que tem assumido nestes tempos de judicialização da política e do debate público.

Esta pressuposição de conhecimento transdisciplinar coincide portanto com a própria estatura política da magistratura brasileira, adequa-se ao modelo de descentralização horizontal que estabelece os três poderes constituídos como esferas independentes e harmônicas entre si e seleciona o juiz com fundamento em critérios mais próximos daquilo que se pretende à formação dos agentes políticos integrantes das estruturas formais do poder público.

Ainda que isto que ora se propõe torne ainda mais oneroso e inegavelmente mais complexo o processo seletivo de acesso às carreiras da função jurisdicional, também alheio a questionamento é que, se implementada, esta mudança ajudará a conduzir à real conformação do magistrado brasileiro seu *status* de agente político, estatura tão freqüentemente apontada pela doutrina para destacá-lo dos demais segmentos do funcionalismo público e para registrar a independência da atividade judicial alicerçada no princípio da separação de poderes.

## Conclusão

Aqui e alhures, o aumento da confiança depositada na autoridade judicial tem definido tendência das relações entre os poderes constituídos dos estados nacionais. O alargamento da margem de acesso à Justiça e a intensificação do controle materializado na jurisdição constitucional fazem sensivelmente mais elevado o grau de interveniência do Estado-Juiz no domínio das relações sociais, com nítida transferência de encargo político aos órgãos colegiados e monocráticos do Poder Judiciário.

Este processo de gradual valorização do direito em detrimento da política encerra inegável acréscimo de poder aos agentes políticos investidos da função jurisdicional. À

função clássica de compor os conflitos intersubjetivos de interesses para pacificação das relações sociais assoma-se o desenvolvimento dos mecanismos de jurisdição constitucional, mormente aqueles relacionados ao processo objetivo de controle abstrato, a conceder à cúpula da organização judiciária a tarefa de fiscalizar a manifestação de centenas de parlamentares democraticamente eleitos adicionada da aquiescência presidencial.

Se esta se estabelece como inexorável tendência contemporânea, o equilíbrio das relações firmadas entre os três poderes depende da revisitação dos mecanismos de legitimação democrática da magistratura e dos tribunais, para que se lhes atribua o respaldo exigível à velocidade da expansão de suas competências e de sua intervenção no espectro político e social. Na medida em que ao Poder Judiciário foram acrescentados os instrumentos processuais de defesa da supremacia constitucional, a guarda da Carta Magna se expandiu a todas as instâncias judicantes, com especial relevo para o Supremo Tribunal Federal na sede da fiscalização concentrada. A crença no sistema de jurisdição torna este poder monopolista do controle de adequação dos atos normativos primários à Lei Maior, a exigir mecanismos modernos de legitimação do juiz e das cortes judiciárias.

Por manifesta consequência, urge seja levado à prática novo sistema de escolha para a investidura nas mais elevadas funções jurisdicionais da Corte Suprema do Brasil, de modo a que nesta se tenha presumível o conteúdo de legitimidade imposto pelos nossos tempos, e a mesma adaptação se deve verificar nos padrões reconhecidos aos concursos públicos para provimento dos cargos iniciais das carreiras da magistratura nacional, com a seleção de candidatos que se apresentem titulares do conhecimento necessário a compreender o ofício judicante na sua inteireza, na sua dimensão política, histórica e social.

## Referências Bibliográficas

- CLÈVE, Clèmerson Merlin – *“A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade das Leis no Direito Brasileiro”*, 2ª Edição, 2ª Tiragem – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- JACQUES, Paulino – *“Curso de Direito Constitucional”*, 2ª Edição – Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- KELSEN, Hans – *“Jurisdição Constitucional”* – introdução e revisão técnica de Sérgio Sêrvulo da Cunha – São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – *“Curso de Direito Constitucional”*, 2ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRANDA, Jorge – *“Teoria do Estado e da Constituição”* – Rio de Janeiro: Forense, 2007, tradução da edição portuguesa.