



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA - UNIFOR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

EMENDA CONSTITUCIONAL nº 45: DA CRISE À LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO

Rodrigo Ferraz de Castro Remígio

Fortaleza - CE

Janeiro, 2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

RODRIGO FERRAZ DE CASTRO REMÍGIO

**EMENDA CONSTITUCIONAL nº 45: DA CRISE À
LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Rosendo Freitas de Amorim.

Fortaleza - Ceará
2010

R387e Remígio, Rodrigo Ferraz de Castro.
Emenda constitucional nº 45: da crise à legitimidade democrática
do judiciário / Rodrigo Ferraz de Castro Remígio. - 2010.
227 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2010.
“Orientação: Prof. Dr. Rosendo Freitas de Amorim.”

1. Poder Judiciário. 2. Emenda constitucional. 3. Democracia.
4. Legitimidade (Direito). I. Título.

CDU 342.56

RODRIGO FERRAZ DE CASTRO REMÍGIO

**EMENDA CONSTITUCIONAL nº 45: DA CRISE À
LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rosendo Freitas de Amorim

UNIFOR

Prof. Dr. José Júlio da Ponte Neto

UNIFOR

Prof. Dr. Francisco Antonio Paes Landim

UFPI

“Um engano não se torna verdade por meio de ampla divulgação, nem a verdade se torna um engano porque ninguém a enxerga.” (Mohandas Karamchand Gandhi)

AGRADECIMENTOS

A Deus, que se manifesta constantemente em minha mãe, a quem devo a realização desta etapa: sem o seu incentivo, não teria tido forças suficientes, à época, para participar da seleção do mestrado da Unifor.

Ao meu pai, por sempre acreditar nas minhas potencialidades, até mais do que eu mesmo.

Às minhas irmãs e a Samanta, que nunca mediu esforços para me ajudar.

Aos professores Roberto Martins Rodrigues, Maria Lírida Calou e Lília Sales, pelo apoio amigo nos momentos de dificuldade.

Aos professores Martonio Mont'Alverne, Filomeno Moraes, Newton Albuquerque, Paulo Albuquerque, José de Albuquerque Rocha e Arnaldo Vasconcelos, pelo comprometimento com a reconstrução do conhecimento.

Ao meu orientador, Rosendo Amorim de Freitas, por ter aceitado participar da pesquisa e, principalmente, pela amizade que se iniciou.

Aos meus colegas e também amigos do Mestrado da Unifor, em especial: Andrine Nunes, Ana Katarina, Clarissa Maia, Luiz Freitas, Marcos Antônio Carodozo e Janaína Fortes.

Aos funcionários da Biblioteca da Unifor Regina Alencar e César Nascimento, pela importante contribuição prestada na investigação bibliográfica. E também aos funcionários da Secretaria do Mestrado da Unifor, Luís Carlos, Lanuce, Patrícia, Elizabeth, Nadja e Ana Paula.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), pelo auxílio financeiro e fomento à pesquisa.

Por trás da materialidade, existe uma realidade espiritual que é estranha à maioria das pessoas. Não a mim. Além de meus pais, minhas irmãs, meus sobrinhos e meus amigos, não poderia deixar de dedicar este trabalho àqueles que tanto me ajudam nos bastidores da vida terrena.

RESUMO

A Reforma do Poder Judiciário promovida pela EC nº 45 teve seu discurso justificador relacionado à correção da crise que assolava este Poder, concernente à morosidade e à sua estrutura autocrática, destoante do Estado Democrático de Direito. Para se alcançar a efetividade da prestação jurisdicional, o discurso reformista oficial justificava-se na democratização do Judiciário. Outro discurso, encoberto pela imprensa, diz respeito às pressões internacionais do Banco Mundial, como se observa do Documento Técnico nº 319/1996. Neste relatório, referido organismo internacional expõe que a necessidade de reforma baseava-se na busca pela estabilidade das decisões judiciais, exigidas pelo mercado. Este documento contemplava propostas que vieram a se concretizar, a exemplo do Conselho Nacional de Justiça, das Súmulas Vinculantes e da repercussão geral dos Recursos Extraordinários. Esta pesquisa justifica-se na medida em que a pretensão democratizante presente na fundamentação da aprovação da PEC nº 96/1992 é reaberta, sobretudo na insatisfação dos juízes de primeiro grau de jurisdição. Quanto à metodologia, este trabalho alinha-se à pesquisa de natureza qualitativa. Seu processo de construção objetiva analisar em que medida a *Reforma do Judiciário* corresponde às expectativas de efetivação da Democracia. Para tanto, é utilizada pesquisa bibliográfica e jurisprudencial sobre o tema. A EC nº 45 é analisada em confronto com a ordem jurídica anterior, além da construção jurisprudencial sobre os temas. Ao final, tendo em vista que a finalidade da *Reforma do Judiciário* foi tornar a função jurisdicional mais efetiva e dotar o Poder Judiciário de uma estrutura mais democrática, o presente estudo investiga se houve, ou não, essa correspondência e qual a legitimidade democrática do Judiciário, em especial a do STF, após os inúmeros poderes conferidos a esta Corte. O Conselho Nacional de Justiça, as Súmulas Vinculantes e a técnica da repercussão geral do Recurso Extraordinário, de acordo com a conclusão, são alterações ilegítimas e, também, inválidas. O discurso democratizante não encontrou correspondência com a EC nº 45. Assim, embora a legitimidade de origem do Judiciário seja incontestável, não houve avanços na concretização da Democracia. A exemplo da insatisfação dos juízes de primeiro grau, outra crise se avizinha, novamente alardeada em torno da necessidade de democratização do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Reforma do Judiciário. Democracia. Crise do Judiciário. Legitimidade.

ABSTRACT

Reform of the Judiciary organized by Constitutional Amendment No. 45 he had his speech justifying correction related to the crisis plaguing this Power, related to length and its autocratic structure, jarring the Democratic State. To achieve the effectiveness of the adjudication speech reformist official justified the democratization of the judiciary. Another speech hidden by the press relates to international pressure from the World Bank, as shown in Technical Paper number No. 319/1996. In this report, this international institution exposes the need for reform was based on the search for stability of judgments required by the market. This document includes proposals that came to fruition, such as the National Council of Justice of Binding Decisions and the impact of the features extraordinary. This research is justified in so far as to claim this democratizing the grounds of the approval of Constitutional Amendment Project No. 96/1992 is reopened, especially in the dissatisfaction of the judges of first instance jurisdiction. Methodologically this work is aligned to the qualitative research. Its construction process aims to analyze the extent to which the Judicial Reform meets the expectation of democracy effectiveness. To this aim, will be used literature and jurisprudence on the subject. The CA number 45 is analyzed by comparison with the previous legal order, in addition to judicial construction on the issues. Finally, given that the purpose of the *Judicial Reform* was to make the judicial function more effectively and give the judiciary a more democratic structure, this study investigates whether there was or not, this correspondence and that the democratic legitimacy of the judiciary in particular the Supreme Court, after the many powers of this Court. The National Council of Justice, the Binding Decisions and technique of passing an extraordinary general accordance with the conclusion, changes are illegitimate, and also invalid. Democratizing speech found no correlation with CA number 45. Thus, although the legitimacy of origin of the judiciary is beyond dispute, there was no progress in achieving Democracy. The example of the dissatisfaction of the judges of first instance, another crisis is looming once again touted around the need for democratization of the judiciary.

Keywords: Judicial Reform. Democracy. Crisis in the Judiciary. Legitimacy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1 PODER JUDICIÁRIO.....	19
1.1 Fundamento da tripartição dos Poderes Estatais.....	19
1.2 Modelo adotado no Brasil.....	21
1.2.1 Modelo americano.....	22
1.2.2 Modelo europeu.....	23
1.2.3 Modelo brasileiro.....	24
1.3 Papel do Poder Judiciário no Regime Democrático.....	25
1.3.1 Regime Democrático <i>versus</i> Regime Autocrático.....	25
1.3.2 A função do Judiciário de acordo com o entendimento tradicional.....	28
1.3.3 A Jurisdição no Constitucionalismo Contemporâneo.....	30
1.3.3.1 O Neoconstitucionalismo.....	31
1.3.3.2 A Jurisdição Constitucional.....	38
1.4 Crise do Judiciário.....	41
1.4.1 A desestruturação interna.....	43
1.4.1.1 Justiça de primeiro grau.....	44
1.4.1.2 Tribunais do Poder Judiciário dos Estados.....	44
1.4.1.3 Justiça Militar dos Estados.....	45
1.4.1.4 Tribunais do Poder Judiciário da União.....	47
1.4.1.4.1 Tribunais de Justiça do Distrito Federal e Territórios.....	47

1.4.1.4.2 Tribunais Regionais Federais.....	47
1.4.1.4.3 Tribunais Regionais do Trabalho.....	50
1.4.1.4.4 Tribunal Superior do Trabalho.....	51
1.4.1.4.5 Tribunais Regionais Eleitorais.....	52
1.4.1.4.6 Tribunal Superior Eleitoral.....	53
1.4.1.4.7 Superior Tribunal Militar.....	54
1.4.1.4.8 Superior Tribunal de Justiça.....	56
1.4.1.4.9 Supremo Tribunal Federal.....	57
1.4.1.5 Algumas considerações sobre a estruturação dos Tribunais.....	57
1.4.2 A atuação do juiz.....	58
1.4.3 Morosidade na prestação jurisdicional.....	60
1.5 Solução da crise: Reforma Constitucional.....	61
1.5.1 O discurso democratizante.....	62
1.5.2 A exigência do Banco Mundial.....	63
2 MODIFICAÇÕES PARA COMPATIBILIZAR A ORDEM JURÍDICA INTERNA COM O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS.....	67
2.1 Teoria da Flexibilização da Soberania Estatal a partir do Pós-guerra.....	67
2.2 Nova hierarquia normativa.....	71
2.2.1 Tratados Internacionais com status de lei ordinária.....	74
2.2.2 Natureza de Norma Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.....	75
2.2.3 Natureza de Emenda Constitucional.....	78

2.2.4 Atual posicionamento do STF: natureza de Norma Supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados antes da EC 45.....	80
2.3 Submissão à Jurisdição do Tribunal Penal Internacional.....	83
3 REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO.....	84
3.1 Modificações Orgânicas.....	86
3.1.1 Conselhos da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho.....	87
3.1.2 Justiça Itinerante e Câmaras Regionais.....	88
3.1.3 Composição do Órgão Especial dos Tribunais.....	90
3.1.4 Orçamento dos Tribunais, do Ministério Público e das Defensorias Públicas....	91
3.1.5 Extinção dos Tribunais de Alçada.....	92
3.1.6 Varas Agrárias.....	94
3.1.7 Destinação Vinculada das Custas e Emolumentos.....	100
3.1.8 Publicidade das Sessões Administrativas e Judiciais.....	101
3.1.9 Atividade Jurisdicional Ininterrupta.....	102
3.1.10 Nova Organização e Competência da Justiça do Trabalho.....	104
3.1.10.1 Alterações no TST.....	105
3.1.10.2 Alterações nos TRTs.....	106
3.1.10.3 Nova Competência da Justiça do Trabalho.....	108
3.1.10.3.1 Competência Territorial.....	109
3.1.10.3.2 Competência Funcional.....	110
3.1.10.3.3 Competência Material.....	110
3.1.10.3.4 Competência em Razão da Pessoa.....	126

3.2 Modificações Funcionais.....	127
3.2.1 Requisito da Atividade Jurídica.....	129
3.2.2 Competência e quórum para Remoção, Disponibilidade e Aposentadoria.....	131
3.2.3 Proibição do Recebimento de Auxílio ou Contribuições.....	132
3.2.4 Quarentena.....	133
3.2.5 Residência fora da Comarca.....	134
3.2.6 Proibição de Atividade Político-Partidária.....	134
3.2.7 Vitaliciamento do Magistrado: frequência a cursos.....	136
3.2.8 Aferição do Merecimento e Antiguidade para Promoção.....	137
3.2.9 Critérios para Remoção a pedido e Permuta.....	139
3.2.10 Princípio da Proporcionalidade do número de Magistrados.....	140
3.2.11 Delegação de atos de mero expediente.....	141
3.2.12 Escolas Nacionais de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados.....	141
3.3 Modificações Processuais.....	143
3.3.1 Federalização das Causas de Direitos Humanos.....	144
3.3.2 Razoável duração do processo.....	147
3.3.3 Distribuição Imediata de Processos.....	148
3.4 Algumas considerações sobre as Modificações Orgânicas, Funcionais e Processuais.....	149
4 OS (SUPER)PODERES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	150
4.1 O Conselho Nacional de Justiça.....	150
4.2 Novas Competências do STF.....	157
4.2.1 Transferência da competência do STF para o STJ na homologação de sentença estrangeira e <i>exequatur</i> às cartas rogatórias.....	157

4.2.2 Mudança em hipótese de cabimento do Recurso Especial e Recurso Extraordinário.....	158
4.2.3 Competência do STF nas ações contra os Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público.....	158
4.2.4 Competência do STF para apreciar pedido de intervenção federal pelo Procurador-Geral da República com fundamento no art. 36, III, da CF/88.....	158
4.2.5 Novo pressuposto para interpor Recurso Extraordinário.....	158
4.2.6 Alterações nos efeitos e na legitimidade para propositura de ADIs e ADCs perante o STF.....	161
4.2.7 A Súmula Vinculante.....	163
4.3 O Judiciário e a problemática da legitimidade.....	168
4.3.1 As várias acepções do termo “legitimidade”.....	174
4.3.1.1 Legitimidade no Direito Processual: capacidade postulatória.....	174
4.3.1.2 Legitimidade no Direito Civil: capacidade específica.....	174
4.3.1.3 Legitimidade na Teoria Político-Sociológica: justificação e aceitação...175	
4.3.1.4 Legitimidade e <i>espírito</i> constituinte.....	183
4.3.2 O Judiciário e a legitimidade.....	189
4.3.2.1 O STF e a legitimidade.....	191
4.3.2.2 Súmula Vinculante e Conselho Nacional de Justiça: inconstitucionalidade e ilegitimidade.....	192
4.3.2.3 A crise do Judiciário, ainda?.....	198
CONCLUSÃO.....	203
REFERÊNCIAS.....	210

INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro possuía um Judiciário pesado, ineficiente, moroso, desacreditado pela sociedade e com uma estruturação interna extremamente autocrática. A aprovação da Emenda Constitucional nº 45 em dezembro de 2004 produziu várias alterações na estrutura do Judiciário. Ressalte-se que, das três funções estatais, o Judiciário era o que se revelava mais afastado da Democracia.

A *Reforma do Poder Judiciário* teve seu discurso justificador relacionado à correção desses problemas. Mais do que torná-lo eficiente, as modificações visaram a aproximar o Judiciário ao *Princípio Democrático*. A EC nº 45 produziu diversas modificações nesse Poder. Para facilitar a compreensão do assunto, elas seguem listadas abaixo, agrupadas de acordo com as finalidades visadas pelo legislador:

- 1) *celeridade processual*: justiça itinerante, câmaras Regionais, fim do recesso forense, princípio da razoável duração do processo, distribuição imediata de processos, súmula vinculante, efeito vinculante nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Ações Declaratórias de Constitucionalidades, novo fundamento para o Recurso Extraordinário, federalização das causas que envolvam grave violação de direitos humanos;
- 2) *transparência nas sessões judiciais e administrativas*: publicidade dos julgamentos judiciais e administrativos;
- 3) *maior preparo e lisura dos magistrados*: requisito da atividade jurídica, quarentena, vitaliciamento, proibição de recebimento de auxílios, formação e aperfeiçoamento;

- 4) *reestruturação interna destinada a uma redemocratização do Poder Judiciário*: Conselho Nacional de Justiça, orçamento, organização da Justiça do Trabalho, competências do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

O conhecimento jurídico dos magistrados, como se observa, foi um fator que motivou o legislador reformador a criar as Escolas de Formação de Magistrados (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho), destinadas ao aperfeiçoamento dos atuais magistrados e da formação daqueles que estiverem ingressando por concurso público. Os cursos oferecidos têm a pretensão de inseri-los no atual paradigma neoconstitucionalista, além de oferecer-lhes uma visão interdisciplinar do Direito. O aperfeiçoamento e a formação dos juízes foram tão prestigiados pela *Reforma do Judiciário* que o vitaliciamento agora tem como requisito o maior compromisso do magistrado com os processos sobre sua responsabilidade e o aproveitamento nos cursos oficiais promovidos por essas Escolas.

Passados cinco anos desde a sua publicação, a atuação política do Supremo Tribunal Federal tem despertado críticas no seio da magistratura brasileira. Os magistrados de primeiro grau de jurisdição estão insatisfeitos com algumas deliberações do Conselho Nacional de Justiça, com a produção das Súmulas Vinculantes e por não participarem da gestão do Judiciário.

Esta pesquisa justifica-se na medida em que a pretensão democratizante presente na fundamentação da aprovação da PEC nº 96/92 é reaberta, sobretudo nos discursos de magistrados, como ocorreu no 20º Congresso Brasileiro de Magistrados em São Paulo, no final de outubro de 2009. Diante desse quadro, urge que se busquem soluções sobre as indagações a respeito da correspondência da EC nº 45 com o *Princípio Democrático*.

O estudo mostra-se necessário tanto para a Ciência Jurídica, quanto para a sociedade. Na seara jurídica, os estudos sobre a EC nº 45 até então desenvolvidos têm um ponto em comum: limitam-se a comentar as alterações constitucionais e confrontá-las aos critérios de validade material limitadores do Poder Constituído. O estudo em tela estabelece uma relação entre as justificativas para a reforma e a sua posterior compatibilidade com o *Princípio*

Democrático. Para tal finalidade, abordar-se-á o alcance da expressão *legitimidade democrática*, uma vez que a doutrina tem tratado do tema de forma insatisfatória.

No que se refere à sociedade, o trabalho trará a lume alguns fatos que são pouco veiculados pela imprensa, como, por exemplo, a influência das diretrizes do Banco Mundial no texto da EC nº 45 e a dimensão ditatorial do Conselho Nacional de Justiça e da Súmula Vinculante. Serão conhecimentos necessários à instigação do debate sobre a função sociopolítica do Poder Judiciário, numa sociedade que vem travando esforços no sentido de construir uma Democracia de acordo com suas singularidades.

Quanto à metodologia, este trabalho alinha-se à pesquisa de natureza qualitativa. Seu processo de construção objetiva analisar em que medida a *Reforma do Judiciário* corresponde às expectativas de efetivação da Democracia. Para tanto, utiliza-se pesquisa bibliográfica e jurisprudencial sobre o tema.

Tendo em vista que a finalidade da *Reforma do Judiciário* foi tornar a função jurisdicional mais efetiva e dotar o Poder Judiciário de uma estrutura mais democrática, o presente estudo investigará se houve, ou não, essa correspondência democrática e qual a legitimidade democrática do Judiciário, em especial a do STF, após os inúmeros poderes conferidos a esta Corte.

O estudo da EC nº 45 será sistematizado, agrupando-se as alterações de acordo com a pertinência temática: a problemática da crise do Judiciário; a compatibilização da ordem jurídica interna com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos; as modificações orgânicas, funcionais e processuais; a adequação dos poderes conferidos ao STF com a pretensa democratização do Judiciário. De acordo com essa sistematização, a presente dissertação será desenvolvida em quatro *Capítulos*.

No primeiro *Capítulo* serão expostos alguns conceitos relevantes sobre o Poder Judiciário, o modelo judiciário adotado no Brasil e qual o papel do Judiciário no regime democrático. Será vista, também, qual a crise vivenciada, em especial os problemas da estrutura autocrática dos tribunais, a atuação do juiz e a morosidade processual. Como ocorreu a aprovação da PEC nº 96/1992 ficou no final deste capítulo introdutório, sobretudo

como se deu o discurso democratizante e as influências do Banco Mundial, mediante a análise do Documento Técnico nº 319 (*O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe – Elementos para Reforma*) expedido por este organismo internacional.

O segundo *Capítulo* tratará da introdução dos parágrafos 3º e 4º ao artigo 5º da Constituição. O primeiro cuida da natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, desde que aprovada a sua incorporação sob o rito da emenda constitucional. O segundo cuida da constitucionalização da adesão da República brasileira ao Tribunal Penal Internacional.

O terceiro *Capítulo* abordará, de acordo com a doutrina e a jurisprudência, os seguintes pontos da reforma: justiça itinerante, câmaras regionais, fim do recesso forense, princípio da razoável duração do processo, distribuição imediata de processos, federalização das causas que envolvam grave violação de direitos humanos, publicidade dos julgamentos judiciais e administrativos, requisito da atividade jurídica, quarentena, vitaliciamento, proibição de recebimento de auxílios, formação e aperfeiçoamento dos magistrados, orçamento e a organização da Justiça do Trabalho. Em razão do grande número de dispositivos criados e modificados, essas alterações foram divididas em três grupos: modificações orgânicas, modificações funcionais e modificações processuais. Com o objetivo de compatibilizar a renovação pretendida, a EC nº 45 também previu inovações no Ministério Público e na Defensoria Pública. Todavia, para não fugir ao objetivo proposto por este trabalho, serão vistas somente aquelas modificações que se relacionarem com o Judiciário, como é o caso do orçamento e da simetria entre a magistratura e os representantes do Ministério Público.

Ao final, no último *Capítulo*, será apresentada análise do incremento de poderes ao STF, especificamente o Conselho Nacional de Justiça e a sua nova competência: transferência da competência do STF para o STJ na homologação de sentença estrangeira e *exequatur* às cartas rogatórias; mudança em hipótese de cabimento do Recurso Especial e Recurso Extraordinário; competência do STF nas ações contra os Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público; competência do STF para apreciar pedido de intervenção federal pelo Procurador-Geral da República com fundamento no art. 36, III, da CF/88; novo pressuposto para interpor Recurso Extraordinário; alterações nos efeitos e na legitimidade para propositura de ADIs e ADCs perante o STF.

Neste *Capítulo*, além de uma análise dogmática das novas normas constitucionais, será depreendida uma reflexão filosófica, de modo a possibilitar uma conclusão sobre a adequação da Súmula Vinculante e do Conselho Nacional de Justiça ao *Princípio Democrático*. Como suporte epistemológico, realizou-se um estudo sobre as várias acepções da legitimidade, de forma a se confirmar, ou não, a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal, do CNJ, da Súmula Vinculante e da técnica da repercussão geral dos Recursos Extraordinários, bem como se a eventual ilegitimidade do CNJ e da Súmula Vinculante importará a inconstitucionalidade das respectivas normas constitucionais.

Como resultado deste estudo, será possível concluir se as justificativas para a *Reforma do Judiciário* foram observadas pelo legislador reformador e quais as contribuições para a legitimidade da *Jurisdição Constitucional* brasileira, determinando, assim, se a nova sistemática constitucional foi apta, ou não, a democratizar o Poder Judiciário. Também se pretende responder às indagações que serão lançadas ao longo do trabalho, de forma a permitir uma posição esclarecedora sobre a legitimidade/ilegitimidade ou constitucionalidade/inconstitucionalidade desta reforma, especialmente os seguintes pontos: CNJ, STF, Súmula Vinculante, repercussão geral do Recurso Extraordinário.

1 PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário, um dos três poderes do Estado Moderno, constitui o conjunto de órgãos públicos aos quais a Constituição atribui a função jurisdicional, cuja atuação efetiva o acesso à justiça. Sua atuação, estrutura e composição não podem se distanciar da ambiência democrática. Em meio à crise que assolava este Poder nos anos 1990, o então deputado federal Hélio Bicudo propôs um Projeto de Emenda Constitucional (PEC nº 96/1992) na tentativa de modificar a morosidade e a falta de credibilidade que o Judiciário enfrentava.

Após os inúmeros substitutivos e mais de uma década de tramitação, a PEC nº 96/1992 foi aprovada com a pretensão de eliminar a crise e promover uma democratização do Judiciário. Este *Capítulo* objetiva analisar em que medida a *Reforma do Judiciário* alcançou o seu ideal democratizador. Faz-se indispensável esclarecer alguns pontos relevantes sobre o Poder Judiciário brasileiro, a sua ambiência democrática, o perfil da *Jurisdição Constitucional* e os discursos que levaram às propostas de reformá-lo.

1.1 Fundamento da tripartição dos Poderes Estatais

O século XVIII foi marcado pela crise do Estado Absolutista, tendo sido utilizada pelo liberalismo que avançava na Europa a *Teoria da Separação dos Poderes* de Montesquieu, principalmente no final desse período. A teoria, presente na obra *Do espírito das leis*, é incorporada na Constituição americana de 1787 como mecanismo de separação das funções do novo Estado Federal, de maneira a impedir o abuso, tão frequente no caminhar da humanidade.

Sobre a justificativa da limitação recíproca do poder, Montesquieu asseverava que, ao longo da história, evidencia-se que todo aquele que detém poder é tentado a abusar. Por isso,

se a própria virtude tem a necessidade de limites, “para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.”¹

A fórmula idealizada por Montesquieu é justificada por James Madison nos *Artigos Federalistas*, obra escrita em conjunto com John Jay e Alexander Hamilton na defesa da Constituição americana de 1787.² Madison propunha a incorporação da tripartição dos Poderes na nova Constituição por considerar que o governo nas mãos de uma só pessoa era o começo da tirania.

A preocupação dos *Federalistas*, aponta Jeffrey Tulis,³ ao proporem a separação dos poderes e as diferentes estruturas de ramificação do governo, era que cada esfera estivesse mais bem equipada para desempenhar as diferentes tarefas estatais. O propósito desta separação era dar maior credibilidade à efetiva condução do governo, mediante a acomodação das tensões entre os objetivos governamentais.

No *Artigo Federalista nº 48*, Madison previu essa limitação como critério de segurança contra as ingerências de um Poder sobre os demais.⁴ A separação não é rígida, pois, apesar de os Poderes (ou funções estatais) serem independentes, a atuação de um não pode anular ou invadir a competência dos outros. Madison, então, buscando a harmonização – para que não houvesse o abuso – propôs a utilização de um mecanismo de controles recíprocos entre os

¹ MONTESQUIEU, Charles L. de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Nova Cultural, 2000. v. 1, p. 200.

² A obra *O Federalista (The federalist)* constitui um conjunto de documentos que justificavam a Constituição, para que os Estados Confederados se reunissem sob uma Federação. Conhecidos como os “pais fundadores”, os textos de Hamilton, Madison e Jay buscavam fortalecer o papel do Executivo, principalmente mediante a figura do presidente. Pretendia-se que a presidência fosse representativa do povo, mas o presidente deveria ser livre e suficiente da inconstância da opinião pública: “a independência do Executivo criou as condições sob as quais os presidentes teriam mais probabilidades de adotar uma perspectiva diferente do Congresso nos assuntos relativos à direção dos negócios públicos. O Congresso seria dominado pelas facções locais que, de acordo com o plano, dariam grande peso à opinião dos eleitores. O presidente, como enfatizaria Thomas Jefferson, era o único homem público no país que comandava com um ponto de vista realmente amplo”. TULIS, Jeffrey. As duas presidências. In: NELSON, Michael (Org.). **A presidência e o sistema político: política norte-americana hoje**. São Paulo: Alfa-Omega, 1985, p. 79-109, p. 79-90.

³ Id. *Ibid.*, 1985, p. 91.

⁴ “Não se nega que o poder é, por natureza, usurpador, e que precisa ser eficazmente contido, a fim de que não ultrapasse os limites que lhe forem fixados. Assim, após a discriminação teórica das diferentes categorias de poder, que pertencem naturalmente ao Legislativo, ao Executivo ou ao Judiciário, a tarefa seguinte e mais difícil está em prover para cada um deles uma certa segurança prática contra invasões por parte dos outros.” MADISON, James. Artigo 47: A separação dos poderes – 1. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 393-399, p. 393.

Poderes, chamado *Freios e Contrapesos* (*checks and balances*).⁵ Por esse sistema de equilíbrio das funções estatais, em algumas situações especificamente definidas no texto constitucional, é permitido que um Poder interfira em outro, como é o caso do veto, pelo Chefe do Executivo, de ato normativo produzido pelo Legislativo, e até mesmo a nomeação de um membro do Judiciário.

A tripartição dos Poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário transformou-se no ícone do movimento constitucionalista que surgia nos fins do século XVIII e início do século XIX. O Poder, embora uno, é exercido por meio de três funções distintas. Apoiada na justificativa apresentada por Montesquieu, a tripartição dos Poderes nada mais é do que uma forma encontrada para, separando-se as funções estatais, impedir o arbítrio.

Atualmente, esta teoria é pressuposto da organização política estatal. Por ser essencial a toda Constituição, ela se encontra prevista no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.⁶ O referido princípio traduz-se, portanto, como a fórmula encontrada para harmonizar a atuação estatal, garantindo-se o equilíbrio nas três esferas estatais e evitando-se que cada Poder exorbite das suas funções delimitadas pela Constituição.

1.2 Modelo adotado no Brasil

A forma de atuação do Judiciário dependerá do modelo adotado. De um lado, existe o americano; de outro, o europeu-continental. Para se compreender o modelo americano, será explicada a ambiência de sua independência, para, logo em seguida, se chegar à definição do modelo europeu. Ao final, verificar-se-á o modelo judiciário adotado no Brasil.

⁵ “[...] a grande segurança contra uma gradual concentração de vários poderes no mesmo ramo do governo consiste em dar aos que administram cada um deles os necessários meios constitucionais e motivações pessoais para que resistam às intromissões dos outros. [...] Não é possível, porém, atribuir a cada um dos ramos do poder uma capacidade igual de autodefesa. No governo republicano predomina necessariamente a autoridade legislativa. A solução para este inconveniente está em repartir essa autoridade entre diferentes ramos e torná-los, utilizando maneiras diferenciadas de eleição e distintos princípios de ação, tão pouco interligados quanto for permitido por suas funções comuns e dependência da mesma comunidade. Talvez sejam até necessárias precauções adicionais contra perigosas usurpações. Como a importância da autoridade legislativa conduz a tal repartição, a fraqueza do Executivo, por sua vez, pode exigir que ele seja reforçado.” MADISON, James. Artigo 51: Freios e contrapesos. In: HAMILTON; MADISON; JAY, op. cit., 1984, p. 417-421, p. 418-419.

⁶ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Art. 16. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

1.2.1 Modelo Americano

Até o século XVIII, a Inglaterra não deteve forte controle sobre as colônias norte-americanas, em razão da instabilidade política em que vivia. São exemplos desses conflitos:⁷

- 1) Revolução Puritana⁸ (1640 a 1649): o confronto entre o rei Carlos I e o Parlamento resulta na sua morte e na ascensão de Cromwell;
- 2) Restauração⁹ (1660 a 1688): a morte de Cromwell desencadeou o retorno dos Stuart ao trono inglês, reativando o conflito entre a Coroa e o Parlamento;
- 3) Revolução Gloriosa¹⁰ (1688 a 1689): a deposição do rei Jaime II por Guilherme de Orange representou o triunfo do liberalismo político sobre o absolutismo e a aprovação do *Bill of Rights* instituiu uma monarquia limitada (em virtude da supremacia legal do Parlamento sobre o monarca).

Após a resolução de seus conflitos internos, a Coroa inglesa passou a interessar-se pela América. Como a Revolução Industrial exigia busca por mercados consumidores e demanda de matérias-primas, o reino inglês iniciou uma política mercantilista, tributando a produção colonial, o que gerou insatisfação e insubmissão dos colonos às leis do parlamento inglês. Uma vez libertos do domínio da Inglaterra, criou-se na mentalidade política americana uma aversão ao predomínio do Legislativo. Por esse motivo, dentre os Poderes estatais

⁷ MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. 5. ed. São Paulo: Ática, 1995. v. 1, p. 81-82.

⁸ Ao se envolver em guerra com Espanha e França, o rei Carlos I convocou o Parlamento. Este lhe impôs a Petição de Direitos em 1628 (*Petition of Rights*), que confirmava os princípios da Magna Carta ao reafirmar a proibição de tributos não autorizados pelo Parlamento. Mais tarde, Carlos I dissolveu o Parlamento, dando origem à Revolução Puritana: de um lado, estavam os Cavaleiros (apoiavam o rei), de outro, os Cabeças Redondas (defensores do Parlamento). Liderados por Cromwell, que pertencia aos *gentry* e ao puritanismo (calvinismo), os Cabeças Redondas obtiveram vitória, depuseram o rei e decapitaram-no. AQUINO, Rubim Santos Leão *et al.* **História das sociedades**: das sociedades modernas até às sociedades atuais. 37. ed. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 72.

⁹ A morte de Cromwell abriu um período de crise (1658-1660) que reconduziu à Restauração dos Stuart. Destaca-se que, em razão da crescente oposição no Parlamento, foi aprovado o *Habeas Corpus*, como meio de proibir as prisões arbitrárias e garantir o julgamento dos indivíduos detidos. *Ibid.*, 1999, p. 73.

¹⁰ Quando Jaime II pretendeu restabelecer o catolicismo, desprezando os interesses da maioria protestante, *Tories* (partidários do rei) e *Whigs* (adeptos da monarquia limitada pelo Parlamento) uniram-se na chamada Revolução Gloriosa. O príncipe holandês Guilherme de Orange assumiu o trono sob o juramento da Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), que estabelecia, como competência do Parlamento, o recrutamento de tropas, lançamento de tributos, eleições, a liberdade de palavra, petição e justiça, deixando a liberdade religiosa aos cultos protestantes. *Ibid.*, 1999, p. 74.

estabelecidos na Constituição de 1787, o Judiciário recebeu uma função diferenciada da comumente atribuída na Europa Continental.

Vê-se, dessa ordem, que os Estados Unidos surgiram tendo como princípios a liberdade e a propriedade. Os federalistas Hamilton, Madison e Jay utilizaram a teoria de Montesquieu na Constituição de 1787 como solução para instituir o Estado Liberal. No modelo americano, portanto, o Judiciário tem a função de aplicar o Direito, podendo rever os atos do Executivo e do Legislativo, quando provocado; tudo em obediência ao *Princípio da Supremacia da Constituição*.

Nos Estados Unidos, os revolucionários, hostis à legislação inglesa incidente sobre as colônias americanas, trataram de controlar o nascente Legislativo estadunidense, temendo que se repetisse no novo mundo a ditadura legislativa que afirmavam existir na Inglaterra. O Judiciário foi colocado como o guardião da Constituição e a atuação do juiz tornou-se mais ativa e construtiva. Daí a razão histórica da supremacia do Judiciário nos Estados Unidos da América, enquanto na Europa Continental prevaleceu o Legislativo.¹¹

1.2.2 Modelo Europeu

No modelo europeu, o Poder Judiciário ficou impedido de aferir a compatibilidade dos atos legislativos frente à Constituição. A razão dessa limitação encontra-se no fato de que a atuação dos tribunais do Antigo Regime,¹² denominados *parlements*, era corporativista e

¹¹ ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 88-89.

¹² “Na França a velha ordem foi chamada de Antigo Regime. Não é preciso ser muito perspicaz para perceber que toda vez que o poder político troca ou parece trocar de mãos, os novos donos apressam-se a chamar o período anterior de ‘antigo’, ‘velho’ e coisas do gênero. Mas o que era e como se caracterizava o Antigo Regime? Para começar, pode-se dizer que, apesar de os historiadores terem encerrado a Idade Média no século XVI, alguns caracteres feudais da sociedade francesa, teimosamente, insistiram em manter-se vivos por mais tempo. Isso está longe de significar que o sistema feudal se mantivesse dominante até o século XVIII, pois, também na França, um capitalismo ‘agrário’ vinha sendo introduzido muito antes disso, a ponto de, no século XVIII, as tradicionais rendas senhoriais serem bastante modestas em comparação com os arrendamentos capitalistas e o sistema de exploração direta. Durante o reinado de Luís XIV (1643-1715), o absolutismo francês atingiu seu ponto máximo. O rei, ‘pela graça de Deus’, era a fonte de justiça, da legislação e da autoridade administrativa. Essas atribuições, contudo, foram escapando uma a uma, do controle direto da monarquia, sendo atribuídas, gradativamente, a instâncias intermediárias. A justiça e a legislação, por exemplo, cada vez mais passaram a ser exercidas pelo Parlamento e pelas Cortes – tudo em nome do rei, evidentemente. [...] O poder mais efetivo era exercido pelos intendentés. Escolhidos entre os membros da alta burguesia, os intendentés de justiça, de polícia e de finanças eram funcionários extremamente poderosos, encarregados de zelar pela segurança, vigiar os antigos magistrados e julgar, em última instância, os responsáveis pelas revoltas [...]. Além disso, os intendentés fiscalizavam as atividades de comércio, agricultura e indústria, controlavam o recrutamento

parcial. Para manter os privilégios que ostentavam, tais tribunais decidiam com base na conveniência do monarca.

Esse fato provocava profunda desconfiança em relação ao Poder Judiciário emergente, e terminou resultando na supressão de uma de suas atribuições mais importantes no Antigo Regime, qual seja, a de controlar a conformidade da legislação com a Constituição. Esta foi uma das razões da interpretação restritiva de Montesquieu pelos revolucionários franceses.

1.2.3 Modelo adotado no Brasil

Enquanto no modelo europeu o Legislativo é preponderante, submetendo-se o juiz ao comando legal (juiz “boca da lei”), no americano o Judiciário restou prevalecido, cuja atuação dos magistrados é construtiva do Direito. Desde a adoção da República, as Constituições brasileiras têm adotado o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário. Nesse aspecto, é incontestável que o modelo judicial americano foi adotado. Por outro lado, a estruturação interna do Judiciário e a cultura jurídica dos magistrados mais se conformam ao modelo europeu.

No Brasil adotou-se o modelo americano na atividade jurisdicional, embora em sua estrutura prevaleça o modelo autocrático napoleônico. Sobre este formato, José de Albuquerque Rocha¹³ esclarece que a formação militar de Napoleão e a tentativa de tornar o Judiciário mero aplicador das leis resultaram na configuração hierárquica desse Poder: na cúpula estavam pessoas de confiança do Chefe do Executivo; na base, articulou-se o Judiciário em escalões de magistrados subordinados aos tribunais, em simetria com o que ocorre nas organizações militares – o que, fatalmente, tolhia a independência funcional.

Em relação à cultura jurídica dos juízes brasileiros, mais uma vez, são pertinentes as observações de José de Albuquerque Rocha, que considera, historicamente, o papel do juiz como mero aplicador mecânico das leis, exercendo um papel secundário diante do legislador.¹⁴ Observa-se, no entanto, que a cultura dos juízes no Brasil tem se afastado do

para o exército e tinham, por aquisição à monarquia, o direito de cobrar impostos antecipadamente pagos à Coroa”. MICELLI, Paulo. *As revoluções burguesas*. São Paulo: Atual, 1987, p. 51-52.

¹³ ROCHA, José de Albuquerque, op. cit., 1995, p. 37-38.

¹⁴ ROCHA, José de Albuquerque, op. cit., 1995, p. 101.

modelo francês. Isso é explicado pelas novas competências que o Supremo Tribunal Federal tem recebido, principalmente no que se refere ao controle de constitucionalidade e à Súmula Vinculante, que será mais bem esclarecida no decorrer deste trabalho.

O fortalecimento do STF e a pretensão de conferir-lhe feições de um Tribunal Constitucional novamente esvaziam a independência do juiz de primeiro grau, o qual se vê amarrado às decisões vinculantes da Corte Suprema. Percebe-se, nestas ligeiras análises, um possível contraste entre o discurso democratizante reformista e o que efetivamente resultou com a EC nº 45/2004.

1.3 Papel do Poder Judiciário no Regime Democrático

A ideia de democratização do Judiciário exige uma reflexão sobre este regime de governo. Para tanto, será desenvolvido a seguir um estudo sobre a oposição Autocracia *versus* Democracia, o papel tradicional do Judiciário e a sua função na perspectiva da *Jurisdição Constitucional*.

1.3.1 Regime Democrático x Regime Autocrático

Democracia e Ditadura são regimes políticos opostos. De um lado, o Estado se caracteriza pela participação dos cidadãos nas suas instituições. De outro, o Estado não conta com a participação popular no poder, restringindo-se o comando estatal a um grupo.

É comum estudar-se a democracia a partir de suas origens gregas, mas, em razão da fragmentariedade dos textos da época, não há um consenso sobre o exato início da participação política do *povo*¹⁵ na vida da *polis*. Há um ponto, porém, que os estudiosos concordam: o princípio democrático ateniense baseava-se na participação ativa dos cidadãos, que se reuniam para discutir os assuntos de interesse da *polis* e decidiam com base na decisão da maioria – o que, tempos depois, ficou chamado de governo do povo e pelo povo.¹⁶

¹⁵ Os ideais democráticos gregos, baseados na liberdade e igualdade, eram atinentes apenas a uma classe ateniense, pois o povo (*demos*) não se confundia com toda a população (*plèthos*) da Cidade-Estado. FABRE-GOYARD, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 20.

¹⁶ “É um fato notável que não haja nenhum grande teórico democrata grego para cujos escritos e idéias possamos

No mundo contemporâneo, a democracia não desnaturou sua essência de participação política dos cidadãos no gerenciamento do Estado, porém, não mais de forma direta, e sim predominantemente representativa. Enquanto no Estado Grego a ideia de democracia se via atrelada à participação de *cidadãos*¹⁷ direta e ativamente na vida política da *polis*, atualmente ela se encontra arraigada no conceito de eleições: o povo participa da vida política do Estado por meio do sufrágio, escolhendo representantes que atuarão ativamente, legislando ou administrando a coisa pública.

A democracia não pode ser encarada somente como o regime político caracterizado pela capacidade eleitoral dos cidadãos, pela organização de partidos políticos, pela liberdade de expressão etc. Ela deve ser enxergada de acordo com a sua finalidade: a efetivação, manutenção e garantia da liberdade humana. Para isso, é imprescindível que o controle estatal não esteja nas mãos de poucos – situação esta que tende a manter os privilégios de alguns grupos e aumentar as desigualdades sociais.

Em oposição à democracia, tem-se o regime autocrático, também conhecido como ditadura, despotismo, tirania, Estado de Polícia, Estado de Exceção, autoritarismo e totalitarismo.¹⁸ Cada conceito remete a uma época própria, mas todos eles expressam formas da Autocracia, que significa a concentração do poder nas mãos de um grupo. Loewenstein classifica o regime autocrático em duas formas:¹⁹

- 1) *autoritarismo*: refere-se à estrutura de controle do poder governamental, exercido por um grupo de pessoas, com impedimento de participação popular;
- 2) *totalitarismo*: é muito mais grave que o autoritarismo, pois, apesar de ter os

nos voltar em busca de detalhes e justificativas da *polis* democrática clássica. Nossos registros desta florescente cultura devem ser coletados em pequenas peças de fontes tão diversas quanto fragmentos escritos, a obra da ‘oposição’ crítica e os achados de historiadores e arqueólogos.” HELD, David. **Modelos de democracia**. Belo Horizonte: Paidéia, 1994, p. 15.

¹⁷ Na democracia ateniense, só eram levados em consideração os “cidadãos”, ou seja, os homens que já tinham atingido a idade de dezoito anos, em regra, aliado a critérios de nascimento e de censo. Ficavam de fora as famílias de imigrantes, os escravos e as mulheres. A democracia ateniense era, portanto, de forma direta, reunindo-se os cidadãos nas Assembléias para deliberar e votar publicamente. A ideia “poder do povo”, como se vê, não era abrangente: “o povo-cidadão não é o povo-massa”. FABRE-GOYARD, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 49.

¹⁸ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 51. ORR, Robert. Reflexões sobre o Totalitarismo. In: CRESPONY, Anthony; CRONIN, Jeremy. **Ideologias políticas**. n. 37. Tradução de Sérgio Duarte. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 89-126, p. 119.

¹⁹ LOEWENSTEIN, Karl, op. cit., 1976, p. 75-80.

semelhantes modelos de controle estatal (controle ditatorial), serve-se de uma ideologia para doutrinar a sociedade.

No Estado Democrático, encontra-se no topo da ordem jurídica a Constituição, porém, no Estado de Exceção, mesmo que vigore uma Constituição, esta resta esvaziada em razão dos chamados atos de exceção. Veja-se, a propósito, o quadro abaixo:

	Estado de Exceção, Burocrático Autoritário ou Autocrático	Estado Democrático
<i>Titular do Poder</i>	pequeno grupo	povo
<i>Finalidade</i>	fortalecimento das instituições	proteção e promoção dos direitos humanos
<i>Fundamento Jurídico</i>	Atos de Exceção	Constituição

Da análise dessas principais diferenças, conclui-se que, no Estado Democrático, o titular do poder é o povo; no Estado de Exceção, um pequeno grupo desfruta dessa titulação. Enquanto o primeiro tem por finalidade a proteção e promoção dos direitos humanos, o segundo é apoiado numa ideologia de fortalecimento das instituições estatais – como é o caso da doutrina da Segurança Nacional da ditadura brasileira de 1964.²⁰

A preocupação do Estado Democrático de Direito é com a solidariedade, passando a ser encarado em uma dupla perspectiva:

- 1) *Efetivação dos direitos metaindividuais*: o Estado tem por preocupação a positivação do direito à paz, ao desenvolvimento, meio ambiente, direitos culturais e o direito à comunicação. Os direitos de solidariedade são de

²⁰ “A chamada doutrina da Segurança Nacional fundamentava o golpe de 1964. Primeiramente presente nos Atos Institucionais, posteriormente fora convertida em legislação (DL n.º 314 de março de 1967; DL n.º 898, de 29 de setembro de 1969), tendo como pressuposto a proteção nacional. Dessa maneira, autorizava o Estado a enrijecer a tipificação penal de condutas que provocassem suspeitas comunistas, bem como validava a utilização de métodos de combate à ideologia de esquerda”. REMÍGIO, Rodrigo Ferraz de Castro. Democracia e anistia política: rompendo com a cultura do silêncio, possibilitando uma Justiça de Transição. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília: Ministério da Justiça, n. 1, p. 178-202, 2009, p. 185.

titularidade coletiva ou difusa, uma vez que eles se desprendem do indivíduo para proteger a coletividade;²¹

- 2) *Fortalecimento da soberania popular*: está relacionada ao fortalecimento da sociedade. O Estado não elimina a força social, nem esta pode suprimir a do Estado. Contudo, a sociedade passa atuar em conjunto com aquele para adequar a atuação estatal às suas necessidades reais. Afinal, a democracia é o regime de governo cujo poder atua de baixo para cima.

O fortalecimento da soberania popular implica a positivação de outros instrumentos de participação popular para além dos tradicionalmente existentes (filiação partidária, elegibilidade, plebiscito, referendo e iniciativa popular). Trata-se do fortalecimento da *sociedade civil* e dos *movimentos sociais*.²²

A *sociedade civil organizada* caracteriza-se pelo conjunto de associações voluntárias e independentes do sistema econômico e político-administrativo. Ela coloca-se no setor intermediário entre a sociedade e o Estado. Os *movimentos sociais* são os grupos que manifestam um papel ativo diante da burocracia estatal, visando a um diálogo com o Estado através de reivindicações.

Ambos funcionam como um processo de intermediação dos interesses sociais com os programas de governo. Conseqüentemente, a colocação do indivíduo em um papel ativo representa um significativo avanço na busca pela democracia material. Esses novos instrumentos de participação revelam uma cidadania oposta à postura passiva que a ideologia política autocrática gera nas pessoas.

1.3.2 A função do Judiciário de acordo com o entendimento tradicional

A evolução dos agrupamentos humanos fez com que o poder se institucionalizasse num ente fictício chamado Estado, cuja finalidade é coordenar os interesses do corpo social. A

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 58.

²² COSTA, Sérgio. Esfera pública, redescoberta da sociedade civil e movimentos sociais no Brasil. *Revista*

sociedade autoriza o Estado a assumir uma série de encargos, para que ele possa realizar sua missão primordial, que, segundo os contratualistas, é promover o bem comum; ou, segundo o pensamento contemporâneo, prever e efetivar os direitos humanos. O conjunto de tarefas ou atribuições que o Estado recebe chama-se funções estatais.²³

A estrutura do Estado é definida na Constituição de forma a promover o equilíbrio da sua atuação e, como resultado, não se permitir a instalação do arbítrio. Embora o poder do Estado seja uno e indivisível, ele é desdobrado em três funções (ou poderes). O Legislativo, o Executivo e o Judiciário possuem funções típicas de, respectivamente, expedição de atos normativos, atos concretos de interesse público e atos jurisdicionais. Especificamente em relação a este último, seu objetivo essencial é determinar a aplicação do Direito ao que for submetido a um de seus órgãos – é a chamada função jurisdicional.

Para que o Judiciário possa exercer a jurisdição (sua atividade típica ou essencial), não basta a atuação dos magistrados. Ora, se o Poder Judiciário desempenha um serviço público, exige-se, pois, uma estrutura organizada, aparelhada e desempenhada por agentes públicos. Por outro lado, também é indispensável um suporte financeiro. Para esses desideratos, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 99, o contemplou com autonomia administrativa e financeira. Disso decorre que o conjunto de atividades consistentes no gerenciamento dos recursos orçamentários, do regime jurídico dos servidores e magistrados e das instalações dos edifícios, *v.g.*, é chamado de atividades atípicas. Assim sendo, além da função típica jurisdicional, o Poder Judiciário também atua ora emitindo atos normativos (como é o caso das resoluções dos tribunais), ora administrando a sua estrutura interna.

Ainda sobre o conceito tradicional da função jurisdicional, ela se caracteriza pela aplicação do Direito ao caso concreto em caráter definitivo, mediante um processo, pelo Estado-juiz, que substitui as partes para resolver o conflito.²⁴ Desse modo, o entendimento

Novos Estudos, São Paulo, n. 38, p. 44-50, mar.1994.

²³ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 75.

²⁴ Cintra, Grinover e Dinamarco conceituam a jurisdição como uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 129. José de Albuquerque Rocha, por sua vez, sintetiza o conceito de jurisdição como a atividade estatal preordenada à concreção terminal do direito ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 18-27. Outra

clássico sobre a função do Poder Judiciário o enxerga sob um tríplice aspecto: aplicação do Direito (função jurisdicional típica), expedição de resoluções pelos Tribunais e administração de sua estrutura.

1.3.3 A jurisdição no Constitucionalismo Contemporâneo

Para que se compreenda a jurisdição no atual cenário constitucionalista, dois temas se entrelaçam: o *neoconstitucionalismo* e a *Jurisdição Constitucional*. Esta surge em 1803 nos Estados Unidos, enquanto aquele movimento constitucional dá sinais de aparecimento após o final da Segunda Guerra Mundial, aperfeiçoando a primeira.

Após as duas Grandes Guerras, sucedeu-se um declínio da preponderância da lei nos sistemas jurídicos como um todo, fazendo surgir o que se convencionou chamar movimento *neoconstitucionalista* ou *pós-positivista* – fenômeno este que deslocou o centro de atenção do Legislativo para o Judiciário. A partir do momento em que os princípios constitucionais passaram a ter maior força normativa, o controle de constitucionalidade das leis ganhou destaque no exercício da jurisdição. Isso exigiu uma nova forma de interpretar o Direito, a chamada *Nova Hermenêutica*.²⁵

Essa nova realidade demandou um novo modelo de jurisdição, mediante o aperfeiçoamento da chamada *Jurisdição Constitucional* ou *Justiça Constitucional*. Ela surge com a interpretação da Constituição americana de 1787, especificamente em 1803, quando o Judiciário americano adotou o controle difuso de constitucionalidade pautado no *Princípio da Supremacia da Constituição* (caso *Marbury vs. Madison*). A Constituição da Áustria de 1920, entretanto, foi a pioneira na previsão do *Tribunal Constitucional*. Todavia, somente após a segunda metade do século XX houve, efetivamente, a expansão da *Jurisdição Constitucional*.²⁶

importante definição é a tratada por Fredie Didier Júnior, por englobar todas as anteriores: “A jurisdição é a função atribuída a um terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (c), reconhecendo/efetivando/protégendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g).” DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. v. I, p. 67.

²⁵ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 103 e ss.

Segundo tal modelo, a jurisdição é exercida sob o primado da Constituição, cabendo ao Judiciário realizar o controle de constitucionalidade das leis, tanto de forma incidental, quanto abstratamente. Na Europa, a partir do pós-guerra, proliferam-se os chamados *Tribunais Constitucionais*, órgãos encarregados do controle concentrado de constitucionalidade dos atos normativos estatais.

A reconfiguração do tradicional conceito de jurisdição importou na aplicação do Direito pelo Poder Judiciário segundo critérios axiológicos. Todavia, as técnicas de ponderação dos valores em jogo não podem esvaziar o objetivo da atividade jurisdicional, que é *aplicar o Direito com justiça*. Para tanto, o julgador deve preocupar-se com as especificidades do caso concreto, de maneira a realizar o conteúdo de justiça presente nos incisos I a IV do art. 1º da Constituição de 1988: sociedade livre, justa e solidária; desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização; redução das desigualdades sociais e regionais; promoção do bem de todos sem preconceitos e discriminações; satisfação da justiça social.²⁷

1.3.3.1 O Neoconstitucionalismo

A luta pelo Estado de Direito inicia-se com a institucionalização do poder e rompimento com o Antigo Regime (o que dá início ao Estado Liberal), passa pelo movimento de garantia dos direitos sociais (Estado Social de Direito) e finalmente alcança a fase democrática contemporânea (Estado Democrático de Direito). Uma das vias de concretização da democracia, neste último modelo estatal, é o reconhecimento dos grupos organizados (sociedade civil organizada e movimentos sociais) como mediadores entre a realidade da vida da sociedade e os programas projetados pelo governo.

No Estado Moderno, prevalecia a corrente do *Positivismo Jurídico*, representado pela busca de pureza do Direito. Pretendendo segurança jurídica, os positivistas associaram o Direito à lei. O *Pós-positivismo*, como o nome indica, não importa negação do *juspositivismo* e retorno ao *jusnaturalismo*. Ao contrário, essa corrente de pensamento pretende reintroduzir

²⁷ Não é objetivo deste trabalho adentrar na *Teoria da Justiça*, e isso se explica por duas razões: a temática é demasiadamente complexa e a sua abordagem implicaria em fuga ao tema proposto na introdução desta dissertação. Para maiores detalhes sobre a aplicação do Direito pelo Judiciário segundo o ideal de justiça, remete-se o leitor para a seguinte obra: MARQUES, Franciane de Fátima. **A justiça na constituição: conceito e sua concretização pela prática judicial**. São Paulo: Método, 2009.

o ideal de justiça no ordenamento jurídico, sem deixar de lado o Direito posto.²⁸

O Estado Contemporâneo²⁹ surge com o aprimoramento das teorias do Estado Moderno (Hobbes, Rousseau e Kant) e do segundo movimento constitucionalista (inglês, norte-americano e francês – John Locke, Thomas Paine e Montesquieu). Enquanto as primeiras teorias defendiam a soberania do Estado, a tese filiada ao liberalismo burguês consistia numa técnica de limitação política e jurídica do poder. De uma forma geral, pode-se afirmar que, na ocasião da Revolução Francesa, o pensamento *jusnaturalista*, num primeiro momento, fundamentou o Estado Liberal. Num segundo momento, o *Direito Natural* ficou enfraquecido e foi substituído pela concepção positivista, com fundamento na exigência de que somente normas jurídicas escritas e positivadas eram capazes de proporcionar segurança jurídica (movimento de codificação). A partir do final da Segunda Guerra, a superação da neutralidade positivista fez aparecer o chamado *Pós-positivismo*, que termina por iniciar uma nova conotação do constitucionalismo, o chamado *neoconstitucionalismo*.

No Estado Contemporâneo, a submissão do Estado ao Direito adquire outro sentido: o Direito vai deixando de ser visto como sinônimo de lei e passa a ser entendido numa visão funcional, isto é, de acordo com a finalidade de concretizar a dignidade humana e, por isso mesmo, realizar justiça. O Estado Contemporâneo é resultado do desenvolvimento do Estado de Direito e proporciona o surgimento da *terceira fase do constitucionalismo* – o *neoconstitucionalismo*,³⁰ cujo fundamento maior é a efetivação – e não somente a enunciação – dos direitos fundamentais. Para tanto, ele se vale da revalorização dos princípios constitucionais e da consagração da *Jurisdição Constitucional*.

²⁸ “O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. [...] Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade.” BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 328.

²⁹ O Estado Contemporâneo ou Constitucional tem por característica a revalorização dos princípios constitucionais e a preocupação com a positivação de instrumentos fortalecedores da democracia material. Por isso também pode ser chamado de Estado Constitucional e Democrático de Direito, que retrata um traço marcante do atual Estado da contemporaneidade, ou simplesmente Estado Contemporâneo.

³⁰ De acordo com Loewenstein, os movimentos constitucionais são divididos em duas fases: a) constitucionalismo antigo – inicia-se no Estado Hebreu e segue até o modelo republicano de Roma; b) constitucionalismo moderno – surge com a Revolução Puritana na Inglaterra. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 89 e 157.

Luís Roberto Barroso explica que o ciclo positivista deu sinais de insustentabilidade no final da Segunda Guerra Mundial, tendo por marco o julgamento de Nuremberg, que dá início ao *pós-positivismo* e à fase do *neoconstitucionalismo*. Quando os acusados nazistas invocaram a legalidade de seus atos, a base de sustentação do modelo positivista não foi capaz de resolver esse problema, uma vez que, dada a identidade entre o Direito e a lei, não havia razão para se questionar o seu conteúdo.

Foi preciso abandonar esse modelo para que houvesse a responsabilização dos acusados por crimes contra a humanidade, na ocasião do julgamento de Nuremberg.³¹ Se a lei contém o Direito, logo ela é justa – pensavam os positivistas. Mas, diante de uma lei injusta, como resolver o problema? Após o julgamento de Nuremberg, houve uma reformulação na concepção do ordenamento jurídico, agora não mais fechado a valores éticos.

O *Pós-positivismo* inaugura uma nova forma de se pensar o constitucionalismo: acima da lei, estão os princípios constitucionais que informam todo o sistema jurídico. Uma lei somente é válida se contiver um conteúdo ético apoiado nos princípios da Constituição, especialmente aqueles que garantem a dignidade humana e possibilitam uma ordem jurídica justa. Se o Estado submete-se ao Direito, conseqüentemente o constitucionalismo vai estar impregnado pela ideologia jurídica dominante em determinada época. Assim, quando se fala que o julgamento de Nuremberg é o marco do *neoconstitucionalismo*, quer-se dizer que a nova forma de pensar o direito (o *Pós-positivismo*) implicou uma mudança na Teoria do Estado e da Constituição.

O Estado Contemporâneo evoluiu da consagrada expressão *Estado de Direito* para *Estado Democrático de Direito*. A Constituição se revela, assim, como a Lei Fundamental de um Estado que estabelece poderes, mas que os limita, visando ao fim maior que é a manutenção de uma sociedade justa, solidária e digna – ideia umbilicalmente integrada ao dever de efetivação dos direitos fundamentais.

Sem um mecanismo de proteção contra os abusos, todavia, a Constituição torna-se mero documento descritivo. Por meio dos princípios da *Supremacia Constitucional* e da *Separação*

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 327 e 351.

dos Poderes, as suas normas podem ser garantidas e respeitadas e, conseqüentemente, toda a legislação infraconstitucional deve retirar da Constituição o seu fundamento de validade.

A partir dessa nova forma de pensar o direito, a Constituição é colocada num *locus* hermenêutico: “o ‘lugar’ a partir do qual há uma conformação das possibilidades de sentido de todas as normas inferiores, não tendo como, pois, compreender, interpretar e aplicar o Direito independente do padrão constitucional”.³² Isso implica dizer que ela não apenas se encontra no vértice da pirâmide normativa kelseniana, pois, além disso, a Constituição se traduz como “critério hermenêutico fundamental de todo o ordenamento jurídico”,³³ colocando-se no topo da interpretação (*Nova Hermenêutica*). O *Pós-positivismo* dá início, portanto, a uma teoria “constitucionalmente adequada” baseada numa interpretação *principlista* ou *valorativa* que servirá de instrumento para se ir além da validade formal das normas, fornecendo, portanto, subsídios para justificar soluções socialmente aceitáveis para o caso concreto (validade axiológica).³⁴

Mas não é somente isso que caracteriza o *neoconstitucionalismo*, pois, se assim fosse, haveria uma total desconsideração das ideias de *Supremacia Constitucional* (já existente no sistema constitucional americano desde 1803), *do modelo piramidal kelseniano* e do surgimento do *Tribunal Constitucional*, em 1920, na Áustria (nascimento do controle concentrado de constitucionalidade).

Ao se referir ao *Pós-positivismo* como a ideologia que recupera o prestígio dos princípios para a aplicação do Direito, Luís Roberto Barroso explica que eles já estavam presentes nos textos religiosos, filosóficos e jusnaturalistas. A grande novidade, na conclusão do referido constitucionalista, é a admissão da sua normatividade.³⁵

³² PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 120.

³³ PERALTA, Ramon *apud* PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 120.

³⁴ DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Madras, 2005, p. 199.

³⁵ Na tradição judaico-cristã, colhe-se o mandamento de respeito ao próximo, princípio magno que atravessa séculos e inspira um conjunto amplo de normas. Da filosofia grega, origina-se o princípio da não-contradição, formulado por Aristóteles, que se tornou uma das leis fundamentais do pensamento: ‘Nada pode ser e não ser simultaneamente’, preceito subjacente à idéia de que o Direito não tolera antinomias. No direito romano pretendeu-se enunciar a síntese de princípios básicos do Direito: ‘Viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu’. Os princípios, como se percebe, vêm de longe e desempenham papéis variados. O que há

Dessa análise, verifica-se que os princípios conquistaram o *status* de norma jurídica. O desenvolvimento dessa nova forma de pensar o Direito foi sintetizado por Ronald Dworkin e depois retomado por Robert Alexy. O estudo desses dois autores avaliza o entendimento de que as normas jurídicas enquadram-se em duas categorias:³⁶

- a) *as regras jurídicas*: são proposições de relato mais objetivo, com incidência a situações mais específicas e aplicáveis sob a forma tudo ou nada mediante subsunção. Elas disciplinam determinadas situações e a correspondente consequência: a norma somente tem incidência se o fato se encaixa (subsunção) na descrição da regra (tudo ou nada). Os conflitos entre regras resolvem-se pelos critérios clássicos de interpretação (hierárquico, cronológico e especialização).

- b) *os princípios jurídicos*: são valorações de alto teor de abstração e não se dirigem a condutas determinadas, mas sim a uma pluralidade de situações. Eles formam a base do ordenamento jurídico e indicam critérios e razões para que o Direito seja aplicado de forma justa. Por ser o alicerce do sistema jurídico, um princípio não contradiz outro. O que pode haver é a colisão de princípios diante do caso concreto. Por essa razão, a sua incidência não pode ser aferida em termos de tudo ou nada. Desse modo, a sua aplicação não se dá por ato de subsunção (amoldamento do fato à norma), mas sim por ponderação: a depender da situação concreta, a ponderação irá avaliar o peso de cada um dos princípios contrapostos, de forma que a prevalência de um importe o menor sacrifício do outro.

A elevação dos princípios à categoria de normas jurídicas pelo *Pós-positivismo* implicou uma reviravolta na hermenêutica jurídica. A aplicação da norma jurídica, seja ela apreendida em termos de regra ou princípio, deve ter como parâmetro a própria Constituição. Partindo dessa ideia, o *neoconstitucionalismo* surge como movimento constitucional em que a Constituição é vista como *locus* hermenêutico que irradia *valor e justiça* ao sistema jurídico.

de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua normatividade. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 328.-329.

³⁶ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, 131-158. BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2009, p. 352-363.

Esse novo viés do constitucionalismo também se preocupa com a legitimidade do Direito e do Estado. E não se compreende legitimidade sem que o Direito e o Estado não se coadunem com as suas finalidades: não permitir agressões à dignidade humana, sempre concretizá-la. Diante dessa realidade, a doutrina do *neoconstitucionalismo/pós-positivismo* observa que, por trás do texto, existem valores que inspiram a aplicação da Constituição. Busca-se não o corpo (texto), mas o espírito constituinte.

O *neoconstitucionalismo* preocupa-se, em essência, com a falta de efetividade da Constituição. Por isso, ele se apoia nas seguintes premissas:³⁷ 1) eficácia direta da Constituição (*força normativa da Constituição*); 2) normatividade dos princípios constitucionais e seu reflexo na interpretação constitucional (*método da ponderação*); e 3) expansão dos *Tribunais Constitucionais*. As duas primeiras premissas, contudo, merecem ressalvas.

No que se refere à *força normativa da Constituição*, é válido lembrar que o Judiciário americano já exercia o controle de constitucionalidade desde 1803. No Brasil, a Constituição republicana, a primeira a tratar do controle de constitucionalidade, já contemplava essa possibilidade em 1891.³⁸ Portanto, não se pode dizer que as Constituições anteriores ao *neoconstitucionalismo* não possuíam força normativa.

Em relação à *ponderação dos princípios constitucionais*, é importante a crítica de Humberto Ávila, que considera equivocada tomá-lo como critério geral de aplicação do ordenamento jurídico, tendo em vista os seguintes problemas:³⁹

- 1) *Proporciona um “anti-escalamento” (Entstufung) da ordem jurídica*: os vários níveis de concretização normativa (Constituição, lei, regulamento, ato

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 1-42, abr./jun.2005, p. 4.

³⁸ CF/1891. “Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete: § 1º. Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: [...] b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.” Lei n.º 221/1894. “Art. 13, § 10. Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos concretos as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.”

³⁹ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 17., jan./fev./mar.2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 12ago.2009.

administrativo, decisão judicial, contrato etc.) cedem lugar ao nível constitucional, deixando de lado o papel das outras manifestações normativas;

- 2) *Aniquila a legislação*: as normas legais deixam de ser consideradas e, quando tudo está na Constituição, a própria ideia de *Supremacia Constitucional* perde seu significado;
- 3) *Conduz a um subjetivismo*: Se quem faz a ponderação é o Poder Judiciário, o julgador termina substituindo-se ao legislador. A inexistência de critérios de aplicação controláveis dá ampla liberdade ao julgador, que termina, ele próprio, definindo o seu conteúdo. Em razão da ampla liberdade que a ponderação confere ao julgador, o destinatário da decisão é prejudicado por não conhecer antecipadamente os critérios que aquele utilizou para decidir, o que suprime o caráter orientador do Direito e da função legislativa.

Diante desses questionamentos, verifica-se a pertinência dos argumentos de Humberto Ávila, principalmente quando ele afirma que não é a ponderação que conduz à desconsideração das regras, à desvalorização do Legislativo e ao subjetivismo, mas sim a ausência de critérios objetivos prévios. Diante disso, ele propõe algumas diretrizes para compatibilizá-la ao *Princípio da Separação dos Poderes*, a saber:⁴⁰

- 1) *Quando houver regra constitucional imediatamente aplicável ao caso*: nesta hipótese, estará afastada a ponderação horizontal entre princípios constitucionais, pois já existe uma ponderação pré-legislativa, não cabendo ao julgador substituir o Poder Constituinte. Isso não o impede de interpretar a regra conforme os princípios subjacentes ou a sua finalidade. O que se permite é desconsiderar a regra constitucional e utilizar a ponderação simplesmente;
- 2) *Quando NÃO for prevista regra constitucional imediatamente aplicável, mas houver Lei*: também é vedado ao aplicador desconsiderar a opção legislativa e, pela ponderação, criar uma nova norma. Todavia, é permitido interpretar a regra legal de acordo com os seguintes critérios: a) conformidade com os princípios

constitucionais, adotando, dentre os sentidos possíveis, aquele que melhor se compatibilize com o sistema jurídico; b) por meio das eficácias interpretativa, bloqueadora e integrativa de princípios; c) de acordo com a sua finalidade, ampliando ou restringindo a sua hipótese quando ela for ampla demais ou demasiadamente restrita; d) afastando a aplicação para os casos efetivamente extraordinários com base na razoabilidade.

- 3) *Quando NÃO for prevista regra constitucional e legal, ou caso haja uma regra legal incompatível com um princípio constitucional*: é permitido ao aplicador realizar a ponderação dos princípios colidentes e criar uma norma individual reguladora do conflito, desde que o julgador observe os seguintes critérios: a) indicar os princípios objetos de ponderação (pré-ponderação); b) efetuar a ponderação (ponderação); c) fundamentar⁴¹ a ponderação feita.

Dessas análises, constata-se que o denominado *neoconstitucionalismo* possui diretrizes importantes, porém, considerá-lo a maior inovação do Estado Contemporâneo seria negar a força normativa das Constituições pretéritas. Neste aspecto, seria mais adequado falar-se em *revalorização do sentido jurídico da Constituição*. Além disso, não se pode considerá-lo como o movimento pioneiro da criação da *Jurisdição Constitucional*. Diante de todas essas observações, mais correto seria afirmar que o *neoconstitucionalismo* recuperou a importância da *Jurisdição Constitucional*, em vez de propagá-lo como sendo o responsável pela inauguração da *Justiça Constitucional*.

1.3.3.2 A *Jurisdição Constitucional*

Por ser o diploma que funda o Estado e o submete ao Direito, a Constituição é uma importante conquista. Ela não sucumbiu à crise do *jusnaturalismo*, surgida com o movimento de codificação, nem tampouco à neutralidade do positivismo jurídico. Embora seja possível afirmar que a crise do positivismo privilegiou a codificação, em detrimento das normas

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Humberto Ávila ensina que, na fundamentação, o juiz deve indicar: (i) a razão da utilização de determinados princípios em detrimento de outros; (ii) quais os critérios empregados no sopesamento dos princípios; (iii) o método que avaliou o grau de promoção de um princípio e a restrição de outro; (iv) a comensurabilidade dos princípios e qual o critério adotado; (v) quais os fatos do caso foram considerados relevantes para a ponderação e quais critérios foram utilizados. Ibid.

constitucionais, é inegável que ela jamais ficou desvinculada da ideia de Lei Fundamental do Estado. Situada no ápice normativo, ela seduz até mesmo os mais audaciosos regimes ditatoriais, que procuram nela uma legitimação para seus atos, mesmo que na prática se utilize de expedientes excepcionais.

No que consiste, então, a *Jurisdição Constitucional*? Trata-se de uma preocupação com o controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, que comporta dois sistemas:⁴²

- 1) *Controle difuso*: a origem da *Jurisdição Constitucional* é norte-americana, por força do caso *Madison vs. Marbury*:⁴³ em 1803, o juiz John Marshall, da Corte Suprema, declarou inconstitucional uma lei, aplicando o Princípio da Supremacia da Constituição. É o chamado sistema de controle difuso (*judicial review*).
- 2) *Controle concentrado*: no primeiro pós-guerra, surge em 1920 na Constituição da Áustria o primeiro Tribunal Constitucional, por inspiração de Hans Kelsen, que, aliás, integrou a primeira formação. Ele possuía como atribuições a decisão de conflitos de poderes, o controle de legalidade de partidos políticos. Este é o sistema de controle concentrado (controle centralizado ou austríaco). Em 1934, a Constituição austríaca foi abolida, suprimindo-se o controle de constitucionalidade. No segundo pós-guerra, o Tribunal Constitucional da Áustria foi restabelecido, adotando-se o mesmo sistema na Itália (1947) e Alemanha (1949).

No Estado Legalista europeu, a Constituição tinha um papel icônico, pois, diante da prevalência de seu aspecto político (organização dos Poderes), o legislador muitas vezes

⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**: crise, acertos e desacertos. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995, p. 60-67.

⁴³ O caso ocorreu em 1803 nos Estados Unidos, sendo considerado o surgimento do controle difuso de constitucionalidade. Após a derrota de John Adams na sucessão presidencial diante de Thomas Jefferson, o primeiro decidiu nomear Marbury para a comissão do cargo de juiz de Paz de Washington. Ao assumir a Presidência, Jefferson determinou a seu Secretário de Estado, James Madison, que não entregasse os atos de investidura a alguns juízes nomeados, dentre eles, Marbury. Diante disto, Marbury recorreu à Suprema Corte para validar a sua nomeação. Em razão de dispositivo legal determinando a apreciação da matéria pela Suprema Corte, o Juiz Marshall, ao apreciar o caso, concluiu pela nulidade de qualquer disposição legal quando contrarie norma constitucional (*Princípio da Supremacia Constitucional*). BARROSO, Luís Roberto. ,Controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3-10.

elaborava normas incompatíveis com a Constituição.⁴⁴ Nitidamente, em tal época, prevalecia o Poder Legislativo.

Com a Constituição austríaca de 1920, é criado, pioneiramente, o *Tribunal Constitucional*, dando mostras da fragilidade do Estado Legalista. Todavia, em razão da Segunda Guerra, este Tribunal foi abolido, somente retomado ao final dos conflitos internacionais.

O constitucionalismo, já foi dito, teve sua terceira fase inaugurada com o fim da Segunda Guerra, porque a partir daí se iniciou o processo de revalorização do sentido jurídico da Constituição. Como efeito, o controle de constitucionalidade assumiu relevância na Teoria da Constituição, o que ensejou uma nova forma de pensar o Direito e terminou por valorizar o Poder Judiciário. Ao contrário de Carl Schmitt, que identificava no Chefe do Executivo o guardião da Constituição, Hans Kelsen via no *Tribunal Constitucional* o órgão responsável pela aplicação dos princípios constitucionais. O *Tribunal Constitucional* kelseniano exprimia, como ideias básicas:⁴⁵

- 1) a Constituição é a norma portadora dos valores supremos da ordem jurídica e, portanto, fonte de validade das normas inferiores;
- 2) sua Supremacia deve ser respeitada pela atuação de um Tribunal especial, criado para realizar o controle concentrado das leis e situado fora da organização judiciária, embora exercesse função jurisdicional;
- 3) composição por juízes com especial conhecimento técnico-jurídico e sensibilidade política;
- 4) sentença com efeitos gerais e vinculantes.

No cenário contemporâneo, a Constituição assumiu maior carga valorativa. Na medida

⁴⁴ Por conta desse caráter mais político que jurídico, o neoconstitucionalismo se apóia na reafirmação da “força normativa da Constituição”, seguindo a bandeira levantada por Konrad Hesse.

em que a interpretação constitucional seguiu essa nova diretiva, ocorreu, como efeito, a transferência do protagonismo do Legislativo para a *Justiça Constitucional* – o que, para alguns, representa grave lesão ao *princípio democrático*. A partir dessa constatação, Lenio Streck⁴⁶ aponta que surgem indagações: como é possível que juízes, não eleitos pelo voto popular, possam controlar leis elaboradas por quem detém representatividade popular? Como compatibilizar o princípio da maioria com o princípio da supremacia constitucional? A resposta a essas indagações tem provocado profundos debates, principalmente em torno do questionamento sobre a *legitimidade democrática* da *Jurisdição Constitucional*. A única certeza, como assevera Streck, é que a experiência de inúmeras nações demonstra que o Estado Democrático de Direito não pode funcionar sem uma *Justiça Constitucional*.

No Brasil, após uma série de modificações legislativas no controle de constitucionalidade, torna-se evidente a tentativa de conferir ao STF o *status* de *Tribunal Constitucional*. É o caso da EC nº 45 que, ao criar o CNJ, as súmulas de efeitos vinculantes e a repercussão geral do Recurso Extraordinário, reforça essa afirmativa. A compatibilidade do incremento de poderes ao STF ao *Princípio Democrático* será visto no *Capítulo 4*.

1.4 Crise do Judiciário

Há muito tempo comenta-se que o Judiciário brasileiro passa por uma crise. A solução, alguns apresentam: faz-se pela via da reforma constitucional. Determinadas disfunções do Poder Judiciário serão expostas neste tópico, mas, para isso, é necessário que sejam feitos alguns esclarecimentos sobre o contexto histórico das Revoluções do final do século XVIII. Afinal, elas propiciaram a eclosão do constitucionalismo moderno.

As revoluções que emergiram nos continentes europeu e norte-americano no final do século XVIII e início do século XIX propiciaram o fim do absolutismo, no qual a aliança entre a Igreja e os monarcas submetia os indivíduos (súditos) ao temor divino e à dominação estatal. Não é fácil precisar o início desse rompimento, mas é interessante observar que as grandes navegações foram um dos fatores que fizeram emergir a burguesia: elas propiciaram o amadurecimento do comércio e a criação de bancos para a circulação de moedas. Os

⁴⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 37.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 102.

comerciantes necessitavam, pois, da eliminação de alguns controles estatais sobre suas atividades, para que fosse criada uma nova ordem assentada no livre mercado.

Apoiados nos ideais de liberdade do homem, o liberalismo viu no arbítrio estatal o grande entrave ao crescimento do mercado. Era preciso transformar aquele que amarrava o progresso das finanças dos comerciantes e banqueiros: o Estado. Não era mais interessante que ele se apoiasse num regime monárquico, no qual o poder era vitalício e repassado pelos laços de família. A grande ideia era que houvesse um corpo normativo capaz de manter um poder coativo estável e aceito pelos indivíduos.

Substituiu-se o dogma religioso pelo dogma do positivismo jurídico. Os contratualistas pregavam que o homem deveria ceder uma parcela da sua liberdade em nome do bem comum, transferindo parte de seu poder individual para que o Estado pudesse ter o monopólio do uso da força, pois somente assim poderia aplicá-la nos conflitos sociais. O fundamento do poder deveria derivar do povo, mas ele não poderia exercê-lo diretamente: essa tarefa caberia aos “eleitos”. Ressurgiu, então, o discurso democrático, aliado ao de contratualismo e de repartição dos poderes estatais, tudo dentro do espírito patrimonial e liberal.

Os Estados Unidos de meados do século XVIII, ainda não independentes, foram o cenário bastante fértil para os anseios liberais do mercado, pois a Inglaterra estava preocupada com inúmeros conflitos internos, não detendo muito controle sobre suas colônias norte-americanas – por essa razão havia liberdade religiosa e social no território norte-americano. Assim, quando a Coroa resolveu intervir, tributando os rendimentos dos comerciantes, a sociedade foi insuflada a se revoltar contra os “desmandos” ingleses.

A República surge nos Estados Unidos como uma nova forma de governo, distante da hereditariedade monárquica. O poder não poderia ficar nas mãos daqueles que não tinham participação na circulação da riqueza naquele momento. O Estado Liberal surge, então, tendo a Constituição como pilar de sustentação dos ideais burgueses acima referidos.

Diante disso, pode-se afirmar que alguns grupos detentores do poder se utilizam do embuste para alcançar os resultados por eles pretendidos. Por trás dos anseios democráticos, havia uma tentativa de fazer com que as pessoas pensassem que efetivamente participariam da vida política do Estado, mas, na verdade, houve, e ainda há, uma grande manipulação das massas.

Poder-se-ia perguntar, neste momento: qual a relação disso com a *Reforma do Judiciário*? Na verdade, a crise do Judiciário tem inúmeras causas (morosidade processual, estrutura autocrática, falhas na legislação processual, por exemplo), porém, conforme se observa ao longo deste estudo, não houve vontade política para modificar a composição autocrática dos Tribunais, em especial a do STF. Permaneceu ausente da composição dos Tribunais, em especial a do STF, a representatividade popular.

A autocracia existente no Judiciário brasileiro interessa a pequenos grupos que se revezam no poder político. Sendo assim, é improvável que aquele que detém o poder permita que se reforme algo que possa retirar-lhe a força. Ora, se o Executivo participa da escolha de composição dos Tribunais e se estes controlam toda a magistratura, não haveria razão para se alterar tal situação.

Mais adiante, serão expostas as razões que levaram o Brasil a adotar um modelo de controle do Judiciário (por meio do CNJ) e a adoção das súmulas com efeitos vinculantes, ensaiados como mecanismos de democratização. O surpreendente nisso é que o Conselho Nacional de Justiça, ao contrário do que muitos afirmavam à época da aprovação da EC nº 45, não realiza controle externo e, muito menos, apresenta composição democrática. Por outro lado, a Súmula Vinculante tem forte viés ditatorial, na medida em que pelo menos oito ministros do STF detêm a prerrogativa para criar norma geral e abstrata.

Tomando-se como exemplo o CNJ e as Súmulas Vinculantes, o debate a favor dessas inovações teve como fundamento a necessidade de democratização do Judiciário. Todavia, de acordo com o que será visto adiante, a justificativa apresentada ao povo não corresponde à realidade, nem as normas constitucionais criadas estão filiadas ao *Princípio Democrático*.

Como se verá, tanto a SV quanto o CNJ são mecanismos para estabilização das tensões entre os órgãos judiciários. A previsibilidade de decisões uniformes e o controle do Judiciário foram exigências do Banco Mundial como pressuposto de segurança jurídica requerida pelo mercado. Por outro lado, da forma como o CNJ passou a ser conduzido e da maneira como as Súmulas Vinculantes estão sendo aprovadas, ambos não propiciaram a democratização do Judiciário.

Ao contrário, não existe participação do povo no Judiciário brasileiro: o CNJ é conduzido pelo STF e a produção das Súmulas Vinculantes sequer contempla a participação dos magistrados de primeiro grau de jurisdição. Conforme será analisado, essas duas modificações funcionam, atualmente, como instrumentos de controle dos interesses da cúpula do Judiciário, reforçando, ainda mais, o caráter autocrático deste Poder.

1.4.1 A desestruturação interna

O Poder Judiciário possui autonomia administrativa e financeira para que possa exercer a jurisdição satisfatoriamente. Foi contemplado aos tribunais o poder de organização das respectivas justiças, mas convém ressaltar, de imediato, que os juízes têm acesso à carreira de forma distinta do que ocorre com os outros Poderes. Enquanto os representantes do Executivo (prefeitos, governadores e presidente da república) e do Legislativo (vereadores, deputados e senadores) são escolhidos pelo sufrágio, os magistrados não passam pelo crivo popular. O ingresso na carreira judicial vai depender do grau de jurisdição. Para que seja possível verificar se a estrutura interna do Judiciário influencia positiva ou negativamente a prestação jurisdicional, faz-se necessário expor a organização judiciária brasileira.

1.4.1.1 Justiça de primeiro grau

O primeiro grau de jurisdição é exercido exclusivamente por magistrados, investidos no cargo (vitalício) por meio de concurso público de provas e títulos, exigidos, no mínimo, três anos de atividade jurídica do bacharel em direito (art. 93, I, CF). Ressalte-se que os Juízes Eleitorais serão escolhidos pelo TRE, dentre os Juízes de Direito, para atuarem cumulativamente com os feitos da Justiça Comum (art. 11, LC 35/79), e os Juízes Militares dos *Conselhos de Justiça* da Justiça Militar da União, em razão do que determina o art. 18 da Lei nº 8.457/92, não são magistrados de carreira, mas sim oficiais com vitaliciedade assegurada.

1.4.1.2 Tribunais do Poder Judiciário dos Estados

O acesso ao segundo grau de jurisdição no âmbito dos Estados acontecerá de duas maneiras:

a) 4/5 (quatro quintos) dos lugares serão compostos por magistrados de primeiro grau de jurisdição, escolhidos pelo Tribunal de Justiça correspondente através dos critérios, alternados, de antiguidade e merecimento (arts. 93, III, e 115, CF);

b) 1/5 (um quinto) dos lugares será composto por membros do Ministério Público e por advogados, alternadamente indicados em listas sêxtuplas pelas instituições correspondentes, que as encaminhará para o Tribunal, o qual formará lista tríplice e a enviará ao Governador para escolha e nomeação (art. 94, CF).

1.4.1.3 Justiça Militar dos Estados

Das justiças especializadas, a Justiça Militar Estadual é a única cuja criação depende de iniciativa do Poder Judiciário Estadual – é o que se pode chamar de justiça facultativa. As demais são autorizadas diretamente do texto constitucional. Nesse caso, a competência legislativa é privativa dos Estados, mediante proposta enviada pelo Tribunal de Justiça. O legislador trouxe três inovações:

1) Bipartição da estrutura de primeiro grau de jurisdição:

1.1) Juízes de Direito: têm competência para processar e julgar crimes cometidos por militares estaduais contra civis (ressalvada a competência do júri) e as ações contra atos disciplinares;

1.2) Conselho de Justiça: composto por oficiais militares e presidido por um juiz de direito, terá a competência somente em matéria criminal, desde que a vítima não seja civil.

2) Transferência à Justiça Estadual do julgamento de crimes de competência do júri, quando a vítima for civil: de acordo com o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 53), a Justiça Militar Estadual não tem competência para julgar civil que pratique crime contra instituições militares estaduais.

3) competência para julgamento de ações contra atos disciplinares militares.

Em segundo grau de jurisdição, a competência é do Tribunal de Justiça, pois somente haverá Tribunal Militar Estadual se o efetivo militar estadual tiver um contingente superior a vinte mil integrantes. Atualmente, somente os Estados de São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro possuem Tribunal Militar Estadual. A composição destes tribunais dependerá da legislação local. Todos eles são compostos por quatro juízes militares e três civis, nomeados pelo Governador.⁴⁷

1.4.1.4 Tribunais do Poder Judiciário da União

De acordo com a Lei nº Lei 4.493/64, o Ministério da Justiça tem competência para instruir os processos de provimento e de vacância dos magistrados integrantes dos Tribunais do Poder Judiciário da União: TJDFT (quinto constitucional), TRFs (quinto constitucional), TRTs (quinto constitucional), TREs (advogados), TSE, TST, STM, STJ e STF.⁴⁸

Em abril de 2003, por meio do Decreto nº 4.685, foi criada a Secretaria de Reforma do Judiciário, vinculada ao Ministério da Justiça, que, dentre outras competências, fará a análise dos processos de provimento e vacância dos magistrados dos Tribunais do Judiciário da União.⁴⁹ A seguir, detalhes sobre o provimento desses tribunais.

⁴⁷ Informação obtida em: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Militar. Disponível em: <<http://www.tjm.sp.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2009. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça Militar. Disponível em: <<http://www.tjm.rs.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2009. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça Militar. Disponível em: <<http://www.tjm.mg.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2009.

⁴⁸ As etapas dos provimentos dos Tribunais do Judiciário da União foram retiradas do sítio na internet do Ministério da Justiça: BRASIL. Ministério da Justiça. Reforma do Judiciário. Provimento e Vacância. Fluxograma. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ33E347BBITEMID3B9B3C0426C94F9092631C7A13435EADPTBRIE.htm>>. Acesso em 13 nov. 2009.

⁴⁹ A análise dos processos de vacância e provimento tem como fonte normativa o Decreto n.º 5.836/2006: “Anexo I. Art. 22. À Secretaria de Reforma do Judiciário compete: I - orientar e coordenar ações com vistas à adoção de medidas de melhoria dos serviços judiciários prestados aos cidadãos; II - examinar, formular, promover, supervisionar e coordenar os processos de modernização da administração da Justiça brasileira, por intermédio da articulação com os demais órgãos federais, do Poder Judiciário, do Poder Legislativo, do Ministério Público, dos Governos Estaduais, agências internacionais e organizações da sociedade civil; III - propor medidas e examinar as propostas de reforma do setor judiciário brasileiro; IV - processar e encaminhar aos órgãos competentes expedientes de interesse do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública; e V - instruir e opinar sobre os processos de provimento e vacância de cargos de magistrados de competência do Presidente da República”.

1.4.1.4.1 Tribunais de Justiça do Distrito Federal e Territórios

As nomeações, analisadas e preparadas pela Secretaria de Reforma do Judiciário, com relação aos Desembargadores do TJDFT, são aplicadas apenas aos cargos reservados ao quinto constitucional – advogados e membros do Ministério Público Estadual. São percorridas as seguintes etapas:⁵⁰

- 1) Os candidatos são indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes (Ministério Público Estadual e OAB, respectivamente);
- 2) Recebidas as indicações, o Tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo/Ministério da Justiça;
- 3) A análise do processo é realizada pela Secretaria de Reforma do Judiciário, que a encaminha ao Ministro da Justiça.
- 4) Por meio de Exposição de Motivos, o Ministro da Justiça envia ao Presidente da República a lista tríplice com os nomes dos candidatos, seus respectivos currículos e minutas de Decretos;
- 5) Após a escolha de um nome, a Presidência da República envia o Decreto de nomeação ao Diário Oficial da União para publicação.

1.4.1.4.2 Tribunais Regionais Federais

Os Tribunais Regionais Federais se dividem em cinco Regiões:

- I. 1ª Região – com sede na Capital Federal e jurisdição no Distrito Federal e nos Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins, compõe-se de 27 (vinte e sete) juízes vitalícios, nomeados pelo Presidente da República;

- II. 2ª Região – Com sede na cidade do Rio de Janeiro e jurisdição no território dos Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, compõe-se de 27 (vinte e sete) juízes vitalícios, nomeados pelo Presidente da República;
- III. 3ª Região - Com sede na Capital do Estado de São Paulo e jurisdição sobre as Seções Judiciárias de São Paulo e Mato Grosso do Sul, compõe-se de 43 (quarenta e três) juízes vitalícios, nomeados pelo Presidente da República;
- IV. 4ª Região – Com sede na cidade de Porto Alegre e jurisdição no território dos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, compõe-se de 27 (vinte e sete) juízes vitalícios, nomeados pelo Presidente da República;
- V. 5ª Região – Com sede na cidade de Recife, Estado de Pernambuco, e jurisdição no território dos Estados do Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas e Sergipe, compõe-se de 10 (dez) juízes vitalícios, nomeados pelo Presidente da República.

Os membros dos Tribunais Regionais Federais são nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de 30 (trinta) e menos de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, sendo:

- a) 4/5 (quatro quintos) das vagas dos TRFs são preenchidas por juízes federais, com mais de cinco anos de exercício, promovidos ao Tribunal por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância;
- b) 1/5 (um quinto) das vagas dos TRFs são preenchidas por membros do Ministério Público Federal, com mais de dez anos de carreira, e por advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional.

Diferentemente do que ocorre nos Tribunais de Justiça, o provimento das vagas reservadas aos juízes federais de carreira (promoção por antiguidade ou merecimento) não

⁵⁰ Art. 84, inciso XVI, 94, parágrafo único, e 125, § 1º, da Carta Magna, e 8º e 10º da Lei Complementar n.º 35, de 14 de março de 1979.

ocorre no âmbito do próprio Tribunal. Nestes casos, a Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça irá processar o nome do candidato ao merecimento ou as listas tríplices, para que o Presidente da República os nomeie. As etapas do processo são as seguintes:⁵¹

- 1) O Tribunal encaminha o nome do Juiz mais antigo, no caso de promoção por antiguidade, ou a lista tríplice, na promoção por merecimento ao Ministério da Justiça;
- 2) A análise do processo é realizada pela Secretaria de Reforma do Judiciário, que a encaminha ao Ministro da Justiça;
- 3) Por meio de Exposição de Motivos, o Ministro da Justiça envia ao Presidente da República o nome do candidato (antiguidade) ou a lista tríplice (merecimento), com os nomes dos candidatos e seus respectivos currículos;
- 4) Após a escolha de um nome, a Presidência da República envia o Decreto de nomeação ao Diário Oficial da União para publicação.

Com relação à nomeação dos candidatos para o quinto constitucional (advogados e membros do Ministério Público Federal), será assim processada:⁵²

- 1) Os candidatos são indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes (Ministério Público Federal e OAB, respectivamente);
- 2) Recebidas as indicações, o Tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo/Ministério da Justiça;
- 3) A análise do processo é realizada pela Secretaria de Reforma do Judiciário, que a encaminha ao Ministro da Justiça;

⁵¹ Arts. 84, inciso XVI; 93 incisos I, II e III; 106, inciso I; 107, incisos I e II, da Constituição Federal; e Resolução n.º 6, do Conselho Nacional de Justiça.

⁵² Arts. 84, inciso XVI; 93 incisos I, II e III; 106, inciso I; 107, incisos I e II, da Constituição Federal; e Resolução n.º 6, do Conselho Nacional de Justiça.

- 4) Por meio de Exposição de Motivos, o Ministro da Justiça envia ao Presidente da República a lista tríplice com os nomes dos candidatos, seus respectivos currículos e minutas de Decretos;
- 5) Após a escolha de um nome, a Presidência da República envia o Decreto de nomeação ao Diário Oficial da União para publicação.

1.4.1.4.3 Tribunais Regionais do Trabalho

Os Tribunais Regionais do Trabalho compõem-se de, no mínimo, 7 (sete) juízes do Trabalho, nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de 30 anos e menos de 65 anos de idade, sendo que:

- a) 4/5 (quatro quintos) das vagas dos TRTs são ocupadas por Juízes do Trabalho, com mais de cinco anos de exercício, promovidos ao Tribunal por antiguidade e merecimento, alternadamente;
- b) 1/5 (um quinto) das vagas dos TRTs são ocupadas por membros do Ministério Público do Trabalho, com mais de dez anos de carreira, e por advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional.

O processo de nomeação dos desembargadores dos Tribunais Regionais do Trabalho seguirá as mesmas regras adotadas no âmbito dos TRFs. Em se tratando do critério de promoção por antiguidade e merecimento, o TRT encaminha o nome do Juiz do Trabalho mais antigo, no caso de promoção por antiguidade, ou a lista tríplice, na promoção por merecimento ao Ministério da Justiça. Ao final, o Presidente escolhe um nome e posteriormente ocorrerá a publicação do Decreto de nomeação do candidato escolhido.⁵³

A nomeação do quinto constitucional também se processará à semelhança do que ocorre nos TRFs, ou seja, cada órgão de representação das respectivas classes (Ministério Público do

Trabalho e OAB, respectivamente) encaminha lista sêxtupla ao TRT, ao qual competirá formar uma lista tríplice a ser enviada ao Ministério da Justiça.

A Secretaria de Reforma do Judiciário fará exame do processo e o encaminhará ao Ministro da Justiça, que, por meio de Exposição de Motivos, enviará a lista ao Presidente da República para escolha e nomeação do candidato, com posterior publicação de Decreto no Diário Oficial da União.⁵⁴

1.4.1.4.4 Tribunal Superior do Trabalho

O TST compõe-se de 27 (vinte e sete) ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de 35 anos (trinta e cinco) e menos de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

- a) 1/5 (um quinto) dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício;
- b) Os demais dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura da carreira, indicados pelo Tribunal Superior do Trabalho.

As etapas do processo de nomeação são as seguintes:⁵⁵

- 1) O TST encaminha lista tríplice ao Ministério da Justiça.
- 2) A análise do processo é realizada pela Secretaria de Reforma do Judiciário, que a encaminha ao Ministro da Justiça.

⁵³ Arts. 84, inciso XVI; 94, parágrafo único; 111, inciso II; 115, incisos I e II, da Constituição Federal, e Resolução nº 6 do Conselho Nacional de Justiça.

⁵⁴ Arts. 84, inciso XVI; 94, parágrafo único; 111, inciso II; 115, incisos I e II, da Constituição Federal, e Resolução nº 6 do Conselho Nacional de Justiça.

⁵⁵ Arts. 84, inciso XIV; 94, parágrafo único; 111, inciso I; 111-A, incisos I e II, da Constituição Federal.

- 3) Por meio de Exposição de Motivos, o Ministro da Justiça envia ao Presidente da República a lista tríplice, com os nomes dos candidatos e seus respectivos currículos.
- 4) Após a escolha de um nome, a Presidência da República envia Mensagem Presidencial ao Senado Federal para que o candidato seja sabatinado, devendo ser aprovado por maioria absoluta.
- 5) A Secretaria da Reforma do Judiciário/MJ prepara minuta do Decreto de nomeação para assinatura do Ministro da Justiça e do Presidente da República e posterior publicação no Diário Oficial da União.

1.4.1.4.5 Tribunais Regionais Eleitorais

Haverá em cada Estado da federação um TRE e seus juízes, salvo motivo justificado, servirão obrigatoriamente por 2 (dois) anos, e nunca por mais de 2 (dois) biênios consecutivos. De acordo com o art. 120 da Constituição, os TREs compor-se-ão de:

- a) 2 (dois) juízes, dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça, eleitos pelo voto secreto;
- b) 2 (dois) juízes, dentre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça, eleitos pelo voto secreto;
- c) 1 (um) juiz oriundo do Tribunal Regional Federal com sede na Capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo;
- d) 2 (dois) juízes, dentre seis advogados, de notável saber jurídico e idoneidade moral, nomeados pelo Presidente da República.

Como se vê, não existe a hipótese do quinto constitucional para os TREs. Por essa razão, nas hipóteses 1, 2 e 3, a nomeação ficará a cargo do Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal respectivo. Com relação às duas vagas para advogados, o processo para provimento é realizado de acordo com os trâmites a seguir:⁵⁶

- 1) O Tribunal Superior Eleitoral encaminha lista tríplice, votada pelo Tribunal de Justiça do respectivo Estado, ao Ministério da Justiça;
- 2) A análise do processo é realizada pela Secretaria de Reforma do Judiciário, que a encaminha ao Ministro da Justiça;
- 3) Por meio de Exposição de Motivos, o Ministro da Justiça envia as minutas de Decretos ao Presidente da República, com os nomes dos candidatos e seus respectivos currículos;
- 4) Após a escolha de um nome e assinatura do Decreto de nomeação, a Presidência da República providencia publicação do ato junto ao Diário Oficial da União.

1.4.1.4.6 Tribunal Superior Eleitoral

O TSE é o órgão de cúpula da Justiça Eleitoral, compondo-se de, no mínimo, sete membros escolhidos:

- 1) mediante eleição, pelo voto secreto: a) 3 (três) juízes dentre os ministros do Supremo Tribunal Federal; b) 2 (dois) juízes dentre os ministros do Superior Tribunal de Justiça;
- 2) por nomeação do Presidente da República, 2 (dois) juízes dentre 6 (seis) advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.

⁵⁶ Arts. 84, inciso XVI; 118, inciso II; 120, inciso III; e 121, § 2o, da Constituição, combinados com os arts. 14, § 4º; 15 e 16, inciso II, do Código Eleitoral.

Assim como ocorre nos TREs, também inexistente o quinto constitucional para o TSE. Por essa razão, caberá ao STF e ao STJ prover as suas respectivas vagas, de acordo com seus regimentos internos. No que se refere às vagas destinadas aos advogados, o processo para provimento é realizado no âmbito do Ministério da Justiça, após envio de lista tríplice pelo Supremo Tribunal Federal:⁵⁷

- 1) O Tribunal encaminha lista tríplice, votada pelo Supremo Tribunal Federal, ao Ministério da Justiça.
- 2) A análise do processo é realizada pela Secretaria de Reforma do Judiciário, que a encaminha ao Ministro da Justiça.
- 3) Por meio de Exposição de Motivos, o Ministro da Justiça envia as minutas de Decretos ao Presidente da República, com os nomes dos candidatos e seus respectivos currículos.
- 4) Após a escolha de um nome e assinatura do Decreto de Nomeação, a Presidência da República providencia publicação do ato junto ao Diário Oficial da União.

1.4.1.4.7 Superior Tribunal Militar

A Justiça Militar da União é organizada de acordo com a Lei nº 8.457/92, em observância ao parágrafo único do art. 124 da Constituição. A competência desta Justiça restringe-se aos crimes militares definidos em lei, o que exclui qualquer causa de natureza cível ou disciplinar.

A primeira instância desta Justiça é composta pelos seguintes órgãos: Juízes-Auditores, Auditorias e dois Conselhos de Justiça. Os primeiros são nomeados após concurso público, seguindo a norma do art. 93, I, da Constituição. As Auditorias correspondem às circunscrições militares e são compostas por um Juiz-Auditor, um Juiz-Auditor Substituto, um Diretor de Secretaria, dois Oficiais de Justiça Avaliadores e demais auxiliares, conforme quadro previsto

⁵⁷ Arts. 84, inciso XVI; 118, inciso I; 119, inciso II; e 121, § 2º, da Constituição, combinados com os arts. 14, §

em lei (art. 15, Lei nº 8.457/92). Existe, ainda, a Auditoria de Correição, que será exercida pelo Juiz-Auditor Corregedor, responsável pela Correição desta Justiça. Os Conselhos de Justiça são de duas espécies: Conselho Especial de Justiça (um Juiz-Auditor e quatro Juízes militares, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial superior) e Conselho Permanente de Justiça (um Juiz-Auditor, um oficial superior, que será o presidente, e três oficiais de posto até capitão-tenente ou capitão). Os dois Conselhos funcionarão na sede das Auditorias, salvo casos especiais por motivo relevante de ordem pública ou de interesse da Justiça.

A instância superior da Justiça Militar da União é desempenhada pelo Superior Tribunal Militar, órgão composto por 15 ministros vitalícios, sendo:

a) 10 (dez) provenientes das Forças Armadas (todos da ativa e do posto mais elevado da carreira): 3 (três) dentre oficiais-generais da Marinha; 4 (quatro) dentre oficiais-generais do Exército; e 3 (três) dentre oficiais-generais da Aeronáutica;

b) 5 (cinco) civis (brasileiros maiores de 35 anos): 3 (três) dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional; e 2 (dois) por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.

O processo de escolha ocorre de acordo com o *iter* procedimental abaixo relatado:⁵⁸

- 1) Para os cargos de ministros do STM, nas vagas de oficiais-generais da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, o presidente do Superior Tribunal Militar encaminha o nome do indicado a este Ministério que, em seguida, remete ao Presidente da República.
- 2) No caso de preenchimento das vagas destinadas a advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, o

4º; 15 e 16, inciso II, do Código Eleitoral, e 8º e 10 da Lei Complementar no 35, de 14 de março de 1979.

⁵⁸ Arts. 84, inciso XIV; 122, inciso I; 123, incisos I e II, da Constituição Federal.

presidente do Superior Tribunal Militar comunica a abertura da vaga, e esta Pasta encaminha os nomes dos candidatos ao Presidente da República.

- 3) Posteriormente, é enviada Mensagem Presidencial ao Senado Federal para que o candidato seja sabatinado, devendo ser aprovado por maioria simples.
- 4) Aprovado o nome, a Secretaria da Reforma do Judiciário prepara o Decreto de nomeação para assinaturas do Ministro da Justiça e do Presidente da República e posterior publicação no Diário Oficial da União, cujo encaminhamento é de competência da Presidência da República.

1.4.1.4.8 Superior Tribunal de Justiça

O STJ é composto de, no mínimo, 33 (trinta e três) ministros, nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de 35 (trinta e cinco) e menos de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta no Senado Federal, sendo:

- a) 1/3 (um terço) dentre juízes dos TRFs;
- b) 1/3 (um terço) dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal;
- c) 1/3 (um terço), em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes (OAB e Procuradoria Geral da República).

O processo de escolha dos magistrados do STJ acontece à semelhança do que se verifica nos outros Tribunais:⁵⁹

⁵⁹ Arts. 84, inciso XIV; 94, parágrafo único; 104, parágrafo único, incisos I e II, da Constituição Federal.

- 1) O Tribunal encaminha lista tríplice ao Ministério da Justiça.
- 2) A análise do processo é realizada pela Secretaria de Reforma do Judiciário, que a encaminha ao Ministro da Justiça.
- 3) Por meio de Exposição de Motivos, o Ministro da Justiça envia ao Presidente da República a lista tríplice, com os nomes dos candidatos e seus respectivos currículos.
- 4) Após a escolha de um nome, a Presidência da República envia Mensagem Presidencial ao Senado Federal para que o candidato seja sabatinado, devendo ser aprovado por maioria absoluta.
- 5) A Secretaria da Reforma do Judiciário/MJ prepara minuta do Decreto de nomeação para assinatura do Ministro da Justiça e do Presidente da República e posterior publicação no Diário Oficial da União.

1.4.1.4.9 Supremo Tribunal Federal

O STF compõe-se de 11 (onze) Ministros escolhidos pelo Presidente da República 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. Escolhido o nome, o Presidente da República o indica ao Senado Federal para ser sabatinado, devendo ser aprovado por maioria absoluta. Após aprovação, a Presidência encaminha o Decreto de nomeação para publicação no Diário Oficial da União.⁶⁰

1.4.1.5 Algumas considerações sobre a estruturação dos Tribunais

Observa-se, dessa descrição, uma estrutura autocrática do Judiciário: em todos os Tribunais o Chefe do Executivo participa da nomeação do magistrado; quando a escolha compete ao próprio Judiciário, apenas os membros do Tribunal votam. Essa forma concentra

⁶⁰ Arts. 84, inciso XIV; 101, parágrafo único; e 102 da Constituição Federal.

nas mãos de poucos o poder administrativo sobre a imensa maioria da magistratura, ou seja, sobre os juízes de primeiro grau.

Disso decorre uma verticalização do poder, possuindo os Tribunais a prerrogativa de aferição da promoção, remoção e regime disciplinar. Por outro lado, essa estrutura autocrática enfraquece a magistratura, uma vez que a maioria dos juízes não participa ativamente das atividades administrativas, porém, ao contrário, submete-se à ampla discricionariedade dos Tribunais – cujos dirigentes revestem-se de poderes quase absolutos, distanciando-se do ideal democrático (que pressupõe a participação de todos). Como bem aponta Marcelo Uchôa, a manutenção do poder nos órgãos de cúpula do Judiciário provocou efeito contrário ao espírito democrático, além de desprestigiar os “juízes de primeiro grau que, estando à base do sistema e conduzindo o processo com personalidade, são os que mais têm condições de compreender as angústias e as ansiedades das partes litigantes”.⁶¹

O controle administrativo e de revisão das decisões exercido pelos Tribunais abala a independência dos juízes de primeiro grau, justamente os que estão mais próximos da realidade local. É grande o risco causado pela atual estrutura do Judiciário, pois o juiz restringe-se a uma sujeição administrativa, suas decisões ficam sem importância e, pior, é crescente a preocupação com as promoções, deixando-se de lado o aprimoramento e o compromisso com as partes dos processos.

Outro fator a agravar e comprometer a independência dos magistrados de primeiro grau de jurisdição é a sujeição à Súmula Vinculante, não lhes sendo lícito sequer realizar qualquer tipo de ponderação no caso concreto.

1.4.2 A atuação do juiz

A desestruturação do Judiciário brasileiro é o epicentro de onde se irradiam inúmeros problemas. Ela acarreta o desmerecimento do juiz de primeiro grau, a hierarquização do poder nas cúpulas dos Tribunais e resulta numa autocracia, pois retira da maioria do corpo de magistrados a possibilidade de participação no gerenciamento administrativo deste Poder.

⁶¹ UCHÔA, Marcelo Ribeiro. **Controle do Judiciário**: da expectativa à concretização (o primeiro biênio do Conselho Nacional de Justiça). Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 44.

A figura do juiz é determinante à correta atividade jurisdicional, mas a crise aqui descortinada indica que as reformas depreendidas pelo Poder Constituinte Reformador tiraram a independência do juiz de primeiro grau, justamente aquele que tem mais contato com a população e, portanto, mais ciente da realidade social.

Outro grave problema apresentado diz respeito ao conhecimento jurídico do magistrado. Não são poucos os que ainda se encontram impregnados pelo Positivismo Dogmático, que é aquele que se identifica com a racionalidade exacerbada do Direito e prega a neutralidade das normas jurídicas e do julgador. Para os adeptos dessa corrente, o Direito resume-se à norma posta, cujo fundamento de validade é outra norma hierarquicamente superior. Na perspectiva positivista, o Direito se confunde com a lei. O Positivismo Jurídico reduz o jurista a uma visão limitada do Direito, haja vista que o seu sistema normativo é desprovido de valores.

O juiz, todavia, deve assumir uma postura de refutação do normativismo positivista, segundo o qual a norma é tudo e irrelevante é a especificidade do caso concreto. No *Pós-positivismo*, o Direito é construído de acordo com a realidade social, sendo este o seu fundamento epistemológico. O texto deve ser compreendido, interpretado e aplicado o Direito levando-se em conta não só a norma, mas o valor que ela informa diante do caso concreto. A preocupação maior do juiz, em tal contexto, é entender o Direito além de um conjunto de regras, e conferir aos princípios força normativa.

Superado o obstáculo positivista, o juiz deve-se ater ao fato de que Direito e Democracia se revelam imbricados, uma vez que aquele surge a partir de um juízo tomado coletivamente. O Direito, dessa maneira, se realiza como um círculo: sai das mãos do povo, se instrumentaliza pela norma e, então, retorna à coletividade. O Direito se faz e se refaz, é contínuo. Não pode ser imposto, nem distanciado da realidade social, da cultura, dos valores. Sobre este movimento espiralado, Andréa Alves de Almeida é enfática ao afirmar que, nas sociedades democráticas, o Direito “somente se torna efetivamente (concretamente) legítimo quando a norma abstrata, diante de um caso concreto, se oferece (retorna) à processualidade jurídica para a sua discursividade”.⁶²

⁶² ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 97.

O Direito consiste, pois, numa construção apreendida por meio de normas e da realidade social, mas essa construção não é estanque, e sim dinâmica. O sentido do texto não é captado nem instantaneamente, nem definitivamente. O Direito é compreendido dialeticamente, através do diálogo constante entre os intérpretes, resultando numa constante construção do texto. Isso se dá por meio do debate, que permite a não estagnação do conhecimento. Aliás, é no âmbito do discurso entre os homens que a democracia se manifesta, como apontam Hannah Arendt,⁶³ Jürgen Habermas⁶⁴ e Antonio Negri.⁶⁵

O Direito, entretanto, não se apreende nem somente pelo sujeito, nem somente pelo objeto: a cortina do dogmatismo é retirada, abrindo-se uma janela reveladora de uma realidade social plural, formada por *sujeitos*, o que não implica querer ignorar ou afastar o texto legal, mas reconfigurá-lo a essa nova visão. Abrem-se os olhos do intérprete ao contexto, ao diálogo, pois só o texto não é suficiente. Os sujeitos, os valores, a cultura e a interdisciplinaridade entram em cena. Sem essa forma de pensar, o juiz não se liberta do dogmatismo, um grande problema a afetar o Judiciário.

1.4.3 Morosidade na prestação jurisdicional

Outro fundamento para a criação do CNJ e da Súmula Vinculante é a incapacidade de o Judiciário atender com prontidão aos interesses jurídicos das partes. Inúmeras são as causas que provocam a morosidade da prestação jurisdicional. De todas, algumas merecem comentários.

Faltam servidores em quantidade e em qualidade. A solução do processo não depende apenas da sentença judicial. Há todo um aparelhamento que fornece as condições materiais. Os meros atos ordinatórios no processo, por exemplo, não precisam ser assinados pela autoridade judicial. O servidor pode fazê-lo, porém impõe-se que haja um constante aperfeiçoamento dos servidores já concursados. A EC nº 45, ao permitir a delegação destes atos, mostrou-se atenta à realidade, convalidando uma prática há muito tempo adotada.

⁶³ ARENDT, Hannah. **O que é política?** Tradução de Reinaldo Guarany. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. Id. **A condição humana**. 10. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 4. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

⁶⁵ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

O legislador priorizou a composição dos litígios por meio do Judiciário, olvidando esforços em estimular a solução desses por meios extrajudiciais, como é o caso da arbitragem. Se essa solução é uma resposta do liberalismo à crise do Judiciário, como afirma José de Albuquerque Rocha,⁶⁶ portanto, tendente à satisfação de interesses econômicos, isso é um dado a ser estudado mais detalhadamente em outra oportunidade.

Reconhece-se, porém, a relevância da viabilidade da arbitragem, pois ela assegura uma paridade de condições entre os envolvidos para se chegar a uma solução justa. Sobre este aspecto, a EC nº 45 não avançou no tema, deixando o caminho aberto ao legislador infraconstitucional no disciplinamento da matéria.

Outro fator que trava o andamento processual e uma rápida aplicação do Direito é a excessiva quantidade de recursos, responsável pela litigância de má-fé por parte, principalmente, de grandes empresas e do próprio Poder Público. Como se observará no próximo *Capítulo*, a EC nº 45 contemplou instrumentos para propiciar um processo mais célere, a exemplo da constitucionalização do Princípio da Celeridade Processual como direito fundamental e a abstrativização⁶⁷ do controle difuso de constitucionalidade, por meio da exigência da demonstração da repercussão geral do Recurso Extraordinário e da já comentada Súmula Vinculante.

1.5 Solução da crise: Reforma Constitucional

A tramitação da PEC nº 96/92 por mais de uma década no Congresso Nacional resultou na aprovação da Emenda Constitucional nº 45. Conhecida como *Reforma do Judiciário*, ela não se limitou a alterar o texto constitucional relacionado a este Poder, mas também implicou em modificações no Ministério Público e na Defensoria Pública.

As mudanças nestas instituições, convém esclarecer, não farão parte deste trabalho, por fugir ao objeto de pesquisa, com exceção do trato do orçamento (os artigos 99, 127 e 134

⁶⁶ ROCHA, José de Albuquerque. **Lei de arbitragem**: uma avaliação crítica. São Paulo: Atlas, 2008, p. 6.

⁶⁷ Sobre a abstrativização do controle difuso, confira-se o estudo de Freddie Didier Jr. (DIDIER, JÚNIOR, Fredie. Transformações do Recurso Extraordinário. In: **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 99-123, p. 116).

unificaram o procedimento da proposta orçamentária para o Judiciário, Defensoria Pública e Ministério Público) e do *Princípio da Simetria* entre o Estatuto da Magistratura e o Estatuto do Ministério Público (art. 129, § 4º).

A finalidade essencial da *Reforma do Judiciário* foi tornar a função jurisdicional mais efetiva e dotar o Poder Judiciário de uma estrutura organizacional mais democrática. Visando à sistematização do estudo das alterações da EC nº 45, optou-se por agrupá-las de acordo com a pertinência temática: 1) o *Capítulo 2* abordará a compatibilização da ordem jurídica interna com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos; 2) o *Capítulo 3* tratará das modificações orgânicas, funcionais e processuais do Poder Judiciário; 3) por fim, o *Capítulo 5* estudará, sob uma perspectiva filosófica, a adequação dos poderes conferidos ao STF com a pretensa democratização do Judiciário. Ao final de toda essa abordagem, será possível concluir se as novas normas foram aptas ou não a democratizar o Poder Judiciário e a tornar a função jurisdicional mais efetiva.

Antes, porém, faz-se necessário expor a ambiência das justificativas para a *Reforma do Judiciário*, em confronto com os acalorados debates sobre as medidas de correção da ineficiência judiciária brasileira. O discurso legitimador das mudanças, conforme será visto logo a seguir, alterna-se em dois polos: de um lado, o discurso democratizante do Judiciário; de outro, a proposta de reforma do Judiciário pelo Banco Mundial, em virtude da necessidade de dar maior segurança jurídica às decisões judiciais.

1.5.1 O discurso democratizante

As mazelas enfrentadas pelo Judiciário brasileiro decorriam da estrutura autocrática e da ineficiência da função jurisdicional. No que se refere ao discurso democratizante,⁶⁸ verifica-se que as premissas foram mais simbólicas do que reais, pois a democracia foi utilizada como ícone para fundamentar a reforma. A abertura do Judiciário por meio de um controle externo e

⁶⁸ BANDEIRA, Regina Maria Groba. **Democratização e controle externo do Poder Judiciário**. Brasília: Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa), 2002. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1492>>. Acesso em: 22 jul. 2009. LANFRENDI, Geraldo Ferreira. O Poder Judiciário e a reforma constitucional. Controle externo do Judiciário: na fracassada experiência européia, uma lição para o Brasil. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 35, p. 145-150, 2001. MORAES, Darcy Paulo Gonzalez. Controle externo do Poder Judiciário: forma de politização do direito e de judicialização da política – breve revisão bibliográfica do tema. **Diálogo**, Canoas, n. 2, p. 183-204, 2001.

a previsão de instrumentos de garantia da estabilidade das decisões foram as justificativas mais utilizadas para se referir à necessidade de democratização.

Para tal discurso, seria necessário, portanto, a democratização do Judiciário. Mas de que forma? A solução proposta seria por meio das seguintes inovações: Conselho Nacional de Justiça, Escolas de Formação de Magistrados, Súmula Vinculante, descentralização da Justiça (Justiça Itinerante e Câmaras Regionais), Publicidade das Sessões Administrativas e Judiciais e uma atividade jurisdicional ininterrupta e mais célere. A título de esclarecimento, todas estas alterações serão discutidas no próximo *Capítulo*.

Os discursos se esvaziam na medida em que se confunde o *Princípio Democrático* com a necessidade de uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva. Ao comentar o *Princípio Democrático*, Friedrich Müller⁶⁹ critica aqueles que concebem equivocadamente a democracia simplesmente como uma técnica de criação de normas jurídicas pelo Legislativo e participação popular nas eleições. De acordo com Müller, o *Princípio Democrático* também deve ser vivenciado dentro do Executivo e do Judiciário.

Como se verá ao longo deste estudo, as referidas inovações não são aptas a democratizar a função jurisdicional. Elas são úteis, essencialmente, para afastar a morosidade do Judiciário e permitir maior acesso à justiça. A adequação da função jurisdicional ao Princípio Democrático passa por outras balizas, como, *v.g.*, a discussão da composição dos tribunais e do CNJ, a possibilidade de participação popular na interpretação constitucional e a participação dos magistrados na direção política do Judiciário.

1.5.2 A exigência do Banco Mundial

A preocupação do Banco Mundial com a eficiência do Judiciário na resolução dos conflitos, em especial o desenvolvimento do setor privado, foi pouco debatida. Sobre o tema, destacam-se dois importantes estudos, os quais servirão de base para o desenvolvimento deste tópico. Publicado no primeiro semestre de 2003, portanto, um pouco mais de um ano antes da aprovação da EC nº 45, o estudo de Hugo Cavalcanti Melo Filho⁷⁰ faz a análise do Documento nº 319/1996 (*O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe – Elementos para*

ZVEITER, Waldemar. O Controle do Poder Judiciário. Solução possível. **RDR**, Rio de Janeiro, n. 30, set./dez.2004, p.1-11.

⁶⁹ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 114-115.

⁷⁰ MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. A reforma do Poder Judiciário brasileiro: motivações, quadro atual e perspectivas. **Revista CEJ**, Brasília, n. 21, p. 79-86, abr./jun. 2003.

Reforma) do Banco Mundial⁷¹ e conclui pela sua interferência na Reforma do Judiciário. Produzida em dezembro de 2004, ou seja, na ocasião em que a Reforma do Judiciário foi aprovada, a pesquisa de Graça Maria Borges de Freitas⁷² também analisa o Documento nº 319 do Banco Mundial, servindo de modelo para reformas não só do Judiciário brasileiro, mas de outros países da América Latina. Os textos são convergentes, diferenciando-se as análises devido ao fato de que o estudo de Graça Maria Borges de Freitas foi contemporâneo à Reforma já aprovada.

Os estudos asseveram que a Reforma do Poder Judiciário brasileiro foi traçada pelo Banco Mundial, a partir de 1996, de acordo com o projeto neoliberal que estava sendo implementado no País. A partir da elaboração do Documento Técnico nº 319/1996, houve uma intervenção política estrangeira para que o Judiciário se adequasse às necessidades do mercado. O Relatório nº 319 propõe um programa para a reforma do Judiciário, com realce na crise que afeta este poder: sua morosidade e natureza monopolística. O objetivo é dar efetividade, transparência e previsibilidade das decisões, tudo no sentido de favorecer o mercado, os financiamentos e os investimentos.

Hugo Cavalcanti Melo Filho explica que a intenção do Banco Mundial é, na realidade, “redesenhar as estruturas dos Poderes Judiciários da América Latina, a partir das premissas neoliberais, com o fito de adequá-las à prevalência do mercado sobre qualquer outro valor”.⁷³ Afinal, a eficiência é elemento relevante ao desenvolvimento econômico. Para tanto, o Relatório 319 define as mudanças a serem realizadas: 1) administração das Cortes de Justiça; 2) independência do Poder Judiciário; 3) ampliação do acesso à Justiça, mediante mecanismos alternativos de resolução de conflitos; 4) treinamento de juízes; 5) controle do Judiciário; 6) prevalência jurisprudencial da cúpula do Judiciário. Essas reformas, na análise de Melo Filho, deságuam no intuito último: “a limitação da ação da base da magistratura, pela verticalização do Poder Judiciário, como forma de facilitar a implantação da estrutura neoliberal”.⁷⁴

Como a economia de mercado exige um sistema jurídico eficaz para governos e setor privado, é conveniente que haja, por um lado, um Poder Executivo forte, capaz de implementar as mudanças econômicas; e, por outro lado, é necessário que, em tais iniciativas,

⁷¹ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Documento nº 319/1996. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/downloads/documento318.pdf>>. Acesso em: 22jul.2009.

⁷² FREITAS, Graça Maria Borges de. A reforma do Judiciário, o discurso econômico e os desafios da formação do magistrado hoje. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 42, n. 72, p. 31-44, jul./dez.2005.

⁷³ MELO FILHO, Hugo Cavalcanti, op. cit., 2003, p. 80.

o Judiciário as confirme, ou pelo menos não interfira em questões de interesses do capital. O objetivo é claro: transformar o Judiciário em menor obstáculo para o exercício das atividades do Poder Executivo nas suas políticas governamentais, principalmente no trato do desenvolvimento econômico.

Dentre as referidas metas propostas pelo Banco Mundial, destacam-se as três últimas. Com relação ao *Treinamento de juízes*, a EC nº 45, de fato, contemplou o Judiciário com as *Escolas de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados*. No que se refere ao *Controle do Judiciário*, o Relatório nº 319 reportava-se à necessidade de um sistema disciplinar efetivo sobre a magistratura – o que se consubstanciou através da criação do CNJ. Já em relação à *prevalência da jurisprudência da cúpula do Judiciário*, o Documento nº 319 deixa clara a necessidade de se limitar o exercício jurisdicional da base da magistratura. Desta forma, tenta-se conferir um padrão às decisões dos juízes espalhados do vasto território, de maneira que não se comprometa a certeza de que as leis serão aplicadas e interpretadas de forma previsível e de acordo com os padrões internacionais. Esta sugestão foi recepcionada pelo instituto da *Súmula Vinculante* e pela repercussão geral do *Recurso Extraordinário*.

Ainda de acordo com Melo Filho,⁷⁵ embora o Documento nº 319 não registre qualquer projeto específico para o Brasil, é evidente que a Reforma do Judiciário seguiu as linhas gerais desenhadas naquela carta de intenções. Todavia, o âmbito de discussão da *Reforma do Judiciário* no Brasil foi deslocado para a crise que este Poder enfrentava, principalmente após a chamada *CPI do Judiciário*. Segundo o referido autor,⁷⁶ em que pese o mérito de levar à opinião pública os casos de corrupção e nepotismo, a CPI foi criada com o fim específico de desmoralizar o Judiciário e a magistratura, desgastando o seu conceito junto à sociedade – o que fatalmente conferiu legitimidade ao discurso oficial de democratização da Reforma.

O texto de Graça Maria Borges de Freitas aponta para a mesma direção das observações feitas por Melo Filho. É interessante mencionar uma passagem do estudo de Graça Maria Borges de Freitas, momento no qual ela constata que a reforma aponta um paradoxo do papel do Estado no capitalismo globalizado:⁷⁷ ao mesmo tempo em que tende a erodir o poder estatal, a globalização requer Estados dotados de autoridade para manter a eficácia do império da lei, incluindo um Poder Judicial eficiente. Por essa razão, explica Graça Maria, o Banco

⁷⁴ MELO FILHO, Hugo Cavalcanti, op. cit., 2003, p. 81.

⁷⁵ MELO FILHO, Hugo Cavalcanti, op. cit., 2003, p. 82.

⁷⁶ MELO FILHO, Hugo Cavalcanti, op. cit., 2003, p. 83.

⁷⁷ FREITAS, Graça Maria Borges de, op. cit., 2005, p. 34.

Mundial afirma que a expansão do mercado exige o aperfeiçoamento do Estado, sendo este um parceiro daquele. Segundo a referida autora,⁷⁸ a aprovação do CNJ e da Súmula Vinculante revelou a presença da lógica da *Reforma do Judiciário* voltada para os interesses do mercado, tal como proposto no relatório do Banco Mundial.

A interferência do Banco Mundial, na forma acima retratada, importa no questionamento de quanto abalada e enfraquecida não ficaria a soberania do Estado brasileiro, principalmente quando se constata que a *Reforma* viu-se atrelada às exigências da economia neoliberal e globalizada. Sobre os aspectos negativos da política neoliberal e da nova ordem mundial globalizada, são adequadas as palavras de Paulo Bonavides:

[...] o mundo ingressou numa sociedade feudalizada, onde haverá, outra vez – agora em nível de nações –, soberanos e vassalos. Uma sociedade que há de inaugurar, ao mesmo passo, em futuro não remoto, a simbiose do feudalismo com o colonialismo. [...] Nações na aparência, porém colônias na substância, eis, em suma, o futuro que aguarda tais países, cuja tragédia desnacionalizadora lhes é imposta pela globalização. Não há, por conseguinte, como festejar com palavras de otimismo a realidade que se avizinha. [...] Coloca numa encruzilhada os destinos da civilização: ou esta caminha armada para a luta, e não importa o holocausto que possa amanhã advir, ou baixa a cerviz e assiste, a uma capitulação sem honra, com o povo transformado em multidão, o cidadão em súdito, a nação em mercado, a constituição em decreto-lei ou medida provisória, o governante em sátrapa, o país em colônia. Esse egoísmo universal a que nos referimos é escrito, portanto, com as tintas do neoliberalismo e da globalização. Mas a dialética dos povos não acabou, nem a história pereceu.⁷⁹

É de se concluir, com apoio nos estudos acima referidos, que as alterações implementadas colocam em dúvida a legitimidade da *Reforma do Judiciário*, tendo em vista, resumidamente, os dois aspectos: a justificação foi pautada em acertos econômicos com o Banco Mundial, mas utilizou-se da aclamada carência democrática do Judiciário – o que sequer foi sanado pela EC n.º 45; a aceitação popular deu-se sob o manto do embuste, pois permaneceram encobertas as reais premissas da justificação, ou seja, a visível imposição de interesses econômicos do neoliberalismo e da globalização.

⁷⁸ FREITAS, Graça Maria Borges de, op. cit., 2005, p. 35.

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. As quatro crises do Brasil Constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crise e desafio da constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 55-76, p. 75-76.

2 MODIFICAÇÕES PARA COMPATIBILIZAR A ORDEM JURÍDICA INTERNA COM O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

No *Capítulo 1*, foi traçado um panorama da crise enfrentada pelo Poder Judiciário brasileiro. A EC nº 45/2004 apareceu como uma solução normativa para a morosidade do Judiciário e a falta de efetividade de suas decisões. O presente estudo não pretende analisar se esta norma constitucional conseguiu tornar a função jurisdicional mais eficaz – o que demandaria uma pesquisa empírica. O objetivo é verificar se o novo sistema normativo tem sido capaz de democratizar este Poder. Para tanto, a pesquisa utiliza-se do questionamento das normas e da jurisprudência surgidas após a *Reforma*.

Neste *Capítulo*, encontram-se estudadas duas modificações trazidas pela Emenda Constitucional n.º 45: a incorporação de tratados internacionais com *status* de emenda constitucional e a colocação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional no rol dos direitos fundamentais.¹ Ambos reordenam o papel da soberania estatal brasileira. Isso exige, antes de qualquer análise, visualizar o processo de flexibilização da soberania do Estado a partir do fim da Segunda Guerra Mundial.

2.1 Teoria da Flexibilização da Soberania Estatal a partir do Pós-guerra

Após a Segunda Guerra Mundial, iniciou-se o processo de internacionalização dos direitos humanos. Surgiram dois tipos de sistemas protetivos: o sistema global (ONU) e os

¹ A partir deste *Capítulo*, foram criados quadros nos quais há a comparação do texto da Constituição reformado com a redação anterior, quando for o caso. Este recurso didático foi inspirado nos quadros contidos no livro coordenado por Zeno Veloso e Gustavo Salgado (VELOSO, Zeno; SALGADO, Gustavo Vaz (Coord.). **Reforma do judiciário comentada**. São Paulo: Saraiva, 2005).

sistemas regionais (sistemas europeu, interamericano e africano)². Isto fez eclodir uma nova forma de pensar o Direito, por meio da qual a dignidade da pessoa humana torna-se o objetivo de todo Estado Democrático de Direito, sendo indispensável que a Constituição de um Estado positivasse os direitos humanos e fornecesse formas de viabilização e instrumentos de garantia.

Os direitos fundamentais, entendidos como concretização da dignidade do ser humano, configuram, juntamente com o Princípio da *Separação dos Poderes*, o núcleo substancial da Constituição. O Estado de Direito não pode mais se preocupar com a mera positivação formal desses direitos, pois as ações estatais são legitimadas na medida em que cumprem uma função ativa de afirmação e efetivação.

Se é verdade que a partir da segunda metade do século passado os países em todo o mundo voltaram seus olhos contra as atrocidades praticadas durante as duas Grandes Guerras, também é verdadeiro afirmar que outra preocupação não menos importante foi amplamente discutida no cenário internacional: a recuperação da economia. O cenário mundial da década de 1940 inaugurou duas realidades: de um lado, fundamentou a criação do sistema internacional de proteção dos direitos humanos; de outro, enriqueceu o debate em favor da relativização da soberania nacional dos Estados. Sobre este último aspecto, faz-se necessário expor as suas premissas, a fim de deixar claro que a reconfiguração da soberania não foi obra tão somente da internacionalização dos direitos humanos.

O jurista alemão Karl Doehring chama a atenção para o entrelaçamento da ordem jurídico-política interna com a internacional, ao explicar que os Estados se encontram interligados juridicamente, posto que sujeitos aos tratados internacionais por eles mesmos comprometidos. O Direito Internacional, para ele, é parte trivial da Teoria do Estado. Entretanto, para além dessa perspectiva jurídica, Doehring reconhece que os Estados não existem no globo terrestre isolados uns dos outros, sobretudo na atual era pós-neoliberal. Somados os fatores jurídicos e econômicos, ele propõe uma revisão no conceito de soberania, de forma a flexibilizá-la diante dessa nova ordem mundial, principalmente numa perspectiva cooperativa.³

Por falar em neoliberalismo, convém expor que ele se caracteriza pela ideologia

² Esclarece Fabiana Godinho que a Ásia e o Oriente Médio não contam com um regime regional sistemático de direitos humanos. GODINHO, Fabiana de Oliveira. **A proteção internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 149-151.

³ DOEHRING, Karl. **Teoria do Estado**. Tradução de Gustavo Castro Alves Araújo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 2, 6, 18 e ss.

capitalista favorável ao desmantelamento do uso dos aparelhos estatais na intervenção da economia. Em outras palavras, o neoliberalismo pressupõe o fim do chamado Estado de Bem-Estar Social que caracterizava as políticas públicas na década de 1940 e num momento imediatamente posterior ao fim das duas Guerras Mundiais.

Segundo Perry Anderson, a origem do discurso neoliberal pode ser traçada já em 1944, por meio dos artigos publicados por Friedrich Hayek, contendo ataques às formas de intervenção estatal sobre os mecanismos de mercado. Todavia, Anderson ressalva que o *Welfare State* veio a ruir impiedosamente somente algum tempo depois.⁴

Para os teóricos neoliberais, um Estado atuante e promotor das desigualdades sociais torna-se pesado e tendente a intervir em setores da economia. Seria interessante para a ideologia neoliberal, como bem salientam Negri e Hardt, uma máquina estatal enxuta e que se fortalecesse sobre a sociedade civil, pois quanto maior o domínio sobre as massas, mais facilmente são tomadas decisões políticas favoráveis às grandes corporações. Ainda de acordo com Negri e Hardt, além de enxuto e sobreposto aos interesses democráticos, um Estado neoliberal tende a manter-se distante da mediação do conflito social, muito embora próximo e submetido à lógica do mercado.⁵

Mesmo antes do final da Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos e a Inglaterra já planejavam a reconstrução do mercado no cenário internacional. Em julho de 1944, quando a Segunda Guerra apresentava sinais de encerramento, representantes das nações aliadas se reuniram em Bretton Woods (EUA), na tentativa de elaborarem acordos internacionais para reestruturar a economia mundial. Como resultado das conferências realizadas, Atílio Boron aponta o surgimento das teses de cooperação internacional entre os países envolvidos, com o fim de evitar a grande depressão ocorrida nos anos de 1930.⁶

Os planejadores de Bretton Woods terminaram por criar um sistema liberal, fundado no mercado desprovido de barreiras ao fluxo de capital. Para efetivar os seus desideratos, foi

⁴ ANDERSON, Perry. Neoliberalismo: un balance provisorio. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Coord.). **La trama del neoliberalismo: mercado, crisis y exclusión social**. 2. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2003, p. 25-38, p. 25. THERBORN, Göran. La crisis y el futuro del capitalismo. In: Ibid., 2003, p. 39-49, p. 43.

⁵ NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. **O trabalho de Dionísio**: para a crítica ao Estado pós-moderno. Tradução de Marcello Lino. Juiz de Fora: UFJF-Pauzulin, 2004, p. 81 e ss.

criado um conjunto de instituições internacionais – Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento, Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional. A consequência disso tudo, na análise de Immanuel Wallerstein, foi a posterior consolidação do domínio econômico e político norte-americano.⁷

As conferências de Bretton Woods lançaram as sementes do neoliberalismo e da ruptura da ideologia estatal de promoção dos direitos sociais – que pressupõe medidas ativas sobre a economia. As estratégias discutidas em 1944 derrubaram o *Welfare State*, criaram condições para os sucessivos golpes militares no Cone Sul (e com eles as ditaduras) e, por fim, proporcionaram a consolidação do neoliberalismo no final da década de 1980.

Sobre as ditaduras, Phyllis Parker esclarece que os interesses norte-americanos no Cone Sul os levaram a adotar políticas intervencionistas, no sentido de facilitar o desenvolvimento de um mercado comum latino-americano.⁸ O que se viu, depois disso, foi a subversão da ordem democrática em países latino-americanos, uma vez que os regimes autocráticos passaram a ser a melhor alternativa para os interesses imperialistas norte-americanos, conforme salientam o jurista argentino Atílio Boron⁹ e o historiador brasileiro Luiz Alberto Moniz Bandeira.¹⁰

No fim dos anos 1980, o alicerce construído em Bretton Woods atinge o seu ápice no chamado Consenso de Washington, que consistiu numa nova política dentro do neoliberalismo. É possível resumir o neoliberalismo resultante do Consenso de Washington, na síntese cristalina elaborada por Noam Chomsky, como uma série de medidas econômicas destinadas a: eliminação do protecionismo estatal; redução de gastos públicos (reformas previdenciária e administrativa) e ajuste fiscal (reforma tributária); liberalização do mercado para empresas estrangeiras e do sistema financeiro (câmbio e juros flutuantes), que resultaram

⁶ BORON, Atílio. La sociedad civil después del diluvio neoliberal. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Coord.), op. cit., 2003, p. 71-92, p. 73 e ss.

⁷ WALLERSTEIN, Immanuel. Mundialização ou era de transição? Uma visão de longo prazo da trajetória do sistema-mundo. In: CHESNAIS, François *et al.* **Uma nova fase do capitalismo?** São Paulo: Xamã, 2003, p. 71-92, p. 74.

⁸ PARKER, Phyllis R. **1964**: o papel dos Estados Unidos no golpe de estado de 31 de março. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1977, p. 16-17.

⁹ BORON, Atílio A. **Estado, capitalismo e democracia na América Latina**. São Paulo: Paz e Terra, 1994, p. 34.

¹⁰ Luiz Alberto Bandeira ressalta que esses golpes representaram mais um fenômeno de política internacional norte-americana do que, propriamente, uma sucessão de fatores internos e específicos de cada país. BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. **La formación del império americano**. Buenos Aires: Norma 2007, p. 192.

no ajuste dos preços pelo próprio mercado; controle da inflação; financiamento externo a países subdesenvolvidos (endividamento público); e privatização dos serviços públicos.¹¹

Desse modo, evidencia-se que a *Reforma do Judiciário* pretendeu adaptar o sistema jurídico brasileiro ao novo cenário mundial. Ao elevar os tratados internacionais de direitos humanos ao ápice da pirâmide normativa (caráter de emenda constitucional) e ao submeter o Estado brasileiro à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (além da Corte Internacional de Justiça, o que já vigorava mesmo antes da EC nº 45), o legislador concretamente reconfigura a soberania nacional, muito embora se deva reconhecer que essa mudança esteja mais afeta ao contexto jurídico do que, propriamente, econômico.

2.2 Nova hierarquia normativa

Expressamente reconhecidos logo no início da Constituição Federal, os direitos fundamentais não formam um sistema fechado e autônomo.¹² Ao contrário, a Constituição possui abertura tanto para conteúdos “metanormativos” (valores, princípios, justiça material), quanto para outros estatutos jurídicos (ordem jurídica internacional).¹³ O rol contido no Título II é meramente exemplificativo, tendo em vista que o § 2º do art. 5º confirma a existência de um sistema de direitos fundamentais aberto e flexível.¹⁴

Tal dispositivo expõe um sistema constitucional aberto de direitos fundamentais que se correlaciona com outros dispositivos do próprio texto constitucional (direitos e garantias expressos), com princípios constitucionais implícitos (decorrentes do regime adotado pela Constituição e dos princípios constitucionais) e com tratados internacionais de direitos humanos. Esse sistema de direitos fundamentais apresenta uma importante “nota de

¹¹ CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas?** Neoliberalismo e ordem global. Tradução de Pedro Jorgensen Junior. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006, p. 21-22.

¹² É a posição de Hesse, Stern e Canotilho, retratada por Ingo Sarlet. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 84-87.

¹³ David Dantas trata da abertura da Constituição tendo como referência o conceito de “Constitución abierta” de Pablo Lucas Verdú. DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos**. 2.ed. São Paulo: Madras, 2005, p. 184.

¹⁴ CF/1988. “Art. 5º. § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

fundamentalidade”¹⁵, caracterizado por um duplo aspecto: um, sob o prisma formal, o outro, sob o prisma material.

Sob o aspecto *formal*, possuem caráter supralegal (uma vez que estão no ápice do ordenamento jurídico), submetem-se a limites da reforma constitucional (são cláusulas pétreas, a teor do art. 60, § 4º, IV, CF) e são normas diretamente aplicáveis, vinculando entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, CF).

Com relação ao aspecto *material*, implicam no fato de que a Constituição permite uma abertura do que se entende por direitos fundamentais através do art. 5º, § 2º, CF, ou seja, há outros direitos decorrentes, outros implícitos e aqueles que são originários de tratados internacionais que, embora não façam parte do catálogo, são materialmente constitucionais.

Esta última concepção – do caráter materialmente constitucional dos tratados internacionais de direitos fundamentais – era a prevalecente na doutrina até o advento da EC nº 45, embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fosse pacífica no sentido de se tratar de norma situada na mesma hierarquia das leis ordinárias. A partir da EC nº 45, de acordo com o quadro abaixo, os tratados internacionais de direitos humanos que forem recepcionados, conforme o *iter* procedimental para aprovação das emendas constitucionais, a elas se equivalerão.

Redação Anterior	Redação Atual
Art. 5º. <i>omissis</i> . Sem correspondente.	Art. 5º. <i>omissis</i> . §3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

A ratificação de um tratado internacional implica o reconhecimento de uma ordem jurídica internacional pelo direito interno. Surgem, como aponta Celso de Albuquerque Mello, problemas doutrinários “que consistem em sabermos qual o tipo de relações que [o direito

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 88 e ss.

internacional e o direito interno] mantêm entre si”.¹⁶ A doutrina, dessa forma, se divide quanto ao dualismo e ao monismo.

Para os adeptos do dualismo, direito interno e direito internacional são dois sistemas independentes, cada qual tratando seu respectivo âmbito de atuação: o direito interno se preocupa com as relações intraestatais e o direito externo com as relações entre os Estados e os demais protagonistas internacionais.¹⁷ Os autores monistas apontam para uma convergência harmônica entre o direito internacional e o direito interno, afinal o Direito constitui um sistema e não pode ser visualizado de forma isolada.¹⁸ No entanto, quando surgem conflitos entre os dois regimes, deve-se optar pela primazia da ordem interna ou da ordem internacional.

Para a solução desse problema, surgiram duas correntes dentro do monismo: para uns, há prevalência da ordem jurídica internacional (*monismo internacionalista*); para outros, a interna (*monismo nacionalista*). Para os adeptos do *monismo internacionalista* – cujo maior expoente foi Hans Kelsen – o direito internacional é hierarquicamente superior, ficando o direito interno a ele subordinado. De outro lado, o *monismo nacionalista* se firma na soberania absoluta do Estado ao pregar o primado do direito interno, o que se justifica por inexistir uma autoridade supraestatal no âmbito internacional, implicando, assim, na liberdade dos Estados em lidar com suas obrigações internacionais e decidir sobre os modos de execução¹⁹. A adoção do direito internacional, neste último caso, seria mera discricionariedade, prendendo-se a um verdadeiro “culto” à Constituição, nas palavras de Francisco Rezek.²⁰

A opção pelo dualismo ou monismo refletirá na corrente à qual o intérprete se filiara

¹⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 109.

¹⁷ O dualismo se desdobra em: a) *dualismo radical* – admite-se a incorporação do tratado ao direito interno, desde que seja por meio de uma lei, sem a qual o tratado não surte efeito; b) *dualismo moderado* – para a incorporação do tratado basta o rito procedimental complexo (ato do Executivo – confirmação do Legislativo – ratificação – decreto), que é o adotado no Brasil. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 212.

¹⁸ De acordo com Cançado Trindade, as duas ordens (internacional e nacional) se harmonizam porque apontam na mesma direção: possuem o “propósito comum de proteção da pessoa humana”. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. v. I, p. 506.

¹⁹ MACHADO, Patrícia Ferreira. **A Constituição e os tratados internacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 44-45.

²⁰ REZEK, J. F. **Direito internacional público: curso elementar**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 05.

quando se deparar com um tratado relativo a direitos humanos: a) tratado internacional com *status* de lei ordinária (antiga posição do STF); b) sua natureza constitucional; c) natureza de emenda constitucional (§ 3º do art. 5º da CF/88, introduzido pela EC nº 45/2004); d) sua natureza supralegal (novo posicionamento do STF).

2.2.1 Tratados Internacionais com status de lei ordinária

Em um primeiro momento, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acompanhou a vertente doutrinária majoritária, adotando, a partir de 1977, na ocasião do julgamento do RE 80.004-SE, o entendimento segundo o qual todo tratado internacional ratificado e incorporado ao direito interno possui natureza de lei ordinária.

Este posicionamento foi confirmado, ainda sob a vigência da nova Constituição, nos julgamentos do HC 72.131-1-RJ, em 1995, e, definitivamente, da medida cautelar na ADI 1.480-3, em 1997. Diante da relevância dessas duas decisões, é interessante a leitura dos seguintes trechos de suas ementas:

‘HABEAS CORPUS’. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR COMO DEPOSITÁRIO INFIEL. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. ‘Habeas corpus’ indeferido, cassada a liminar concedida.²¹

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. [...] PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (‘lex posterior derogat priori’) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes [...].²²

²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 72.172-1-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 23-11-1995, Diário de Justiça, Brasília, 01ago. 2003.

²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 1480, Relator Min. Celso de Mello, julgamento em 04set.1997, Diário de Justiça, Brasília, DF, 18maio.2001.

A principal razão da tese da paridade entre tratado internacional de direitos humanos e a lei ordinária está em reconhecer a primazia do direito interno sobre a ordem jurídica internacional. O fundamento para tal entendimento é a soberania absoluta do Estado, embora isso não implique dizer que os tratados, uma vez ratificados, sejam despidos de normatividade. Ao contrário, situam-se no mesmo nível hierárquico das leis ordinárias. No entanto, havendo conflito com a Constituição, até mesmo no caso de o tratado prever um direito fundamental mais abrangente e intenso, a norma prevalecente continuará sendo a do direito interno (monismo nacionalista).

2.2.2 Natureza de Norma Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos

Em que pese a jurisprudência já pacificada no STF, alguns doutrinadores como, v.g., Flávia Piovesan, Cançado Trindade e Valério Mazzuoli insistiam na tese da natureza constitucional dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos. A tese da materialidade constitucional desses instrumentos revela, assim, uma posição monista internacionalista: o que está em jogo é a prevalência da norma internacional de direitos humanos. Por esse prisma, a soberania nacional deixa de ser considerada absoluta, devendo a ordem jurídica interna compatibilizar-se com os sistemas internacionais de proteção de direitos humanos, em especial o interamericano, no caso brasileiro.

Segundo os defensores dessa corrente, chega-se a tal conclusão por ter a Constituição de 1988 colocado como fundamento da República a dignidade da pessoa (art. 1º, III) e seu principal objetivo, a construção de uma sociedade justa (art. 3º, I). Esses princípios tanto valem para a ordem jurídica interna quanto para a externa, uma vez que o Estado regerá suas relações internacionais tendo como guias a cooperação com outros sujeitos internacionais (art. 4º, IX) e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II).²³

O objetivo do § 2º do art. 5º da CF/1988, na colocação de Ingo Sarlet, é consagrar o princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais, cujo escopo não é a restrição, e sim a ampliação e o complemento do catálogo de direitos fundamentais, de forma a integrar a

²³ Pedro Dallari, ao analisar o *princípio da prevalência dos direitos humanos* e o § 2º do art. 5º da CF/88, expõe que o Brasil tem duas preocupações na efetivação desses direitos: uma no âmbito da comunidade internacional, outra no âmbito interno. Propõe, então, uma “plena integração das regras de tais sistemas à ordem jurídica de cada Estado”. DALLARI, Pedro. **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 162.

ordem constitucional interna com a comunidade internacional.²⁴

Busca-se, conforme destaca Nestor Sagiés, não uma destruição, mas uma conciliação das esferas internacional e interna, mediante o uso de uma interpretação sistemática.²⁵ Por essa razão, se um tratado conceder a um particular um direito fundamental mais intenso do que o contemplado na Constituição ou uma norma infraconstitucional, deve prevalecer o direito do tratado. No mesmo sentido aponta Valério Mazzuoli, quando defende o primado dos tratados internacionais de direitos humanos.²⁶

Quando veicular normas de direitos humanos, o direito internacional passa a integrar o direito interno na mesma hierarquia das demais normas constitucionais que tratem de direitos fundamentais. O § 2º do art. 5º representaria, para os monistas internacionalistas, uma cláusula de abertura, o que significa dizer que a própria Constituição permite que todo tratado de direitos humanos ratificado pelo Legislativo ingresse no ordenamento jurídico interno pelo andar mais alto do sistema jurídico brasileiro.

Considerando-se que a ordem jurídica internacional é caracterizada pela coordenação entre os sujeitos internacionais, o dogma da soberania torna-se “inteiramente inadequado ao plano das relações internacionais”, segundo afirma Cançado Trindade.²⁷ Assim, seria possível afastar o sistema jurídico internacional de proteção dos direitos humanos sob o argumento de que a soberania do Estado brasileiro sobreporia a Constituição diante de qualquer outro diploma normativo.

A soberania dos Estados, para essa corrente, não é absoluta, sendo relativizada pelos direitos humanos, pois, quando um Estado opta por ingressar em um sistema internacional de proteção dos direitos humanos, ele flexibiliza sua soberania, passando esta a harmonizar-se

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 141.

²⁵ SAGÜÉS, Néstor Pedro. **La interpretación judicial de la Constitución**. 2. ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2006, p. 211-213.

²⁶ “O Brasil, no que diz respeito aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, como se depreende do § 2º, do art. 5º, da sua Carta Magna, adotou o *monismo internacionalista* apregoado por Hans Kelsen, posto que a Constituição brasileira contém um preceito por força do qual o direito internacional dos direitos humanos deve valer como parte integrante da ordem jurídica interna, com o *status* de norma constitucional.” MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 224.

²⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de

com a ordem jurídica externa. É o que acontece com o Brasil: encontra-se vinculado ao sistema interamericano de direitos humanos (Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos) na qualidade de Estado-Membro da Organização dos Estados Americanos, ao sistema global (ONU) e, não se poderia deixar de mencionar, ao Tribunal Penal Internacional (outra inovação da EC nº 45).

A defesa do caráter absoluto da soberania impede a eficácia plena das normas contempladoras de direitos humanos na ordem interna. Sob esse prisma, a ordem jurídica interna estaria sempre sobreposta ao direito internacional e o Estado poderia recusar a validade dessas normas sob o argumento de que desnaturam o princípio da Supremacia da Constituição e, de igual modo, da soberania nacional.

Esta foi a interpretação consolidada no julgamento do HC 72.131 pelo STF, cuja tese prevalecente, conforme visto anteriormente, foi a da prevalência da soberania estatal e, conseqüentemente, da supremacia constitucional. Entretanto, não foi levado em conta pelo STF que os direitos fundamentais são o fim do Estado e, por esse motivo, devem ser interpretados *pro homini*, portanto, acima da legislação infraconstitucional.²⁸

Já no caso de conflito entre as normas do tratado e o direito interno, a doutrina que defende o *status* constitucional dessas normas dá prevalência àquela mais favorável à dignidade da pessoa humana.²⁹ É o que se depreende do conflito entre o art. 7º, item 7, do Pacto de San José e o art. 5º, LXVII, da CF/88 – proibição de prisão do depositário infiel.

Não é convincente o argumento da Supremacia da Constituição sobre a ordem internacional, fundada na soberania estatal, uma vez que os direitos humanos, por serem a finalidade essencial do Estado, se sobrepõem ao primado do direito interno. Em que pese a robusta fundamentação dessa corrente, o Supremo Tribunal Federal com ela não se filiou, apesar de ter reformulado sua antiga concepção sobre a paridade do tratado internacional com a legislação ordinária.

Janeiro: Renovar, 2002, p. 1046.

²⁸ SAGÜÉS, Néstor Pedro. **La interpretación judicial de la Constitución**. 2. ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2006, p. 213.

²⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 653. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p. 143.

2.2.3 Natureza de Emenda Constitucional

Em meio ao debate quanto ao *status* dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito interno, se de caráter infraconstitucional ou constitucional, a EC n.º 45 acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição, pondo fim à discussão sobre a natureza desses tratados internacionais. A partir do novel texto constitucional, essas normas passaram a contar, ao mesmo tempo, com um aspecto formal e materialmente constitucional, desde que aprovadas por meio de procedimento mais dificultoso (aprovação em dois turnos pelas Casas Legislativas do Congresso Nacional e por três quinto dos votos de seus membros). Assim, respeitado este procedimento, estas normas adquirem o caráter de emenda constitucional.

Por um lado, conforme o entendimento de Ingo Sarlet, a introdução do § 3º ao artigo 5º da Constituição assegura uma hierarquia constitucional aos tratados que tratem de direitos humanos, pois a incorporação como emenda constitucional impede a “supressão e esvaziamento” desses direitos por nova reforma.³⁰ De forma semelhante, Francisco Rezek também considera resolvida a questão em torno da natureza desses tratados: caberá ao Congresso identificar se eventual tratado contempla prescrições humanitaristas para, então, aprová-lo segundo o rito das emendas constitucionais.³¹

Por outro lado, a posição doutrinária sobre a materialidade desses atos internacionais já dispensava qualquer possibilidade de alteração formal na Constituição. Tratava-se de problema interpretativo solucionável pelos seguintes fundamentos: a) pela adoção do princípio *pro homini*; b) pela rejeição do caráter absoluto da soberania; e c) na adoção da teoria monista internacionalista.

Além disso, outro importante fator deve ser levado em conta: ainda não se sabe como o Congresso Nacional irá aplicar o § 3º do artigo 5º. Se ele efetivamente vier a aprovar todos os tratados de direitos humanos sob o rito das emendas constitucionais, o problema se resolve em parte. Será uma resolução parcial porque os tratados anteriormente incorporados continuariam com o *status* infraconstitucional para os adeptos da corrente nacionalista. Se, por outras razões, o Congresso não aplicar o novo rito, então a problemática ressurgirá: apesar

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 154.

de veicularem direitos humanos, a não adoção do rito das emendas constitucionais retira-lhe o caráter formalmente constitucional.

Percebe-se, desse modo, que a *Reforma do Judiciário*, neste ponto, foi tautológica: em ambas as situações apresentadas, a problemática se resolve com a aplicação do art. 5º, § 2º – o que implica no retorno à antiga discussão sobre a interpretação da cláusula de abertura.

Como se observa, o acréscimo do § 3º ao artigo 5º está longe de resolver a discussão, como pretende Francisco Rezek. Embora sejam importantes as considerações de Ingo Sarlet, deve-se entender, ao contrário de sua tese, que o novo dispositivo supracitado é inconstitucional porque dificulta a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos. Assim, por piorar a aplicabilidade de normas veiculadoras de direitos humanos, a EC nº 45 viola o *Princípio da Proibição do Retrocesso*.

A *Proibição do Retrocesso*, convém esclarecer, é referida por Canotilho apenas em relação aos direitos sociais. Nas palavras do jurista português, o núcleo essencial dos direitos sociais já efetivado por medidas infraconstitucionais deve ser garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que “se traduzam, na prática, de uma ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial.”³²

Entretanto, ela se amolda perfeitamente à matéria aqui estudada, como um reforço ao princípio *pro homini*, como bem destaca Nestor Sagüés, ao se referir ao *Princípio da Proibição do Retrocesso* ou *Princípio de Não Regressão*: tal princípio impede que o Estado edite “normas futuras que apaguem ou reduzam essencialmente um direito humano já reconhecido previamente por ele”.³³ Por essa razão, a incorporação desses tratados dispensaria uma aprovação legislativa mais rigorosa. E, sendo assim, nítida a inconstitucionalidade material do § 3º do art. 5º da Constituição.

De modo diverso, entretanto, entende o STF. Após a criação do art. 5º, § 3º, da Constituição, os tratados internacionais de direitos humanos passaram a adquirir a seguinte hierarquia:

³¹ REZEK, J. F. **Direito internacional público**: curso elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 152-153.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 336-337.

³³ SAGÜÉS, Néstor Pedro. **La interpretación judicial de la Constitución**. 2. ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2006, p. 213.

- a) tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito interno *antes da vigência da EC 45* – natureza de norma supralegal;
- b) tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito interno *em único turno pelo Congresso Nacional durante a vigência da EC 45* – natureza de norma supralegal;
- c) tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito interno *pelo quorum qualificado e em dois turnos pelo Congresso Nacional durante a vigência da EC 45* – natureza de emenda constitucional.

2.2.4 Atual posicionamento do STF: natureza de Norma Supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados antes da EC nº 45

Se a discussão doutrinária e jurisprudencial há muito tempo girava em torno do caráter legal ou constitucional dos tratados de direitos humanos, a inovação da EC nº 45 tentou pôr fim a essa questão. Se o Congresso Nacional vai adotar o novo rito nos tratados vindouros, ainda não se sabe. A par dessa divergência, surge no âmbito jurisprudencial, mais especificamente dentro do Supremo Tribunal Federal, um novo conceito sobre a natureza jurídica dessas normas internacionais.

A partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343, o STF firmou o entendimento quanto ao caráter supralegal dos tratados de direitos humanos apreciados pelo Congresso Nacional sem o rito das emendas constitucionais. Merece destaque trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, que sinalizou para a mudança de paradigma do STF:

É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano. Como enfatiza Cançado Trindade, “a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados internacionais de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central”. Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internacionalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da

Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-lei nº 911, de 1º de janeiro de 1969. Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada.³⁴

A partir desse *leading case*, o STF passou a conceder ordens de *habeas corpus* nos casos de prisão civil de depositário infiel, conforme se depreende da jurisprudência abaixo:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL OU DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF (INFORMATIVO/STF 531). CONCESSÃO DA ORDEM. I - O Plenário desta Corte, na sessão de julgamento de 3 de dezembro do corrente ano, ao julgar os REs 349.703 e 466.343, firmou orientação no sentido de que a prisão civil por dívida no Brasil está restrita à hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia. II - Ordem concedida.³⁵

DIREITO PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A matéria em julgamento neste habeas corpus envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional. 2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. 3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, §2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. 4. Habeas corpus concedido.³⁶

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 03 dez. 2008, Pleno, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 04 jun. 2009.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 92817, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 16 dez. 2008, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 13 fev. 2009.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 95967, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 11 nov. 2008, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 28 nov. 2008.

Os tratados internacionais de direitos humanos incorporados anteriormente à EC n.º 45 teriam o atributo da supralegalidade, decorrendo dessa característica especial não a revogação da legislação infraconstitucional conflitante com o tratado, mas a paralisação de sua eficácia. O caso concreto, conforme se observa desses julgamentos, diz respeito à prisão civil do depositário infiel.

Firme neste entendimento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal aprovou a Proposta de Súmula Vinculante n.º 31, que consolida o entendimento segundo o qual a ratificação do Pacto de San José pelo Brasil, em 1992, suspendeu a eficácia do Decreto-lei nº 911/69, por prevalecer a norma protetiva mais intensa do tratado internacional.³⁷

Apesar de o STF não admitir o caráter constitucional pregado pela doutrina de Cançado Trindade e Flávia Piovesan, nem ter considerado o §3º do art. 5º da Constituição um retrocesso, percebe-se um ligeiro progresso da jurisprudência dessa Corte ao colocar os tratados internacionais de direitos humanos num degrau acima da legislação infraconstitucional.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal constrói uma ponte hermenêutica entre o monismo nacionalista e o monismo internacionalista. Conseqüentemente, inaugura-se no direito brasileiro uma nova hierarquia normativa na tentativa de compatibilizar a ordem interna com a proteção internacional de direitos humanos.³⁸

Assim, no topo da pirâmide normativa estaria a Constituição Federal e os tratados internacionais de direitos humanos incorporados segundo o rito do seu art. 5º, §3º; abaixo dela, os tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo Congresso Nacional em único turno e pela maioria simples; depois, a legislação ordinária.

³⁷ Proposta de Súmula Vinculante n.º 31 – “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do STF. Prisão civil de depositário infiel e progressão de regime em crime hediondo são tema de duas novas súmulas vinculantes. 16dez.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=117926&caixaBusca=N>>. Acesso em 28dez.2009.

³⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Estado constitucional de Direito e a nova pirâmide normativa**. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 25-26.

Conclui-se, portanto, que a norma infraconstitucional deve guardar compatibilidade vertical tanto com os tratados de direitos humanos, quanto com a Constituição. Se incompatíveis com a norma internacional, suspende-se sua eficácia, tendo em vista a especialidade desse tipo de norma jurídica.

2.3 Submissão à Jurisdição do Tribunal Penal Internacional

A harmonização do direito brasileiro com o direito externo não é algo totalmente novo no seio da Constituição de 1988. É verdade que a *Reforma do Judiciário* resultou na criação de dois novos parágrafos no art. 5º da Constituição: o § 3º, que inseriu novo rito de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, para que eles tenham real natureza constitucional; e o § 4º, que submete o Estado brasileiro à jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Veja-se, a propósito, a nova redação constitucional:

Redação Anterior	Redação Atual
Sem correspondente.	Art. 5º. <i>omissis</i> . §4º. O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Ressalta-se que desde a sua redação original, a Constituição contemplava, no art. 4º, os princípios que regem o Estado brasileiro nas suas relações internacionais, dentre eles a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II). Além desses princípios, o art. 7º do ADCT, igualmente desde 1988, já reforçava a compatibilização do sistema jurídico interno à sistematização internacional dos direitos humanos, mais especificamente à formação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos.³⁹

Faz-se necessário elucidar que, perante o sistema regional americano, o Brasil já era signatário da Organização dos Estados Americanos (OEA) antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, pois, desde a criação da Convenção Americana sobre Direitos em 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), o Estado brasileiro já manifestara a intenção de se submeter à Corte Interamericana de Justiça, na ocasião instituída.

³⁹ ADCT. “Art. 7º. O Brasil propugnará pela formação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos.”

Ocorre que o Brasil somente efetuou o depósito de ratificação da Convenção em 25 de setembro de 1998, submetendo-se à Corte Interamericana apenas a partir de 8 de novembro de 2002 – data da publicação do Decreto n.º 4.463, que promulgou a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana. Diante disso, verifica-se que o § 4º do art. 5º da Constituição está longe de ser uma norma pioneira. Além da previsão constitucional da recepção de tribunais internacionais sobre direitos humanos (art. 7º, ADCT c/c art. 4º, II, CF), o Estado brasileiro já tinha adotado a jurisdição do Tribunal Penal Internacional quando houve a ratificação do Tratado de Roma com a promulgação do Decreto n.º 4.388/2002.

Sobre a criação do Tribunal Penal Internacional, esclarece-se que ele tem por objetivo o julgamento de crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão. O TPI somente poderá julgar os fatos ocorridos após a entrada em vigor do Estatuto de Roma. Quanto à tipificação dos crimes e às regras processuais, elas serão objeto de aprovação pela maioria de dois terços da Assembleia dos Estados-Partes. A doutrina aponta alguns pontos do Estatuto de Roma que poderiam entrar em conflito com o sistema jurídico interno:⁴⁰

- a) *pena de prisão perpétua*: o próprio Estatuto de Roma prescreve, em seu art. 80, que o seu regime de aplicação não prejudicará a disciplina já prevista na legislação dos Estados signatários;
- b) *entrega de nacionais*: não se deve confundi-la com a extradição, que é vedada pelo art. 5º, LV, da Constituição. Por meio daquela, o Estado brasileiro se compromete a entregar o réu a um tribunal internacional, desde que esteja sujeito à sua jurisdição – diferentemente do que ocorre com a extradição, que é a entrega do cidadão a uma jurisdição estrangeira;
- c) *crimes imprescritíveis*: a imprescritibilidade de algumas infrações penais é admitida pelo próprio art. 5º, em seus incisos XLII e XLIV, que trata dos crimes de racismo e dos decorrentes de ações de grupos armados contra a ordem

⁴⁰ HABER, Lilian Mendes. Submissão à jurisdição do tribunal penal internacional. In: VELOSO, Zeno; SALGADO, Gustavo Vaz (Coord.). **Reforma do judiciário comentada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 11-18, p. 15-18.

constitucional e democrática. A prescrição penal é um instituto que garante ao cidadão uma proteção contra eventuais arbitrariedades do Estado, uma vez que a persecução penal é privativamente estatal. Incluir mais crimes além do rol originalmente previsto na Constituição termina por afetar negativamente as garantias constitucionais dos indivíduos, razão pela qual os dispositivos do Estatuto de Roma que tratam desse ponto merecem uma análise mais cuidadosa pelo intérprete.

d) desconsideração das imunidades e prerrogativas de foro: apesar de aparentemente conflitante com a Constituição, a desconsideração das imunidades e prerrogativas de foro devem ser encaradas como um desdobramento lógico próprio do regime internacional de proteção dos direitos humanos: a imunidade constitucionalmente prevista refere-se à jurisdição interna ou à estrangeira, mas não à jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos.

Verifica-se, desse modo, que o Poder Constituinte Originário dotou a Constituição de um espírito de cooperação internacional, prevalecendo na seara internacional os interesses relativos aos direitos fundamentais sobre a perspectiva neoliberal globalizante, cujo núcleo legitimador se encontra muito distante da satisfação dos direitos humanos. A inclusão do § 4º no art. 5º da Constituição, pelo Poder Constituinte Derivado, apenas veio ressaltá-lo.

3 REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO

A *Reforma do Judiciário* teve por objetivos: maior celeridade processual, transparência nas sessões judiciais e administrativas, maior preparo e lisura dos magistrados, reestruturação interna destinada a uma redemocratização. Essas finalidades têm por fundamento tornar o serviço prestado pelos órgãos jurisdicionais mais céleres, transparentes e longe de influências externas que poderiam afetar o livre convencimento do magistrado. Isso decorre da independência do juiz, cujo sentido é garantir às partes uma decisão judicial imparcial, estritamente vinculada ao Direito vigente e apta a realizar a *justiça*.

Na contramão do espírito do Poder Constituinte, o Conselho Nacional de Justiça e a Súmula Vinculante, por conferirem poderes em demasia ao Supremo Tribunal Federal, sem que haja um controle sobre suas novas prerrogativas, apresentam-se como institutos característicos de Estados de Exceção, e não de Estados Democráticos de Direito. Essas características serão abordadas no *Capítulo 4*.

Em razão da grande quantidade de inserções no texto constitucional, optou-se por dividi-las em três núcleos: modificações orgânicas (*item 3.1*), modificações funcionais (*item 3.2*) e modificações processuais (*item 3.3*) – o que será visto adiante.

3.1 Modificações Orgânicas

As alterações da EC nº 45 aqui abordadas estão relacionadas à organização da estrutura do Poder Judiciário. Segue, a seguir, o estudo comparativo entre a redação anterior e a atual, bem como a análise jurisprudencial pertinente a cada matéria.

3.1.1 Conselhos da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho

Foram criados no âmbito da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho os respectivos Conselhos Superiores, que funcionam como órgão central dessas justiças. Suas decisões revestem-se de caráter vinculante, competindo-lhes a supervisão administrativa e orçamentária em primeiro e segundo graus de jurisdição. O primeiro funcionará perante o Superior Tribunal de Justiça, enquanto o segundo perante Tribunal Superior do Trabalho. É oportuna a leitura dos dispositivos constitucionais:

Redação Anterior	Redação Atual
<p>Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:</p> <p>Parágrafo único. Funcionará junto ao Superior Tribunal de Justiça o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe, na forma da lei, exercer a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus.</p>	<p>Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:</p> <p>Parágrafo único. Funcionarão junto ao Superior Tribunal de Justiça:</p> <p>II - o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema e com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante.</p>
<p>Sem correspondente.</p>	<p>Art. 111-A. <i>omissis</i>.</p> <p>§ 2º Funcionarão junto ao Tribunal Superior do Trabalho:</p> <p>II - o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema, cujas decisões terão efeito vinculante.</p>

Desde 1992, o Conselho da Justiça Federal já funcionava, por previsão expressa da Lei n.º 8.472/92. O que a EC n.º 45 inovou foi dotá-lo de poder correicional e atribuir efeito vinculante às suas decisões, constitucionalizando-o.

Quanto ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho, não obstante o art. 111-A, § 2º, II, condicionar o seu funcionamento à edição de lei ordinária, o art. 6º da EC n.º 45 determinou a

sua instalação pelo Tribunal Superior do Trabalho dentro do prazo de cento e oitenta dias, enquanto não promulgada a referida lei. Portanto, até que ela surja, o TST tem o poder de regulamentar a matéria por meio de resolução.

3.1.2 *Justiça Itinerante e Câmaras Regionais*

As inovações incorporadas aos arts. 107, 115 e 125 visam a aproximar fisicamente o Poder Judiciário de seus jurisdicionados, de forma a permitir o acesso à justiça aos menos favorecidos e às pessoas que se encontram em localidades distantes da comarca.¹ Tais normas são de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não necessitando de lei para surtirem efeitos, apenas resolução dos tribunais. A seguir, a transcrição da previsão constitucional:

Redação Anterior	Redação Atual
Sem correspondente.	<p>Art. 107. <i>omissis</i>.</p> <p>§ 2º Os Tribunais Regionais Federais instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.</p> <p>§ 3º Os Tribunais Regionais Federais poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.</p>
Sem correspondente.	<p>Art. 115. <i>omissis</i>.</p> <p>§ 1º Os Tribunais Regionais do Trabalho instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções de atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.</p> <p>§ 2º Os Tribunais Regionais do Trabalho poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.</p>

¹ FIGARO, André Domingues. **A reforma do Judiciário**: emenda constitucional 45. São Paulo: Premier Máxima, 2005, p. 39 e ss.

Sem correspondente.	<p>Art. 125. <i>omissis</i>.</p> <p>§ 6º O Tribunal de Justiça poderá funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.</p> <p>§ 7º O Tribunal de Justiça instalará a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.</p>
---------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

A EC n.º 45 trouxe a obrigatoriedade de instalação da Justiça Itinerante por cada Tribunal Regional Federal, Tribunal Regional do Trabalho e Tribunal de Justiça, nos limites de sua jurisdição. As novas normas dispõem sobre a Justiça Itinerante, que pode ser analisada de acordo com uma dupla perspectiva:

- 1) *Justiça Itinerante propriamente dita*: deve ser compreendida como a facilitação do acesso à jurisdição, por meio da realização de audiências ou quaisquer outras atividades jurisdicionais no primeiro grau de jurisdição. Desse modo, para realizar os deslocamentos, o Poder Judiciário poderá utilizar equipamentos comunitários ou de órgãos públicos de quaisquer dos Poderes, tais como prédios públicos, veículos e embarcações, se necessário;
- 2) *Câmaras Regionais*: o acesso à jurisdição é facilitado no plano recursal. Neste ponto, a EC n.º 45 confere discricionariedade aos TRFs, TRTs e TJs para a descentralização das suas funções, mediante a instalação dessas Câmaras. Elas são, na verdade, um complemento à Justiça Itinerante, pretendendo a Reforma do Judiciário efetivar o pleno acesso à justiça em todas as fases do processo, tanto no primeiro quanto no segundo grau de jurisdição.

Convém esclarecer que, embora a ideia da Justiça Itinerante se aproxime da função dos Juizados Especiais, com estes não se confundem. O Tribunal poderá adotar um modelo de Juizado Móvel, mas também poderá deslocar as atividades de uma Vara, por exemplo.

Assim, pode-se concluir que a Justiça Itinerante de primeiro grau (*Justiça Itinerante propriamente dita*) é obrigatória, enquanto a descentralização da atividade de segundo grau de jurisdição (por meio da Câmara Regional) é complementar, possuindo os mencionados Tribunais discricionariedade para tanto.

3.1.3 Composição do Órgão Especial dos Tribunais

A EC n.º 45, de acordo com o quadro abaixo, modificou a composição e funcionamento dos Órgãos Especiais, cuja previsão constitucional tem como vetor a agilização das atividades dos Tribunais. Tais Órgãos são criados somente quando o Tribunal apresenta composição numerária superior a vinte e cinco julgadores e destina-se à apreciação de matérias jurisdicionais e administrativas afetas à competência do Pleno. A regra de composição mínima não foi alterada, mas às referentes ao provimento das vagas e delegação de competência foram modificadas. Confira-se, por ser oportuno, o quadro comparativo da alteração constitucional:

Redação Anterior	Redação Atual
<p>Art. 93. <i>omissis</i>.</p> <p>XI - nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais da competência do tribunal pleno;</p>	<p>Art. 93. <i>omissis</i>.</p> <p>XI nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno;</p>

Se antes o Órgão Especial era composto apenas pelos desembargadores mais antigos, a nova regra determina que metade das vagas seja proveniente do critério da antiguidade e a outra metade seja preenchida por eleição do Pleno. Além disso, a delegação das competências do Pleno aos Órgãos Especiais, que antes era automática, passou a depender de delegação específica. Entretanto, a regra do art. 97, CF, não sofreu alteração, de forma que eles continuam com competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo – mas agora é necessário que o Pleno expressamente lhes determine as matérias apreciáveis.

Os Tribunais, a partir da Resolução nº 16/2006 do Conselho Nacional de Justiça, terão de se adaptar ao novo regramento constitucional. Além de dispor sobre a impossibilidade de recusa do encargo ao magistrado eleito, salvo se ocorrer manifestação expressa antes da eleição, o Órgão Especial deverá atender ao disposto no art. 94, CF. Para isso, devem reservar um quinto das vagas a advogados e a representantes do Ministério Público. A regra do quinto constitucional deve ser observada na composição pelos dois critérios, ou seja, tanto na antiguidade, quanto na eleição.

3.1.4 Orçamento dos Tribunais, do Ministério Público e das Defensorias Públicas

Os Tribunais (art. 99, CF/1988), o Ministério Público (art. 127, CF/1988) e as Defensorias Públicas (art. 134, CF/1988) receberam tratamento igualitário no que se refere à proposta orçamentária. A chamada autonomia orçamentária consiste na possibilidade de encaminhamento de proposta orçamentária ao chefe do Poder Executivo, dentro dos limites da lei de diretrizes orçamentárias. O encaminhamento das propostas, de acordo com os artigos 99, 127 e 134 da Constituição, encontra-se esquematizado logo abaixo:

- a) *Orçamento dos Tribunais:* i) No âmbito da União: encaminhamento ao Presidente da República pelos Presidentes do STF, do TST, do TSE, do STJ e do STM, com aprovação dos respectivos Tribunais; ii) No âmbito dos Estados, Distrito Federal e Territórios: encaminhamento ao Governador pelos Presidentes dos respectivos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos Tribunais.

- b) *Orçamento do Ministério Público:* i) No âmbito do Ministério Público da União: encaminhamento ao Presidente da República pelo Procurador-Geral da República; ii) No âmbito dos Estados, Distrito Federal e Territórios: Encaminhamento aos respectivos Governadores pelos Procuradores-Gerais de Justiça.

- c) *Orçamento da Defensoria Pública:* i) No âmbito da Defensoria Pública da União: encaminhamento ao Presidente da República pelo Defensor-Geral da

União; ii) No âmbito dos Estados, Distrito Federal e Territórios: encaminhamento aos respectivos Governadores pelos Defensores-Gerais.

A proposta formulada deve obedecer a dois critérios:

- a) *Tempestividade*: deve ser apresentada dentro do prazo previsto na lei de diretrizes orçamentárias, sob pena de o Chefe do Executivo levar em consideração os valores aprovados no ano anterior, ajustados aos limites da lei orçamentária;
- b) *Limite legal*: não poderá ser formulada proposta que supere os valores delimitados pela lei de diretrizes orçamentárias, sob pena de o Chefe do Executivo proceder na adequação das quantias aos limites legais. Depois de aprovados os orçamentos desses órgãos, é vedada a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos nas respectivas leis orçamentárias, exceto se forem previamente abertos créditos suplementares ou especiais que as autorizem.

Em suma, pode-se dizer que o Chefe do Executivo deverá realizar cortes nas propostas do Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, o que não acontecia no regime anterior. Todavia, este dever constitucional imposto aos Chefes do Executivo é vinculado tão somente às duas situações acima descritas – intempestividade da apresentação da proposta e proposta com valores além dos limites legais.

3.1.5 Extinção dos Tribunais de Alçada

Por permissão do art. 124, II, da Constituição de 1946, esses tribunais eram de criação exclusiva da Justiça Estadual.² Em estudo sobre o tema, Ives Gandra Martins Filho destaca que a previsão dos Tribunais de Alçada se deu em razão do aumento das apelações interpostas

² CF/1946. “Art. 124. Os Estados organizarão a sua justiça com observância dos arts. 95 a 97 e também dos seguintes princípios: II – poderão ser criados tribunais de alçada inferior à dos Tribunais de Justiça.”

perante os Tribunais de Justiça. Com isso, os recursos cíveis até determinado valor ou os criminais referentes a determinadas penas eram de competência dos Tribunais de Alçada.³

A Constituição de 1967 também disciplinou a possibilidade de os Tribunais criarem os Tribunais de Alçada, restritos a causas de valores limitados e espécies delimitadas por lei, estando seus membros submetidos ao próprio Tribunal.⁴

Por sua vez, a Constituição de 1988, até o advento da EC n.º 45, manteve a possibilidade de criação dos Tribunais de Alçada de forma implícita. Embora não os prevesse expressamente na parte que trata da organização judiciária estadual (art. 125), a antiga redação do art. 93, III, dispunha sobre o acesso dos magistrados de última entrância ao Tribunal de Alçada.⁵ Os Tribunais de Alçada tinham função própria e delimitada pela legislação estadual, ou seja, a iniciativa de projeto de lei para sua criação era restrita ao Poder Judiciário Estadual.

Com a extinção pelo art. 4º da EC n.º 45, seus membros foram incorporados aos respectivos Tribunais de Justiça, porém ficou assegurado o aproveitamento dos antigos servidores ao Judiciário Estadual.

Para tanto, o referido dispositivo determinou o prazo de cento e oitenta dias para que cada Tribunal de Justiça procedesse tais alterações e remetesse, ao Legislativo, proposta de alteração da organização e divisão judiciárias, assim como a disciplina jurídica relativa aos servidores, pensionistas e inativos. A propósito, veja-se o quadro abaixo:

³ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 1, n. 5, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm>. Acesso em 05 abr. 2009.

⁴ CF/1967. “Art. 136 - Os Estados organizarão a sua Justiça, observados os arts. 108 a 112 desta Constituição e os dispositivos seguintes: § 1º - A lei poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça: a) Tribunais inferiores de segunda instância, com alçada em causas de valor limitado, ou de espécies, ou de umas e outras; § 3º - Compete privativamente ao Tribunal de Justiça processar e julgar os membros do Tribunal de Alçada e os Juizes de inferior instância, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral, quando se tratar de crimes eleitorais.”

⁵ CF/1988. “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: III – o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última entrância ou, onde houver, no Tribunal de Alçada, quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça, de acordo com o inciso II e a classe de origem.” CF/1988. “Art. 125. Os Estados organizarão a sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição: § 1º. A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.”

Redação Anterior	Redação Atual
<p>Art.93. <i>omissis</i>. III - o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última entrância ou, onde houver, no Tribunal de Alçada, quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça, de acordo com o inciso II e a classe de origem.</p>	<p>Art.93. <i>omissis</i>. III - o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância.</p>
<p>Sem correspondente.</p>	<p>Art. 4º da EC 45. Ficam extintos os tribunais de Alçada, onde houver, passando os seus membros a integrar os Tribunais de Justiça dos respectivos Estados, respeitadas a antigüidade e classe de origem.</p> <p>Parágrafo único. No prazo de cento e oitenta dias, contado da promulgação desta Emenda, os Tribunais de Justiça, por ato administrativo, promoverão a integração dos membros dos tribunais extintos em seus quadros, fixando-lhes a competência e remetendo, em igual prazo, ao Poder Legislativo, proposta de alteração da organização e da divisão judiciária correspondentes, assegurados os direitos dos inativos e pensionistas e o aproveitamento dos servidores no Poder Judiciário estadual.</p>

Dos Estados da federação, apenas cinco possuíam Tribunais de Alçada: Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, São Paulo e Paraná. Entretanto, à época da promulgação da EC n.º 45, somente existiam nos dois últimos.

3.1.6 Varas Agrárias

A antiga redação do art. 126 permitia aos Tribunais de Justiça a designação de juízes para apreciação de questões agrárias. Todavia, antes mesmo da EC n.º 45, já era possível observar a existência de Varas Agrárias, como é o caso do Estado do Pará, em cuja Lei Complementar Estadual n.º 47/93 havia a previsão da criação de dez dessas varas.⁶ Com a nova redação do referido dispositivo, a criação das Varas Agrárias mediante proposta de lei à Assembleia Legislativa pelo Tribunal de Justiça é uma medida que se justifica, apesar de ser uma matéria de índole processual. Veja-se, abaixo transcrita, a nova normatização constitucional:

⁶ HABER, Lilian Mendes. Instalação das varas especializadas em questões agrárias. In: VELOSO, Zeno; SALGADO, Gustavo Vaz. **Reforma do Judiciário comentada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 256-260, p. 257.

Redação Anterior	Redação Atual
Art. 126. Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça designará juízes de entrância especial, com competência exclusiva para questões agrárias.	Art. 126. Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias.

A constitucionalização das Varas Agrárias tem como pretensão conjugar os *Princípios da Atividade Econômica* relacionados à função social da terra (art. 170, CF) com o julgamento dos conflitos a eles atinentes (art. 126, CF). Sobre essa realidade, faz-se necessário expor algumas considerações preliminares sobre como é tratada a função social da propriedade no sistema constitucional brasileiro.

O direito de propriedade no Brasil pertence à categoria dos direitos fundamentais, consistindo em dever do Estado a sua garantia, em obediência ao art. 5º da Constituição Federal de 1988. A constitucionalização desse direito reflete sua essencialidade à subsistência humana e à manutenção da ordem econômica, mas há quem considere um exagero colocar tal proteção no mesmo plano do direito à vida, por considerar que o homem é tendente a usar seus bens egoisticamente.⁷

Em sentido contrário, Manoel Gonçalves Ferreira Filho situa o direito de propriedade em posição intermediária entre a liberdade e a segurança, “na medida em que torna possível ao indivíduo realizar o que quer, e o resguarda contra a necessidade e a incerteza do amanhã”.⁸

Com a devida vênia, estas concepções sobre o direito de propriedade não são as mais pertinentes: por um lado, retirar todo o poder sobre a coisa terminaria desnaturando a proteção constitucional da propriedade, o que seria inconcebível; por outro, permitir ao proprietário dispor da coisa livre e ilimitadamente importa em retrocesso à concepção individualista da propriedade.⁹

⁷ SILVA, Leandro Ribeiro. **Propriedade rural**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 239-240.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 308.

⁹ A concepção individualista da propriedade teve seu fundamento na Revolução Francesa, cujo direito de propriedade concebido como sagrado e fortemente protegido contra eventuais abusos. Ao extinguir os direitos perpétuos dos senhores feudais, a revolução pretendia proporcionar um caráter democrático à propriedade, mas essa pretensão não se dirigia propriamente aos interesses do povo, mas sim aos interesses políticos burgueses. TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. 2. ed.

A problemática persiste se o intérprete lançar um olhar isolado ao *caput* do artigo 5º da Constituição, pois, ainda que forçadamente, poder-se-ia tomá-lo como um direito absoluto. Entretanto, a Constituição não pode ser interpretada textualmente, menos ainda sem uma sistematização de suas regras e princípios (implícitos, expressos e decorrentes).

Nesse sentido, o direito de propriedade encontra correspondência axiológica com os demais direitos fundamentais arrolados no referido dispositivo constitucional, tendo em vista que o seu exercício deve ser harmonioso com uma função social, princípio intrínseco à própria ideia de direito de propriedade. Aliás, referido princípio é explícito, presente nos artigos 5º, XXIII (função social comum a todas as propriedades), 170, III (função social da propriedade como princípio da ordem econômica),¹⁰ 182, §§ 1º e 2º (princípio restrito à propriedade urbana)¹¹ e 186 (relativo à propriedade rural),¹² todos da Constituição Federal de 1988.

O direito de propriedade, como retratado pela Constituição Cidadã, revela-se balizado com o princípio democrático por não permitir usos extremos da propriedade em prejuízo da sociedade. De um lado, impede o uso ilimitado e abusivo pelo particular (caráter eminentemente liberal) e evita desapropriações fortuitas pelo poder público em prol do *bem comum* (próprias do socialismo); de outro, confere garantias ao exercício, desde que ele não seja desvirtuado da sua função social.

Esta última consequência representa um meio termo no tratamento jurídico da propriedade pelo Estado: consagra a superação de dois extremos (Estado Liberal e Estado Social), com vistas à concretização de uma sociedade fraterna (Estado Democrático de Direito, fundado na solidariedade/fraternidade).

Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p.146-147. MALUF, Carlos. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 59.

¹⁰ CF/1988. “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III – função social da propriedade.”

¹¹ CF/1988. “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º. O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”

¹² CF/1988. “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos

O direito de propriedade deixa de ser enxergado como uma relação entre sujeito e coisa. Assume importância o estabelecimento de um conceito que leve em conta a relação jurídica existente entre um sujeito ativo (o proprietário) e um sujeito passivo indeterminado (toda a coletividade), afinal, esse direito é oponível *erga omnes*. Além disso, o uso deve ser adequado à função social.¹³

O direito de propriedade trata-se, na verdade, de um direito subjetivo fundamental harmonizável com a função social. Por isso, alguns também o denominam como um direito-dever, ou mesmo propriedade-função¹⁴. Aliás, na definição de Eros Roberto Grau e Rosah Russomano, direito subjetivo e função são compatíveis, uma vez que a ordem constitucional não elimina o direito de propriedade, mas sim impõe uma harmonização do exercício concreto da permissão jurídica com o princípio da função social.¹⁵

Mas o que viria a ser exatamente o significado do termo *função social*? Seria um conceito muito abstrato? Carlos Maluf considera impreciso este termo,¹⁶ no entanto, esta crítica não merece êxito, pois, como ensina Canotilho, a vagueza é um dos elementos essenciais de todo princípio jurídico.¹⁷ O princípio em tela não é dotado de ineficácia. Ao contrário, a sua correta interpretação não comporta apreendê-lo tal qual “mera recomendação ao legislador”,¹⁸ mas como um princípio de aplicabilidade imediata, principalmente se se interpretar sistematicamente o inciso XXIII do art. 5º da Constituição com o seu § 1º.

É de se observar, ainda, que o direito de propriedade comporta uma dupla dimensão: o direito propriamente dito e o exercício desse direito. De acordo com Radbruch, a função social não incide sobre o direito em si, mas atua como condicionante do uso da coisa pelo proprietário a uma finalidade social.¹⁹ Complementando esse raciocínio, Eros Grau diferencia função privada e função social da propriedade privada: a primeira reporta-se ao direito de propriedade em si e estaria relacionado ao sustento do proprietário ou de sua família

proprietários e dos trabalhadores.”

¹³ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 609.

¹⁴ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. 2. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 213.

¹⁵ *Ibid.*, p. 211, 217-218.

¹⁶ MALUF, Carlos. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 54.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1087 e ss.

¹⁸ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, *op. cit.*, 2008, p. 235.

¹⁹ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, *op. cit.*, 2008, p. 200.

(chamado de padrão qualificador da propriedade) – neste caso, o princípio da função social não atuaria, muito embora o legislador esteja autorizado a limitar eventuais abusos; já a função social incidiria sobre o uso da propriedade que não extrapolasse o padrão qualificador (como, v.g., a especulação ou acumulação sem destinação ao uso a que se volta).²⁰

Diante disso tudo, verifica-se que a função social da propriedade atua como critério orientador a quatro destinatários:

- 1) *ao proprietário*: tem-se que a Constituição não aboliu o direito à propriedade, nem o direito de propriedade (uso, gozo, fruição, reivindicação), mas a ordem constitucional brasileira reconhece que o individual não pode fechar os olhos às necessidades do outro, pois no atual Estado Democrático de Direito, o princípio da solidariedade serve de vetor hermenêutico à atuação não apenas do Estado, mas também do particular. Assim, a função social incide sobre o exercício do direito, que não pode ser abusivo, nem omissivo ao ponto de contrastar com as necessidades da comunidade local. Nessa perspectiva, ela impõe uma conduta negativa ao particular, consistente em não afetar o meio ambiente e em não abusar da propriedade; mas também determina uma positiva, consistente em harmonizar o exercício dos seus direitos com o desenvolvimento urbano, por exemplo. Em suma, pode-se falar que a função social estabelece um dever de se harmonizar o interesse particular no uso da propriedade com o princípio de solidariedade e de tutela do meio ambiente. Contudo, quando aferida no plano concreto, ela não pode desnaturar o direito fundamental à propriedade e suprimir o interesse individual do proprietário.
- 2) *ao legislador*: orienta a regulamentação legal de limitações ao direito de propriedade. No entanto, não mais submetendo a propriedade individual ao mero interesse público, mas sim ao interesse social pautado na solidariedade e proteção ao meio ambiente, pois quando a Constituição estabelece a solidariedade como vetor hermenêutico, ela está condicionando o legislador a criar normas adequadas a esse entendimento.

²⁰Ibid., 2008, p. 226.

- 3) *ao Executivo*: pode-se afirmar que o uso da propriedade privada não pode ser objeto de conveniência política da administração pública, daí não se poder falar que é o interesse público que orienta as limitações administrativas. O princípio da função social definirá como a administração pública fará uso dos instrumentos legais ao lidar com conflitos fundiários, desapropriações ou intervenções na propriedade.²¹ Assim, cabe ao Estado promover limitações a esse direito, desde que não sejam casuísticas, mas sim pautadas no interesse social, na dimensão traçada pelo ideal de solidariedade e jamais na mera conveniência política.²²
- 4) *ao Poder Judiciário Estadual*: as Varas Agrárias terão competência para abordar os conflitos fundiários, entendidos como os decorrentes das relações entre os homens em razão da terra, ou seja, afeto ao Direito Agrário. Tal ramo do direito pode ser compreendido como o sistema normativo que visa a disciplinar as relações do homem com a terra, cujo objeto seriam os fatos jurídicos que emergem do campo.²³

Em que pese o princípio da função social da propriedade ser bem delineado no plano normativo, a realidade da vida mostra que a temática agrária no Brasil é permeada por desigualdades e exclusões sociais. Como aponta o estudo de Bendito Ferreira Marques,²⁴ a má distribuição das terras resultante do modelo colonial deixou como herança a concentração de extensas áreas de terras cultiváveis nas mãos de poucos.

²¹ Segundo José dos Santos Carvalho Filho, entende-se “por intervenção do Estado na propriedade toda e qualquer atividade estatal que, amparada em lei, tenha por fim ajustá-la aos inúmeros fatores exigidos pela função social a que está condicionada”, cujas modalidades são as seguintes: a) servidão administrativa: uso da propriedade para execução de obras e serviços de interesse coletivo; b) requisição: uso de bens – móveis ou imóveis – e serviços particulares em situação de iminente perigo público; c) ocupação temporária: uso temporário de imóveis como meio de apoio a obras ou serviços públicos; d) limitações administrativas: imposição de obrigações para adequar as propriedades à sua função social; e) tombamento: ato administrativo que restringe o uso da propriedade em razão da sua importância cultural. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 687 e ss.

²² “A vinculação social da propriedade, que legitima a imposição de restrições, não pode ir ao ponto de colocá-la, única e exclusivamente, a serviço do Estado ou da comunidade”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Saraiva: 2008, p. 440.

²³ BORGES, Paulo Tormini. **Institutos básicos do direito agrário**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 14. BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de direito agrário**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 16. MIRANDA, Alcyr Gursen de. **Teoria do direito agrário**. Belém: CEJUP, 1989, p. 39.

²⁴ MARQUES, Benedito Ferreira. Justiça agrária, cidadania e inclusão social. In: BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcyr Gursen de; SOARES, Mário Lúcio Quintão (Org.). **O direito agrário na Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 101-126, p. 101-104.

Somada à insuficiente política agrária e aos problemas decorrentes de movimentos sociais em prol de uma reforma agrária, a instituição de Varas Agrárias é uma alternativa a essa problemática. Uma Justiça Agrária, segundo o referido jurista, serve como instrumento de correção das distorções do sistema fundiário brasileiro, tendo-se à frente juízes especializados e com uma visão social da realidade brasileira.²⁵

No que é pertinente à competência das Varas Agrárias, são exemplos de objeto de apreciação as questões referentes a direito de propriedade rural (domínio, posse, usucapião etc.), registro público dos imóveis rurais, atividades agrárias (lavoura, pecuária, extrativismo, exploração florestal) e agronegócio.

3.1.7 Destinação Vinculada das Custas e Emolumentos

De acordo com a nova disciplina constitucional, abaixo transcrita, tanto no âmbito federal, quanto no estadual, tudo o que for arrecadado com custas e emolumentos deverá ser empregado pelo próprio Judiciário no custeio de serviços ou atividades diretamente relacionadas com a prestação jurisdicional:

Redação Anterior	Redação Atual
Art. 98. <i>omissis</i> . Sem correspondente.	Art. 98. <i>omissis</i> . §2º - As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça.

No julgamento da ADI 3401, o Supremo Tribunal Federal afastou a incidência da norma constitucional supracitada do montante arrecadado a título dos emolumentos extrajudiciais, não ficando estes vinculados ao Judiciário. Eis o teor da ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. [...] 2. Resolução editada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que alterou os percentuais de destinação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registros (Resolução no 196/2005). 3. Ato administrativo com caráter genérico e abstrato. Possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade. Precedentes. [...] 5. Não configurada violação ao art. 98, § 2º da Constituição Federal (com a redação dada pela Emenda Constitucional no 45/2004),

²⁵ Ibid., 2006, p. 101-104.

uma vez que o referido dispositivo constitucional inclui tanto as custas e emolumentos oriundos de atividade notarial e de registro (art. 236, § 2o, CF/88), quanto os emolumentos judiciais propriamente ditos. 6. Caracterizada a violação dos arts. 167, VI, e 168 da Constituição Federal, pois a norma impugnada autoriza o remanejamento do Poder Executivo para o Poder Judiciário sem prévia autorização legislativa. Inconstitucionalidade formal. 7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.²⁶

Antes da inclusão do § 2º ao art. 98 da Constituição, na maioria das vezes os valores arrecadados iam para o Executivo Estadual ou Federal, e não ao Tribunal arrecadador.²⁷ Com a EC n.º 45, esse equívoco ficou corrigido.

3.1.8 Publicidade das Sessões Administrativas e Judiciais

A mudança no inciso X do art. 93 da Constituição pôs fim ao “segredo/sigiloso” no Poder Judiciário, eliminando-se definitivamente uma antiga praxe de não se levar ao conhecimento da sociedade as decisões administrativas.²⁸ Com relação às decisões judiciais, a antiga redação do art. 93, IX, já permitia que a lei limitasse a publicidade se o interesse público exigisse.

Estes dois dispositivos, agora harmônicos, contemplam o *Princípio da Fundamentação da Decisão* (administrativa e judicial), cuja inobservância acarreta a nulidade absoluta do julgamento. A propósito, veja-se o quadro comparativo a seguir:

Redação Anterior	Redação Atual
<p>Art. 93. <i>omissis</i>.</p> <p>IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;</p>	<p>Art. 93. <i>omissis</i>.</p> <p>IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não</p>

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3401, Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 26abr.2006, Pleno, Brasília, DF, Diário de Justiça de 23fev.2007.

²⁷ MASSOUD, Carolina Ormanes. Mudanças no estatuto da magistratura. Destinação das custas e emolumentos. In: VELOSO, Zeno; SALGADO, Gustavo Vaz (Coord.). **Reforma do Judiciário comentada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 91-92, p. 91.

²⁸ MACHADO, Agapito. A nova reforma do Judiciário: PEC n. 45/2004. **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 64-70, jan./mar.2005, p. 67.

X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.	prejudique o interesse público à informação; X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Com a EC n.º 45, a norma constitucional reformulada prescreve que a lei somente restringirá a publicidade do processo se a preservação do direito à intimidade do interessado não prejudicar o interesse público à informação. Assim como ocorreu com a nova disciplina do art. 126, o Poder Constituinte Derivado conferiu sistematicidade entre o direito fundamental à publicidade do processo e o dever de publicidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Quanto ao direito à publicidade do processo, ele encontra-se previsto no art. 5º, LX, da CF/1988. De acordo com a sua redação, a lei somente pode restringir a publicidade processual em casos de defesa da intimidade ou exigência de interesse social.²⁹ Ele era aplicado somente aos processos administrativos tramitados fora do Poder Judiciário, pois perante este Poder as sessões administrativas corriam sob o manto do sigilo. O reformador constituinte, percebendo que essa permissão constitucional dada ao Poder Judiciário (em não mostrar ao público uma sessão administrativa) era inteiramente inadequada aos anseios democráticos, fez bem ao corrigir essa discrepância.

3.1.9 Atividade Jurisdicional Ininterrupta

A partir da EC n.º 45, foram vedadas as férias coletivas nos juízos e tribunais e, nos dias em que não houver expediente forense normal, é obrigatória a presença de juízes em plantão permanente. Confira-se a redação do art. 93, XII, da Constituição de 1988:

Redação Anterior	Redação Atual
Sem correspondente.	Art. 93. XII - a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente;

²⁹ CF/1988. “Art. 5º, LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.”

Apesar dessa proibição, os tribunais de todo o país continuaram a autorizar as férias coletivas, até que, em agosto de 2005, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n.º 3/2005, cujo art. 2º determinava o fim das férias coletivas. Pouco mais de um ano depois, atendendo a reivindicações do Colégio Permanente dos Presidentes de Tribunais de Justiça, do Fórum Permanente dos Corregedores-Gerais da Justiça Federal, da OAB e de diversos Presidentes de Tribunais Regionais Federais, o CNJ resolveu revogar o referido dispositivo por meio da Resolução n.º 24/2006. Com isso, restabeleceram-se as férias coletivas dentro do Judiciário.

Contra esta última resolução, o Procurador-Geral da República, ainda em 2006, ingressou com a ADI 3823 no STF, em razão da literal ofensa ao texto constitucional. Imediatamente, a Ministra Relatora apreciou a Medida Cautelar e suspendeu a vigência da Resolução do CNJ até o julgamento do mérito. Tal decisão terminou referendada pelo Pleno logo em seguida. Sobre essa decisão do STF, de acordo com o voto da Ministra Cármen Lúcia, a nova redação do art. 93, XII, CF contempla o chamado *Princípio da Ininterruptabilidade da Jurisdição* – o que afasta, conseqüentemente, a validade de qualquer norma jurídica que vá de encontro a ele:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. [...] 2. Resolução n. 24, de 24 de outubro de 2006, editada pelo Conselho Nacional de Justiça, que revogou o art. 2º da Resolução n. 3, de 16 de agosto de 2005, fundamento do Ato Regimental n. 5, de 10 de novembro de 2006. 3. Afronta aos arts. 93, inc. XIII, e 103-B da Constituição da República. 4. Princípio da ininterruptabilidade da jurisdição. 5. As regras legais que estabeleciam que os magistrados gozariam de férias coletivas perderam seu fundamento de validade pela promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004. A nova norma constitucional plasmou paradigma para a matéria, contra a qual nada pode prevalecer. Enquanto vigente a norma constitucional, pelo menos em exame cautelar, cumpre fazer prevalecer a vedação de férias coletivas de juízes e membros dos tribunais de segundo grau, suspendendo-se a eficácia de atos que ponham em risco a efetividade daquela proibição. 6. Suspensão, a partir de agora, da eficácia dos dispositivos do Ato Regimental n. 5, de 10 de novembro de 2006, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, e da Resolução n. 24, de 24 de outubro de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, mantendo-se a observância estrita do disposto no art. 93, inc. XII, da Constituição da República. 7. Medida cautelar deferida.³⁰

Logo em seguida a essa decisão, visando a excluir da EC n.º 45 o fim do recesso forense, a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais ingressou com a ADI 3843 em janeiro de 2007. O relator, Ministro Cezar Peluso, entretanto, indeferiu a inicial, sob o

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3823-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgado em 06 dez. 2006, Pleno, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 23 nov. 2007.

argumento de que a ANAMAGES, apesar de formalmente ser uma entidade de classe de âmbito nacional, não representa a categoria inteiramente, e sim somente os juízes estaduais. Assim, por faltar-lhe legitimação ativa para demanda, o pedido foi indeferido. Eis, em síntese, o teor da decisão:

[...] Inviável a demanda. A associação autora, segundo consta de seu estatuto (arts. 1º e 2º), apresenta-se, formalmente, como entidade de classe de âmbito nacional, representativa do corpo de magistrados estaduais. Tal disposição, no entanto, não é suficiente para que se possa dar, sem mais, por sua legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, sob a figura prevista no art. 103, inc. IX, da Constituição da República. [...] Se o ato normativo impugnado mediante ação direta de inconstitucionalidade repercute sobre a esfera jurídica de toda uma classe, não é legítimo permitir-se que associação representativa de apenas uma parte dos membros dessa mesma classe impugne a norma, pela via abstrata da ação direta. Afinal, eventual procedência desta produzirá efeitos *erga omnes* (art. 102, § 2º, da CF), ou seja, atingirá indistintamente todos os sujeitos compreendidos no âmbito ou universo subjetivo de validade da norma declarada inconstitucional. É o caso dos autos. A ANAMAGES representa tão-só – formalmente, pelo menos – o corpo dos magistrados estaduais, ao passo que a norma aqui impugnada é aplicável a todos os membros integrantes do Poder Judiciário, independentemente da ‘Justiça’ ou ramo estrutural a que pertençam. [...] Ante o exposto, **indefiro a inicial** [...].³¹

Até que o plenário do STF se manifeste definitivamente sobre o mérito da ADI 3823, o art. 93, XII, da Constituição continua válido e a Resolução CNJ n.º 24/2006 segue suspensa, portanto vedada a paralisação das atividades do Judiciário.

3.1.10 Nova Organização e Competência da Justiça do Trabalho

As mudanças na Organização e Competência são tão profundas que requerem uma abordagem mais detalhada. Elas se dividem em três grupos:

- a) *alterações no Tribunal Superior do Trabalho;*
- b) *alterações no Tribunal Regional do Trabalho;*
- c) *nova competência da Justiça do Trabalho*, com destaque para o aumento da competência material (em especial ao que se refere à relação de trabalho, dissídios

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3843-DF, Relator Ministro Cezar Peluso, decisão monocrática em 31 mar. 2008, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 09 abr. 2008.

coletivos, greve, conflitos intersindicais e legitimidade do Ministério Público do Trabalho para ajuizar dissídio coletivo em caso de greve em serviços essenciais).

Também foi criado, por meio do art. 3º da EC n.º 45, no âmbito da Justiça do Trabalho, o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas. O FGET tem por finalidade conferir maior efetividade às execuções trabalhistas. De acordo com os Projetos de Lei que tramitam no Senado (PL 246/2005) e na Câmara (PL 4597/2004 e 6541/2006), os recursos do Fundo servirão para assegurar, subsidiariamente, os pagamentos dos créditos decorrentes das sentenças transitadas em julgado da Justiça do Trabalho. Suas receitas virão de diversas fontes, dentre as quais as multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, além daquelas previstas na lei que o disciplinar.

3.1.10.1 Alterações no TST

A redação inicial da Constituição previa o número de vinte e sete juízes no TST, entretanto, a EC n.º 29/99 reduziu para dezessete. A EC n.º 45 restabeleceu a composição originária. A escolha dos juízes (ou ministros) do TST segue a mesma sistemática anterior, com pequenos detalhes modificados. A novidade é que os nomes indicados pelo Tribunal Superior do Trabalho, pelo Ministério Público do Trabalho e pelo Conselho Federal da OAB devem ser aprovados pela maioria absoluta do Senado. Na redação anterior, a aprovação se dava pela maioria simples. Anteriormente, o texto constitucional determinava um número fixo de acordo com a procedência do nomeado: onze juízes de carreira dos Tribunais Regionais do Trabalho, três advogados e três representantes do Ministério Público do Trabalho. Assim, o TST enviaria ao Senado os nomes em listas tríplices. Observe-se, assim, a tabela abaixo:

Redação Anterior	Redação Atual
Art. 111. § 1º. O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de dezessete Ministros, togados e vitalícios, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal, dos quais onze escolhidos dentre juizes dos Tribunais Regionais do Trabalho, integrantes da carreira da magistratura trabalhista, três dentre advogados e três dentre membros do Ministério Público do Trabalho.	Art. 111-A. O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

	<p>I - um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94;</p> <p>II - os demais dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura da carreira, indicados pelo próprio Tribunal Superior.</p>
<p>§ 2º. O Tribunal encaminhará ao Presidente da República listas tríplices, observando-se, quanto às vagas destinadas aos advogados e aos membros do Ministério Público, o disposto no art. 94; as listas tríplices para o provimento de cargos destinados aos juízes da magistratura trabalhista de carreira deverão ser elaboradas pelos Ministros togados e vitalícios.</p> <p>§ 3º. A lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho.</p>	<p>§ 1º. A lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho.</p>

O art. 111-A da Constituição, após a redação dada pela EC n.º 45, silenciou a respeito de como seria o procedimento de escolha dos Ministros do TST. A solução ficou por conta do próprio TST que, por meio da Resolução n.º 1.295/2008, regulamentou a matéria. O processo de escolha dos juízes do TST já foi analisado no *Capítulo 1 (item 1.4.1.4.4)*, ocasião em que foram explicitados os dois procedimentos para a investidura do cargo de Ministro do TST.³²

3.1.10.2 Alterações nos TRTs

Antes da EC n.º 45, a Constituição determinava a obrigatoriedade de pelo menos um Tribunal Regional do Trabalho em cada Estado da federação, prescrição essa que foi excluída da atual redação. De outro lado, manteve o deslocamento da jurisdição trabalhista aos juízes de direito quando na localidade não houver Vara do Trabalho, mas expressamente determinou que os recursos sejam remetidos ao respectivo TRT. A redação anterior do art. 115 não

³² *Vagas de juízes de carreira*: destina-se ao preenchimento da vaga destinada aos Juízes do Trabalho de carreira, que não terá mais um número fixo. Nessa hipótese, o Presidente do TST convocará o Pleno para escolher os nomes. Será formada uma lista tríplice a ser encaminhada à Secretaria da Reforma do Judiciário. Os nomes são levados ao Presidente da República, que fará sua escolha e remeterá Mensagem Presidencial ao Senado Federal para que o candidato seja sabatinado, devendo ser aprovado por maioria absoluta; *Vagas do Quinto Constitucional*: outro procedimento refere-se à indicação dos representantes das outras duas instituições que, com a EC 45, passaram a representar, cada uma, 1/5 (um quinto) do total de membros do Tribunal. Neste caso, o Presidente do TST dará ciência ao MPT ou à OAB, para que elabore uma lista sêxtupla. De posse da lista, o

delimitava o número de juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho. Veja-se, a propósito, a tabela comparativa da reforma:

Redação Anterior	Redação Atual
Art. 112. Haverá pelo menos um Tribunal Regional do Trabalho em cada Estado e no Distrito Federal, e a lei instituirá as Varas do Trabalho, podendo, nas comarcas onde não forem instituídas, atribuir sua jurisdição aos juízes de direito.	Art. 112. A lei criará varas da Justiça do Trabalho, podendo, nas comarcas não abrangidas por sua jurisdição, atribuí-la aos juízes de direito, com recurso para o respectivo Tribunal Regional do Trabalho.
Art. 115. Os Tribunais Regionais do Trabalho serão compostos de juízes nomeados pelo Presidente da República, observada a proporcionalidade estabelecida no § 2º do art. 111. Parágrafo único. Os magistrados dos Tribunais Regionais do Trabalho serão: I - juízes do trabalho, escolhidos por promoção, alternadamente, por antigüidade e merecimento; II - advogados e membros do Ministério Público do Trabalho, obedecido o disposto no art. 94;	Art. 115. Os Tribunais Regionais do Trabalho compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região, e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo: I - um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94; II - os demais, mediante promoção de juízes do trabalho por antigüidade e merecimento, alternadamente.
Sem correspondente.	§ 1º Os Tribunais Regionais do Trabalho instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções de atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários. § 2º Os Tribunais Regionais do Trabalho poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.

Com a nova redação, há previsão expressa para uma composição mínima de sete juízes. Além disso, instituiu limites de idade: mínimo de trinta e máximo de sessenta e cinco anos. Todavia, de forma diferente do que ocorre no TST, a nomeação dos juízes do TRT não contempla a participação do Senado.

Tribunal escolherá apenas três, encaminhando lista tríplice ao Presidente para que escolha um nome e encaminhe Mensagem ao Senado, para que o candidato seja sabatinado.

Cada TRT elabora uma lista tríplice que será enviada ao TST, para que este a encaminhe ao Presidente da República, a quem caberá a nomeação. Um quinto da composição será proveniente da advocacia e do Ministério Público do Trabalho.

Caberá, portanto, ao Presidente do TRT oficiar as referidas instituições para que remetam suas listas sêxtuplas, remanescendo ao Pleno a atribuição de escolher três indicados e remeter a lista tríplice à Secretaria de Reforma do Judiciário. Ela fará exame do processo e o encaminhará ao Ministro da Justiça, que, por meio de Exposição de Motivos, enviará a lista ao Presidente da República para escolha e nomeação do candidato, com posterior publicação de Decreto no Diário Oficial da União.³³

Quanto aos magistrados de carreira, serão escolhidos preferencialmente na respectiva região do Tribunal, por meio de promoção, observados os critérios de antiguidade e merecimento, alternadamente. Nestes casos, o TRT encaminha o nome do Juiz do Trabalho mais antigo, no caso de promoção por antiguidade, ou a lista tríplice, na promoção por merecimento, à Secretaria de Reforma do Judiciário. Ao final, o Presidente escolhe um nome e posteriormente ocorrerá a publicação do Decreto de nomeação do candidato escolhido.³⁴

3.1.10.3 Nova Competência da Justiça do Trabalho

Foi dito no início deste trabalho que a função jurisdicional é única, não comporta divisões e é atribuída determinadamente a todos os órgãos do Poder Judiciário. Mas, ao se levar em consideração a extensão do território, a diversidade de processos e a natureza das demandas, o Poder Judiciário foi organizado em diversos órgãos – as chamadas Justiças – para executarem uma parcela da jurisdição.

Por conta da distribuição das atividades jurisdicionais entre os diversos órgãos judiciários, surge a competência, que significa o dever-poder que uma Justiça terá para

³³ Arts. 84, inciso XVI; 94, parágrafo único; 111, inciso II; 115, incisos I e II, da Constituição Federal, e Resolução nº 6 do Conselho Nacional de Justiça.

³⁴ Arts. 84, inciso XVI; 94, parágrafo único; 111, inciso II; 115, incisos I e II, da Constituição Federal, e Resolução nº 6 do Conselho Nacional de Justiça.

executar a parcela de jurisdição, de acordo com a divisão estabelecida.³⁵ Daí a clássica afirmativa de Liebman, segundo o qual a competência é a quantidade ou medida de jurisdição.

No estudo da competência no processo do trabalho, a doutrina costuma dividi-la, de forma esquemática, em razão do lugar, da função, da matéria e das pessoas.³⁶ Como será analisado a seguir, apenas os dois últimos sofreram alterações com a EC n.º 45.

3.1.10.3.1 Competência Territorial

A competência *ratione loci* é determinada de acordo com a base geográfica onde atua o órgão jurisdicional. A Justiça do Trabalho é exercida pelo Tribunal Superior do Trabalho, pelo Tribunal Regional do Trabalho e pelas Varas do Trabalho. O TST possui competência em todo território nacional, o Tribunal Regional do Trabalho na respectiva região e a Vara do Trabalho no espaço territorial definido pela lei que criou o respectivo TRT (geralmente abrangido por um Município ou região metropolitana). Neste último caso, o art. 651 da CLT dispõe que a competência será da Vara do Trabalho onde o serviço foi prestado.³⁷

Embora a CLT se refira à competência das Juntas de Conciliação e Julgamento, elas foram extintas pela EC n.º 24/99. A competência recai, por essa razão, nos Juízes das Varas do Trabalho, em conformidade com o art. 111 da Constituição.³⁸

3.1.10.3.2 Competência Funcional

A competência funcional trata da função desempenhada pelos órgãos da jurisdição trabalhista. O texto constitucional não foi alterado, ressalvado o disposto no art. 112, que manteve o deslocamento da jurisdição trabalhista de primeiro grau à Justiça Estadual –

³⁵ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 148.

³⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2006. GIGLIO, Wagner; D. CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito processual do trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008.

³⁷ CLT. “Art. 651. A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra local ou no estrangeiro.”

³⁸ CF/1988. “Art. 111. São órgãos da Justiça do Trabalho: I - o Tribunal Superior do Trabalho; II - os Tribunais Regionais do Trabalho; III - Juízes do Trabalho.”

transfere jurisdição trabalhista aos juízes de direito quando na localidade não houver Vara do Trabalho – e condicionou a remessa recursal ao TRT.

3.1.10.3.3 Competência Material

A *competência material* diz respeito aos tipos de questões que são apreciadas por determinado órgão jurisdicional, a depender da natureza das relações jurídicas deduzidas em juízo.³⁹ A EC n.º 45 trouxe profunda modificação neste critério, ampliando o leque de situações sujeitas à jurisdição trabalhista. Anteriormente, a Constituição preocupava-se com a relação de emprego; agora, com a relação de trabalho. Várias foram as mudanças na competência material, que passam a ser analisadas nos tópicos a seguir.

a) Ações Oriundas e Decorrentes da Relação de Trabalho

Os incisos I e IX do art. 114 são resultados de uma má técnica legislativa. A PEC 96/1992 trazia na redação original do inciso I a expressão “relação de emprego”.

Na sua tramitação, a Câmara aprovou o Destaque n.º 116, substituindo-a por “relação de trabalho”. No Senado, a Emenda n.º 136 restabelecia a expressão original, porém não foi votada. Por isso, parece redundante a redação dos dois incisos. O entendimento da matéria exige a transcrição da nova normatização:

Redação Anterior	Redação Atual
Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.	Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e a administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

³⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 102. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 190.

Os dois dispositivos são contraditórios, exceto se for empregada uma interpretação sistemática: o inciso I trata da relação de emprego, ao passo que o inciso IX trata exclusivamente da relação de trabalho. Também aponta para esta interpretação Sérgio Pinto Martins:⁴⁰

A vontade do legislador ao fazer referencia inicialmente a relação de emprego não pode ser levada em consideração. Com a mudança da redação para relação de trabalho, não se pode dizer que o inciso trata apenas de relação de emprego, pois a relação de trabalho engloba a relação de emprego. [...] A repetição no inciso IX do art. 114 da Constituição da expressão relação de trabalho pode parecer redundante, mas precisa ser interpretada. Cabe ao intérprete buscar a interpretação que venha a compatibilizar os incisos I e IX do art. 114 da Lei Maior. [...] O inciso IX do art. 114 da Constituição não é auto-aplicável. Necessita de lei ordinária para explicitar quais são as outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, além das já descritas nos incisos I a VIII do mesmo artigo.

No mesmo sentido, Carlos Henrique Bezerra Leite entende que o inciso I trataria da *competência material original*, ou seja, da competência da Justiça do Trabalho para apreciar as lides que decorrem da relação de emprego. Já o inciso IX seria a chamada *competência material derivada*, uma vez que caberia ao legislador definir quais controvérsias decorrentes da relação de trabalho seriam submetidas à Justiça do Trabalho:

Podemos dizer que toda relação de emprego é uma relação de trabalho, mas nem toda relação de trabalho é uma relação de emprego. A relação de emprego, portanto, é aquela que surge de um contrato de trabalho, que é um negócio jurídico estabelecido entre empregado e empregador. As suas características básicas são: a subordinação jurídica do trabalhador ao poder de comando do empregador, a não-eventualidade na prestação do serviço, a remuneração pelos serviços prestados e a pessoalidade do trabalhador – sempre pessoa física – na prestação do serviço (CLT, arts. 2º e 3º). Já a relação de trabalho é a que diz respeito a qualquer trabalho prestado, com ou sem vínculo empregatício, por pessoa física a um tomador do seu serviço. São espécies de relação de trabalho as decorrentes do trabalho: autônomo, subordinado, eventual, estatutário, cooperativo, avulso, etc.⁴¹

A relação de trabalho é uma relação jurídica que decorre de um contrato entre uma pessoa física e outra pessoa (física ou jurídica) chamada tomadora do serviço. O que a EC n.º 45 buscou proteger foi o prestador de serviço que se apresente como dependente de determinada atividade, em nítida posição de inferioridade contratual. Como bem destaca Antonio Carlos Paula de Oliveira,⁴² essas relações apresentam um traço comum: a alienação

⁴⁰ MARTINS, Sérgio Pinto, op. cit., 2006, p. 104-105.

⁴¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 192 e ss.

⁴² OLIVEIRA, Antonio Carlos Paula de. A nova competência da justiça do trabalho: relação de trabalho x relação de consumo. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; BRITO, Edvaldo; BAHIA, Saulo José Casali. **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 57-64, p. 62.

da força pessoal de trabalho e a debilidade contratual do trabalhador em face daquele que explora sua atividade. Por isso mesmo, conclui o mencionado doutrinador, a relação de trabalho não subordinada dispensa regramento pelo direito civil, uma vez que não há condição de igualdade entre os contratantes.

Em relação às causas que envolvam a administração pública, o STF deu *interpretação conforme* à nova redação do art. 114, I, da Constituição, retirando da competência da Justiça do Trabalho as relações de natureza estatutária ou jurídico-administrativa, remanescendo a competência da Justiça Comum Estadual ou Federal:

INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO. INCOMPETÊNCIA RECONHECIDA. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária.⁴³

Também fogem à competência material da Justiça do Trabalho, segundo o STF, as demandas que envolvam as contratações temporárias para suprir os serviços públicos, as relacionadas a cargos em comissão e o julgamento que envolva reintegração de servidores públicos decorrente de anistia política. A seguir, os respectivos julgados:

CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME TEMPORÁRIO. JUSTIÇA DO TRABALHO. INCOMPETÊNCIA. 1. No julgamento da ADI nº 3.395/DF-MC, este Supremo Tribunal suspendeu toda e qualquer interpretação do inciso I do artigo 114 da Constituição Federal (na redação da EC nº 45/04) que inserisse, na competência da Justiça do Trabalho, a apreciação de causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo. 2. As contratações temporárias para suprir os serviços públicos estão no âmbito de relação jurídico-administrativa, sendo competente para dirimir os conflitos a Justiça comum e não a Justiça especializada. 3. Reclamação julgada procedente.⁴⁴

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. DEFINIÇÃO DO ALCANCE MATERIAL DA DECISÃO LIMINAR PROFERIDA NA ADI-MC nº 3.395/DF. 2. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3395-MC, Relator Ministro Cezar Peluso. Julgamento da liminar em 05 abr. 2006, Pleno, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 10 nov. 2006.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4.872, Relator para o acórdão Ministro Menezes Direito. Julgado em 21 ago. 2008, Pleno, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 7 nov. 2008. Outros julgados: Rcl 4.762, DJ de 23 mar. 2007; Rcl 5.381, DJ de 08 ago. 2008.

instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária, entendida esta como a relação de cunho jurídico-administrativo originada de investidura em cargo efetivo ou em cargo em comissão. Tais premissas são suficientes para que este Supremo Tribunal Federal, em sede de reclamação, verifique se determinado ato judicial confirmador da competência da Justiça do Trabalho afronta sua decisão cautelar proferida na ADI 3.395/DF. 3. A investidura do servidor em cargo em comissão define esse caráter jurídico-administrativo da relação de trabalho. 4. Não compete ao Supremo Tribunal Federal, no âmbito estreito de cognição próprio da reclamação constitucional, analisar a regularidade constitucional e legal das investiduras em cargos efetivos ou comissionados ou das contratações temporárias realizadas pelo Poder Público. 5. Agravo regimental desprovido, à unanimidade, nos termos do voto do Relator.⁴⁵

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. ANISTIA. REINTEGRAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. ARTIGO 8º, § 5º, DO ADCT. RESSARCIMENTO DE TODOS OS SALÁRIOS E VANTAGENS DEVIDOS A PARTIR DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. PRECEDENTES. 1. A Justiça comum é competente para julgar a reintegração de servidor público, mesmo que tenha sido regido pela Consolidação de Leis do Trabalho [CLT], demitido antes do advento do Regime Jurídico Único. 2. Este Supremo Tribunal Federal reconheceu serem devidas aos servidores demitidos e posteriormente anistiados, nos termos do artigo 8º, § 5º, do ADCT, o recebimento de todos os salários e vantagens pecuniárias a partir da promulgação da Constituição de 1988. Agravo regimental a que se nega provimento.⁴⁶

O STF tem reafirmado o enunciado de sua Súmula 736, segundo a qual é competente a Justiça do Trabalho para julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores, cabendo nessa hipótese a propositura de Ação Civil Pública pelo Ministério Público do Trabalho. O julgado segue abaixo:

CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. ADI 3.395-MC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA NA JUSTIÇA DO TRABALHO, PARA IMPOR AO PODER PÚBLICO PIAUIENSE A OBSERVÂNCIA DAS NORMAS DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA DO TRABALHO NO ÂMBITO DO INSTITUTO MÉDICO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA. 1. Alegação de desrespeito ao decidido na ADI 3.395-MC não verificada, porquanto a ação civil pública em foco tem por objeto exigir o cumprimento, pelo Poder Público piauiense, das normas trabalhistas relativas à higiene, segurança e saúde dos trabalhadores. 2. Reclamação improcedente. Prejudicado o agravo regimental interposto.⁴⁷

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4.785-MC-AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17 dez. 2007, Pleno, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 14 mar. 2008.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 507.153-AgR. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 03 jun. 2008, Pleno, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 20 jun. 2008.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 3.303. Relator Ministro Carlos Britto. Julgado em 19 nov. 2007, Pleno, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 16 maio. 2008.

Ainda de acordo com o STF, a Justiça do Trabalho tem competência para apreciar litígios contra entidades de previdência privada e relativos à complementação de aposentadoria, pensão ou de outros benefícios previdenciários, desde que a controvérsia jurídica resulte de obrigação oriunda de contrato de trabalho. Observe-se a decisão ementada:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPETÊNCIA. COISA JULGADA FORMAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. Controvérsia decidida à luz de norma infraconstitucional. Ofensa indireta à Constituição do Brasil. 2. As alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame prévio de normas inferiores, podem configurar, quando muito, situações de violação meramente reflexa do texto da Constituição. 3. A Justiça Comum é competente para processar e julgar controvérsia relativa à complementação de aposentadoria paga por entidade de previdência privada que não decorra do contrato de trabalho. Agravo regimental a que se nega provimento.⁴⁸

Dessa maneira, verifica-se que a EC n.º 45 em nada afetou o entendimento em torno das lides relacionadas às relações de emprego. Ela ampliou, na verdade, a competência material da Justiça do Trabalho para apreciar as ações oriundas da relação de trabalho. Além da relação de emprego, a relação de trabalho passa a ser objeto da jurisdição trabalhista, excetuando-se as relações jurídico-administrativas e as decorrentes de anistia política.

b) Dissídios Coletivos e Ações que envolvam o Direito de Greve

O estudo do direito do trabalho se apoia em dois segmentos: o *individual*, que cuida da regulação do contrato de trabalho; e o *coletivo*, que trata das relações entre organizações coletivas de empregados e empregadores. Este último tem por objetivo a solução dos conflitos coletivos no âmbito laboral, que podem ser de natureza jurídica (divergência na aplicação e interpretação do direito) ou econômica (divergência sobre as condições que envolvem o ambiente laborativo).⁴⁹ Os conflitos coletivos são levados à Justiça do Trabalho por meio do dissídio coletivo, ou seja, a ação judicial coletiva em que não há pessoas individualmente consideradas, mas sim grupos ou categorias econômicas ou profissionais cuja finalidade é a criação ou interpretação de normas relacionadas a essas categorias.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 730.361-AgR. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 17 mar. 2009, 2ª Turma, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 17 abr. 2009.

⁴⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1277 e 1298.

A Constituição traz duas situações em que os dissídios podem ser ajuizados: quando frustrada a negociação coletiva (art. 114, § 2º) e quando houver greve em atividade essencial que ponha em risco o interesse público (art. 114, § 3º), conforme se depreende da leitura dos dispositivos constitucionais:

Redação Anterior	Redação Atual
<p>Art. 114. <i>omissis</i>:</p> <p>§ 2º. Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.</p> <p>§ 3º. Compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.</p>	<p>Art. 114. <i>omissis</i>:</p> <p>II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;</p> <p>§ 2º. Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.</p> <p>§ 3º. Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.</p>

No primeiro caso, somente as categorias em conflito podem ajuizar o dissídio, desde que seja em comum acordo e quando a controvérsia for de natureza econômica. É interessante observar que a Constituição já tinha concedido aos sindicatos ampla autonomia para representar determinada categoria, ressaltando-se a obrigatoriedade destes na chamada negociação coletiva (art. 8º, VI da CF). Assim, submetida determinada controvérsia à negociação coletiva e não havendo acordo, as partes podem levar o conflito à arbitragem.

Entretanto, havendo total insucesso desses meios de composição de conflitos extrajudiciais, abre-se a possibilidade para que a jurisdição trabalhista seja provocada para fixar as normas e condições de trabalho. No caso do art. 114, § 2º, portanto, o dissídio coletivo somente será cabível após a prévia negociação coletiva e a arbitragem – e desde que haja comum acordo entre as partes. Um detalhe do texto constitucional merece atenção: o art. 114, § 2º, refere-se apenas aos dissídios de natureza econômica, excluindo-se dessa norma os de natureza jurídica.

Sobre a diferença entre esses dois tipos, Sérgio Pinto Martins⁵⁰ assevera que os conflitos econômicos ou de interesse são aqueles em que os trabalhadores reivindicam melhores condições de trabalho, como, v.g., novas condições salariais. Os conflitos jurídicos, ou de direito, estão relacionados à divergência na aplicação ou interpretação de determinada norma jurídica. Nos primeiros, tem-se como objeto a criação ou obtenção de uma norma jurídica, convenção ou sentença normativa (criando, extinguindo ou modificando uma situação de trabalho na empresa); nestes últimos, a finalidade é apenas de se declarar o sentido de uma norma já existente.

Por essa razão, os dissídios coletivos que tiverem por finalidade reivindicar melhores condições de trabalho (dissídios de natureza econômica) obrigatoriamente seguem o procedimento acima descrito. Contudo, se tiverem por objetivo solucionar divergência na aplicação ou interpretação de determinada norma jurídica (dissídios jurídicos), como, v.g., a declaração da abusividade ou não de uma greve, o procedimento do art. 114, § 2º, da Constituição é dispensável.

Alegando a inconstitucionalidade da expressão “comum acordo”, a Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNLP) ingressou em 2005 com a ADI 3392 no STF. Até então, o Relator não se pronunciou sobre o pedido de liminar, mantendo-se vigente o texto do art. 114, § 2º, da Constituição. Nessa esteira, o Tribunal Superior do Trabalho vem decidindo que a expressão “comum acordo” é pressuposto específico para o ajuizamento do dissídio coletivo. É dispensável que as categorias apresentem petição em conjunto. O “comum acordo” se traduz na ausência de oposição ao dissídio no momento da contestação pela outra categoria. Havendo discordância na contestação, o dissídio coletivo deverá ser extinto. A respeito, o entendimento jurisprudencial do TST:

DISSÍDIO COLETIVO. RECURSO ORDINÁRIO. SINDICATO DOS EMPREGADOS NO COMÉRCIO DE JATAÍ. COMUM ACORDO. NÃO CONCORDÂNCIA DO SUSCITADO. JURISPRUDÊNCIA DO TST. EXTINÇÃO. O comum acordo, pressuposto específico para o ajuizamento do dissídio coletivo, exigência trazida pela Emenda Constitucional nº 45/04 ao art. 114, § 2º, da CF, embora idealmente devesse ser materializado sob a forma de petição conjunta da representação, é interpretado de maneira mais flexível pela Justiça do Trabalho, no sentido de se admitir a concordância tácita na instauração da instância, desde que não haja a oposição expressa do suscitado, na contestação. Verificando-se que o Sindicato do Comércio Varejista de Gêneros Alimentícios de Goiás, na contestação, alegou a ausência de comum acordo como causa extintiva do feito, deve-se respeitar

⁵⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 592.

a vontade soberana da Constituição Federal, que, em seu art. 114, § 2º, erigiu a negociação coletiva como método privilegiado de composição dos conflitos coletivos de trabalho. Mantém-se portanto, a decisão regional, que extinguiu o feito, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, por ausência de comum acordo. Recurso ordinário não provido.⁵¹

RECURSO ORDINÁRIO. FALTA DE COMUM ACORDO. ART. 114, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. Hipótese em que se configura a falta do comum acordo exigido no art. 114, § 2º, da Constituição Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Expressa e oportuna discordância da suscitada com a instauração do dissídio coletivo. Dissídio coletivo extinto pelo TRT, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC. Recurso Ordinário a que se nega provimento.⁵²

Na outra hipótese (art. 114, §3º), a legitimidade é restrita ao Ministério Público do Trabalho, independente de acordo com quem quer que seja. As atividades ou serviços essenciais são as definidas pelo art. 10 da Lei n.º 7.783/1989: tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; assistência médica e hospitalar; distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; serviços funerários; transporte coletivo; captação e tratamento de esgoto e lixo; telecomunicações; guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; processamento de dados ligados a serviços essenciais; controle de tráfego aéreo; compensação bancária.

Além da possibilidade de o MPT ajuizar dissídio coletivo em caso de greve essencial, o inciso II do art. 114 da Constituição ampliou a competência da Justiça do Trabalho para julgar as demandas que envolvam o exercício do direito de greve, independente das pessoas que participam do movimento. A doutrina aponta alguns exemplos dessas ações judiciais:⁵³

- 1) ações coletivas propostas pelos sindicatos;
- 2) ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrente da paralisação;

⁵¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RODC 227/2008-000-18-00.2, Rel. Min. Dora Maria da Costa, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Julgamento em 11 maio 2009, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 22 maio 2009

⁵² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RODC 370/2008-909-09-00.4, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, Julgamento em 11 maio 2009, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, de 22 maio 2009.

⁵³ GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito processual do trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 49. MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 104-105.

- 3) interdição de atos de conduta anti-sindical, v.g., a dispensa de grevistas e proibição de acesso às dependências da empresa.

O art. 114, II, da Constituição não exclui qualquer tipo de demanda da apreciação da Justiça do Trabalho quando relacionada ao exercício do direito de greve. Apesar da redação cristalina de tal dispositivo, o STJ vinha inicialmente considerando competente, nessas situações, a Justiça Comum Estadual.⁵⁴ Entretanto, o STF considera as ações possessórias de competência da Justiça do Trabalho, quando decorrentes do exercício do direito de greve, tendo, inclusive, definitivamente resolvido a questão por meio da Súmula Vinculante n.º 23: “A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ação possessória ajuizada em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada”.

Foi visto que o STF excluiu da competência da Justiça do Trabalho as causas que versem sobre servidores estatutários, temporários e comissionados (relação jurídico-administrativa). Assim, se a greve envolver essas categorias, estará de plano excluída a competência da Justiça do Trabalho, em obediência à decisão da ADI 3395. No entanto, quando a greve for iniciada por empregados públicos, mesmo que o objeto do litígio envolva terceiros, a competência será da Justiça do Trabalho.

c) Ações sobre Representação Sindical

A representação sindical fica a cargo da direção eleita pelos sindicalizados, para que possa realizar de forma independente a defesa dos interesses da categoria profissional. Para tal finalidade, a Constituição garante a estabilidade ao corpo diretivo do sindicato desde o

⁵⁴ “I. A competência para julgar ação civil pública decorrente de atos de grevistas, visando ao livre acesso de funcionários e clientes à agência bancária, é da Justiça Comum Estadual. II. Os embargos de declaração são recurso de índole particular, cujo objetivo é a declaração do verdadeiro sentido de uma decisão eivada de obscuridade, contradição ou omissão (artigo 535 do CPC), não possuindo natureza de efeito modificativo. Embargos de declaração rejeitados.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRG no CC 57866, Relator Ministro Sidnei Beneti. Julgado em 28maio.2008, Segunda Seção, Brasília, DF, Diário de Justiça de 05jun.2008.

registro da candidatura, conforme determinam o art. 8º, VIII, da Constituição⁵⁵ e o art. 543 da CLT.⁵⁶

É comum a existência de ações envolvendo sindicatos, cuja competência cabia à Justiça Comum Estadual, uma vez que o art. 114 da Constituição originariamente não permitia a competência da Justiça do Trabalho. Com a EC n.º 45, as ações previstas no art. 114, III, da Constituição não envolvem apenas a representação sindical, pois, do contrário, não haveria as expressões “entre sindicatos”, “entre sindicatos e trabalhadores” e “entre sindicatos e empregadores”.⁵⁷ Para facilitar a compreensão das alterações, seguem transcritas, abaixo, as normas constitucionais reformadas:

Redação Anterior	Redação Atual
Sem correspondente.	Art. 114. <i>omissis</i> : III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

Como observam Wagner D. Giglio e Cláudia Giglio, ampliou-se a competência para os processos

[...] em que o sindicato atua em interesse próprio, em conflitos contra outras entidades sindicais sobre a filiação ou a representação da classe (já antevendo essa questão, comum no regime de pluralidade sindical), ou sobre a maior representatividade para fins de negociação com a empresa ou ramo econômico. A rica vida sindical enseja inúmeros outros litígios internos, referentes a associados, dirigentes, cobrança de contribuições, gestão econômica etc. Basta que se atente para os problemas derivados das eleições sindicais: convocação, inscrição,

⁵⁵ CF/1988. Art. 8º, inc. VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

⁵⁶ CLT. Art. 543 - O empregado eleito para cargo de administração sindical ou representação profissional, inclusive junto a órgão de deliberação coletiva, não poderá ser impedido do exercício de suas funções, nem transferido para lugar ou mister que lhe dificulte ou torne impossível o desempenho das suas atribuições sindicais. [...] § 3º. Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação. § 4º. Considera-se cargo de direção ou de representação sindical aquele cujo exercício ou indicação decorre de eleição prevista em lei. [...] § 6º. A empresa que, por qualquer modo, procurar impedir que o empregado se associe a sindicato, organize associação profissional ou sindical ou exerça os direitos inerentes à condição de sindicalizado fica sujeita à penalidade prevista na letra a do art. 553, sem prejuízo da reparação a que tiver direito o empregado.

⁵⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 113.

impedimentos, votação, comunicação, posse, licenças etc. Todas essas questões passam, a nosso ver, a integrar a competência da Justiça do Trabalho, com apoio na interpretação abrangente do disposto no art. 114, III, da Constituição Federal.⁵⁸

A disputa intersindical, que antes não era considerada de competência da Justiça do Trabalho pelo TST,⁵⁹ com a EC n.º 45 passou a ser. O STF já se pronunciou sobre a competência da Justiça do Trabalho para julgar ação de sindicato contra empregador visando à contribuição assistencial:

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO - CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL - SINDICATO DA CATEGORIA ECONÔMICA - REGÊNCIA CONSTITUCIONAL ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. Ante o disposto no artigo 1º da Lei nº 8.984/95, à Justiça do Trabalho já competia julgar ação de sindicato de categoria econômica contra empregador, visando à contribuição assistencial estabelecida em contrato coletivo. COMPETÊNCIA - CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL - SINDICATO DE CATEGORIA ECONÔMICA - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. A competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores e entre sindicatos e empregadores - inciso III do artigo 114 da Constituição Federal, com a redação da Emenda nº 45, de 2004 -, abrange demandas propostas por sindicato de categoria econômica contra empregador, objetivando o reconhecimento do direito à contribuição assistencial.⁶⁰

Desse modo, a partir desta última decisão, o Judiciário passou a se conformar às novas regras da EC n.º 45 sobre a competência da Justiça do Trabalho para apreciar demandas entre sindicatos, sindicatos e empregadores e entre sindicatos e empregados.

d) Competência para julgar Remédios Constitucionais

O mandado de segurança (individual ou coletivo), o *habeas corpus* e o *habeas data* são chamados de remédios constitucionais porque são meios colocados à disposição dos

⁵⁸ GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito processual do trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 50.

⁵⁹ A jurisprudência desta seção normativa entende que a disputa intersindical refoge ao âmbito da competência material da Justiça do Trabalho. Contudo, nada impede que essa questão, uma vez suscitada no decurso do processo, seja apreciada de forma incidental, sendo certo que a questão prejudicial, decidida incidenter tantum, não produz coisa julgada (CPC, art. 469, III). [...] A ausência nos autos da listagem do total de trabalhadores associados ao Sindicato suscitante - necessária à aferição do quorum mínimo estatuído no art. 612 da CLT -, do registro da pauta na ata da assembléia geral, e da fundamentação das reivindicações, bem como a não-comprovação de que tenham as partes, efetivamente, tentado a prévia composição do conflito antes do ajuizamento do dissídio, também acarretam a extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, IV, do Código de Processo Civil. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RODC 478137/1998.0, Relator Ministro Ronaldo Lopes Leal. Julgado em 26 abr. 2001, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 24 maio 2001.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CC 7221, Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 01 jun. 2006, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 25 ago. 2006.

indivíduos para provocar a atuação das autoridades, revelando-se, sobretudo, como instrumentos necessários à concretização dos direitos consagrados na Constituição.⁶¹

O texto do novo inciso III do art. 114 da Constituição⁶² é bastante cristalino: o ato questionado deve envolver matéria objeto da jurisdição trabalhista, ou seja, relação de emprego, relação de trabalho, exercício do direito de greve, representação sindical, penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização do trabalho, execução de contribuições sociais, negociação coletiva, arbitragem e dissídio coletivo.

Conforme relatam Wagner D. Giglio e Cláudia Giglio, há muito tempo a Justiça do Trabalho já vinha conhecendo e julgando mandados de segurança e *habeas corpus*, ressalvada a inexistência do procedimento do *habeas data*.⁶³ Entretanto, a EC n.º 45 gerou uma controvérsia em torno do *habeas corpus*.

Num primeiro momento, surgiram vozes admitindo a competência criminal na Justiça do Trabalho, contudo o STF logo dirimiu essa questão ao dar *interpretação conforme* o art. 114, III, da Constituição, para excluir da competência trabalhista o uso desse remédio quando o ato atacado for de natureza penal:

COMPETÊNCIA CRIMINAL. Justiça do Trabalho. Ações penais. Processo e julgamento. Jurisdição penal genérica. Inexistência. Interpretação conforme dada ao art. 114, incs. I, IV e IX, da CF, acrescidos pela EC n.º 45/2004. Ação direta de inconstitucionalidade. Liminar deferida com efeito ex tunc. O disposto no art. 114, incs. I, IV e IX, da Constituição da República, acrescidos pela Emenda Constitucional n.º 45, não atribui à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar ações penais.⁶⁴

Diante dessa decisão, resta a possibilidade de se impetrar *habeas corpus* na Justiça do Trabalho no caso de prisão civil de depositário infiel, o que, aliás, já era admitido pelo TST.⁶⁵

⁶¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 824-825.

⁶² CF/1988. “Art. 114, III - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição.”

⁶³ GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito processual do trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 50.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3684-MC Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em 01 fev. 2007, Pleno, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 02 ago. 2007.

⁶⁵ Mesmo definida pelo STF (Súmula 619) a possibilidade de o juiz da execução decretar a prisão civil do depositário infiel, ela só poderia ocorrer depois de o magistrado assinalar o prazo de 5 (cinco) dias, na forma dos arts. 902 e 904, do Código de Processo Civil, para que o depositário procedesse à entrega da coisa, o seu

e) Competência para julgar Conflitos de Competência entre órgãos jurisdicionais trabalhistas

O conflito de competência é um incidente processual suscitado pelo juiz, pelas partes ou pelo Ministério Público quando dois órgãos jurisdicionais se declaram competentes (conflito positivo) ou incompetentes (conflito negativo). Esse procedimento é regulado pelos artigos 807 a 812 da CLT. Este ponto da Reforma apenas veio a confirmar o que a jurisprudência há muito tempo vinha decidindo. Abaixo, as normas constitucionais sobre a matéria:

Redação Anterior	Redação Atual
Sem correspondente.	Art. 114. <i>omissis</i> : V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, <i>o</i> ;

A interpretação do art. 114, V, contudo, deve se dar em harmonia com os arts. 102, I, *o*⁶⁶ e 105, I, *d*⁶⁷ da Constituição. Da sistematização dessas normas, o conflito de competência entre os órgãos da Justiça do Trabalho e outros órgãos do Judiciário visualiza-se da seguinte forma:⁶⁸

Órgãos em Conflito	Órgão competente para solucionar o conflito
Juiz do Trabalho x Juiz Estadual (no exercício de jurisdição trabalhista)	<u>TRT</u> (respectiva região)
Juiz do Trabalho x Juiz do Trabalho (ambos da mesma região)	<u>TRT</u> (respectiva região)
Juiz do Trabalho x Juiz do Trabalho (regiões diferentes)	<u>STJ</u> (art. 105, I, <i>b</i>)

depósito em juízo ou a consignação do equivalente em dinheiro. Cf. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. ROHC 645020/2000.5, Relator Ministro Antônio José de Barros Levenhagen. Julgado em 06 jun. 2000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 30 jun. 2000.

⁶⁶ CF/1988. “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal.”

⁶⁷ CF/1988. “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, ‘o’, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos.”

⁶⁸ Adaptado de Sérgio Pinto Martins. MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 141-142.

Juiz do Trabalho x Juiz Estadual/ Juiz Federal	<u>TRT</u> (art. 114, V)
TST x TRT	<u>TST</u> (art. 114, V)
TRT x TRT	<u>STJ</u> (art. 105, I, d)
TST x Juiz Estadual/ Juiz Federal	<u>STF</u> (art. 102, I, o)
TST x STJ	<u>STF</u> (art. 102, I, o)

f) Competência para julgar ações de indenizações

A inclusão do inc. VI no art. 114 da Constituição representa a constitucionalização da jurisprudência do TST e do STF, que já admitiam a competência da Justiça do Trabalho para apreciar pedidos de indenização por dano moral ou patrimonial quando decorrentes da relação laboral. É relevante a leitura do texto modificado:

Redação Anterior	Redação Atual
Sem correspondente.	Art. 114. <i>omissis</i> : VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

A ressalva ficava por conta das ações promovidas pelo empregado contra o empregador, fundadas em acidente do trabalho. Nestes casos, embora o TST admitisse a competência da Justiça do Trabalho, o STF entendia ser competente a Justiça Comum:

DANO MORAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Segundo se extrai do entendimento lançado pelo Excelso Supremo Tribunal Federal nos autos do processo nº RE 238737-SP (decisão publicada no DJ de 5/2/99), compete à Justiça do Trabalho dirimir controvérsia acerca de pedido de indenização por dano moral que guarda pertinência com a relação de emprego [...].⁶⁹

STF. Súmula 501: Compete à Justiça Ordinária Estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias, das causas de acidente do trabalho, ainda que promovidas

⁶⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 521523/1998.0, Relator Juiz Convocado José Antônio Pancotti. Julgado em 11 dez. 2003, 4ª Turma, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 13 fev. 2004.

contra a União, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista.

COMPETÊNCIA: JUSTIÇA COMUM: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO FUNDADA EM ACIDENTE DE TRABALHO, AINDA QUANDO MOVIDA CONTRA O EMPREGADOR. 1. É da jurisprudência do STF que, em geral, compete à Justiça do Trabalho conhecer de ação indenizatória por danos decorrentes da relação de emprego, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do direito comum e não do Direito do Trabalho. 2. Da regra geral são de excluir-se, por força do art. 109, I, da Constituição, as ações fundadas em acidente de trabalho, sejam as movidas contra a autarquia seguradora, sejam as propostas contra o empregador.⁷⁰

A EC n.º 45 veio pacificar as divergências. A partir do Julgamento do Conflito de Competência 7204, o STF passou a admitir a competência da Justiça do Trabalho para apreciar as ações de indenização por acidente de trabalho, promovidas pelo empregado em face do empregador. Este posicionamento restou consolidado com a publicação, pela STF, da Súmula Vinculante n.º 23:

STF. Súmula Vinculante n.º 23: A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/04.

É válido destacar que o novo entendimento firmado pelo STF em nada altera a competência da Justiça Comum para processar e julgar as ações acidentárias promovidas pelo empregado contra o INSS.

g) Competência para julgar penalidades administrativas aplicadas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho

As multas e penalidades administrativas aplicadas pelos órgãos fiscalizadores das relações de trabalho aos empregadores eram demandadas na Justiça Federal. Por resultarem do descumprimento de normas que regulam a relação de emprego, a EC n.º 45 deslocou a competência para a Justiça do Trabalho, conforme se observa do quadro abaixo:

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 403832. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 11 nov. 2003, Primeira Turma, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 12 mar. 2004.

Redação Anterior	Redação Atual
Sem correspondente.	Art. 114. <i>omissis</i> : VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

Sobre a matéria, o STJ tem entendido que a competência da Justiça Federal foi mantida para as lides cujo objeto sejam as multas aplicadas pelo INSS, por não se enquadrarem em questões de relação de trabalho, e sim de contribuição previdenciária:

1. A pretensão anulatória do débito fiscal encartada na demanda exclui da Justiça Obreira a competência para processar e julgar ação de rito ordinário contra autarquia federal na Justiça Trabalhista. (Precedentes: CC 47.920 - GO, Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Seção, DJ de 11 de dezembro de 2.006; CC 63.821 - SP, Relatora Ministra ELIANA CALMON, Primeira Seção, DJ de 11 de dezembro de 2.006; CC 57.377 - RS, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, Primeira Turma, DJ de 13 de novembro de 2.006). 2. A competência da Justiça Federal é definida em razão das pessoas que figuram nos pólos da demanda (*ratione personae*), à luz do art. 109, I, da Carta Magna. Dessarte, restando a ação anulatória ajuizada em desfavor do Instituto do Nacional do Seguro Social - INSS, entidade autárquica federal, e excluídas as hipóteses da competência da Justiça Laboral previstas no art. 114 da CF/88, subjaz a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito principal. 3. *In casu*, não se vislumbra multa aplicada por órgão de fiscalização do trabalho, nem mesmo executivo fiscal objetivando a cobrança de contribuição previdenciária incidente sobre o recebimento de verba decorrente de acordo judicial, mas antes ação anulatória de débito fiscal subjacente a autos de infração lavrados pelo INSS, originários da falta de recolhimento de contribuições previdenciárias supostamente devidas em razão de acordos celebrados na Justiça Laboral. 4. Conflito negativo de competência conhecido para declarar competente o JUÍZO FEDERAL DA 12ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO.⁷¹

O art. 114, VII, da Constituição refere-se aos órgãos do Ministério do Trabalho e Emprego, o que não abrange, portanto, os órgãos de fiscalização profissional – estes, sim, suscetíveis à Justiça Federal.

h) Competência para execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II da Constituição

A execução, de ofício, das contribuições previdenciárias pela Justiça do Trabalho não é uma novidade. Ela já constava na Constituição desde a EC n.º 20 de 1998 (114, § 3º). A EC

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC 69742. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 24 out. 2007, Primeira Seção, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 12 nov. 2007.

n.º 45 apenas a deslocou para o inciso VIII, mantendo, dessa maneira, a competência da Justiça do Trabalho para executar, de ofício, as contribuições sociais apuradas nas sentenças trabalhistas. A propósito, observe-se a tabela abaixo:

Redação Anterior	Redação Atual
Art. 114. <i>omissis</i> : §3º. Compete à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, <i>a</i> e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.	Art. 114. <i>omissis</i> : VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, <i>a</i> e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.;

Sobre o assunto, o STF entende que a execução das contribuições alcança somente os valores correspondentes ao período estipulado na sentença ou no acordo judicial. Não abrange o período do vínculo que, embora reconhecido na sentença, não faça parte da condenação ou de acordo.⁷²

3.1.11.3.4 Competência em Razão da Pessoa

Quanto à *competência ratione personae*, ela diz respeito às pessoas que podem demandar e serem demandadas na Justiça do Trabalho (legitimidade *ad causam*), ou seja, quem possui legitimidade para figurar no polo ativo ou passivo do processo trabalhista. A legitimidade *ad causam* na Justiça do Trabalho, de acordo com a Constituição, a legislação infraconstitucional e a jurisprudência, pertence a:

Legitimidade <i>ad causam</i> na Justiça do Trabalho	Norma jurídica / jurisprudência
empregados, empregadores (urbanos, rurais e domésticos), trabalhadores (eventuais e autônomo) e tomadores de serviço	art. 114, I, da CF
empregados públicos	art. 114, I, da CF
entes da Administração Pública Direta e Indireta da U/E/DF/M – na qualidade de empregadores	art. 114, I, da CF
entes de direito público externo	art. 114, I, da CF

⁷² “1. A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança apenas a execução das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir. 2. Recurso Extraordinário conhecido e desprovido.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 569.056. Relator Ministro Menezes Direito. Julgado em 11 set. 2008, Pleno, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 12 dez. 2008.

sindicatos e representantes sindicais	art. 114, III, da CF
órgãos de fiscalização das relações de trabalho	art. 114, VII, da CF
Ministério Público do Trabalho	art. 114, §3º da CF
INSS – quando promover a execução das contrib. previdenc.	art. 114, VIII, da CF
pequeno empreiteiro e dono da obra	art. 652, a, III, da CLT
trabalhador avulso	art. 643 da CLT
trabalhador temporário	art. 19 da Lei 6.019/1974
atleta profissional de futebol	STJ e TST ⁷³
empregados de cartórios extrajudiciais	STF, STJ e TST ⁷⁴

3.2 Modificações Funcionais

As alterações da EC n.º 45 aqui abordadas estão relacionadas à atividade do magistrado. Elas dizem respeito ao Estatuto Constitucional da Magistratura, previsto no art. 93 da Constituição, cuja norma prescreve que ele deverá ser regulamentado por meio de Lei Complementar. Em razão desta prescrição, caberá ao Supremo Tribunal Federal a elaboração do projeto de lei, a ser discutido e aprovado pelo Congresso Nacional.

Até o momento, o STF ainda não concluiu os trabalhos sobre a proposta de Projeto de Lei Complementar para conformar o atual Estatuto da Magistratura às modificações da EC n.º 45.⁷⁵ Por um lado, a demora enfraquece a magistratura brasileira, tendo em vista que a Lei

⁷³ STJ: REsp 619.080 (Rel. Min. Ari Pargendler, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 31 out. 2007), CC 24854 (Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 26 ago. 2002); TST: RR 1450 (Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 22 maio 2009), RR - 229/2005, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 15 maio 2009),

⁷⁴ STF: RE 388.589 (Rel. Min. Ellen Gacie, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 06 ago. 2004), CJ 6964 (Rel. Min. Néri da Silveira, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 10 abr. 1992); STJ : CC 28960 (Rel. Min. Denise Arruda, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 01 abr. 2009), CC 28960 (Rel. Min. Paulo Galloti, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 04 fev. 2002), CC REsp 135.926 (Rel. Min. William Patterson, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 05 jun. 2000); TST: RR 1673 (Rel. Min. Dora Maria da Costa, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 22 maio 2009), RR 472 (Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 08 maio 2009).

⁷⁵ “Representantes de juízes e procuradores se reuniram na noite desta quarta-feira (18) com o presidente do Supremo, ministro Gilmar Mendes, para oferecer apoio a projetos de interesse da magistratura, do Ministério Público e dos demais cargos da estrutura judiciária brasileira. O grupo questionou se já há previsão de quando o Supremo Tribunal Federal encaminhará ao Congresso Nacional o projeto de lei do Estatuto da Magistratura, que substituirá a Lei Orgânica da Magistratura (Loman). ‘Gostaríamos de dar contribuições ao seu conteúdo’, disse o presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), Cláudio José Montesso. Segundo ele, a Loman, criada em 1977, não tocou em assuntos atualmente importantes para o Judiciário. ‘A lei é da época do regime militar, daí porque precisamos trazer para a legislação questões relacionadas ao momento democrático que o Brasil vive’, destacou.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do STF. Entidades do Judiciário querem contribuir com o Estatuto da Magistratura. 18fev.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=103618&caixaBusca=N>>. Acesso em: 16dez.2009.

Orgânica da Magistratura Nacional (LC n.º 35/1979), ainda vigente, apresenta incompatibilidades com a atual principiologia do art. 93 da Constituição. Por outro, a carência de um sistema normativo constitucionalmente adequado termina sendo conveniente ao Conselho Nacional de Justiça, que vem se substituindo ao legislador, regulando com ampla discricionariedade a atividade dos magistrados por meio de resoluções.⁷⁶ Feitas essas considerações, passa-se, então, às análises das modificações funcionais lançadas pela *Reforma do Judiciário*.

Antes, porém, é preciso que se justifique a metodologia do estudo empregado, a respeito das mudanças relacionadas ao Ministério Público. Algumas normas do Estatuto Constitucional da Magistratura não se aplicam tão somente aos magistrados, mas também ao Ministério Público, a teor do art. 129, § 4º, da Constituição.⁷⁷ Trata-se do chamado *Princípio da Simetria*: algumas normas relacionadas ao Estatuto da Magistratura são aplicadas tanto à magistratura, quanto ao Ministério Público.

Sobre este princípio, Lilian Mendes Haber, com apoio em Hugo Nigro Mazilli, afirma que ele se apresenta sob duas formas:⁷⁸ a) *normas simétricas indiretas* – o texto constitucional não faz referência expressa à simetria entre a magistratura e o Ministério Público. Caberá ao legislador estabelecer as demais hipóteses que se encaixem na simetria constitucional entre as duas carreiras;⁷⁹ b) *normas simétricas diretas* – o texto constitucional expressamente faz

⁷⁶ Exemplos do poder normativo excessivo do CNJ, tendo em conta sua ampla discricionariedade: Resolução n.º 97, de 27 de outubro de 2009 (Acrescenta parágrafo ao artigo 3º da Resolução n. 32, de 10 de Abril de 2007, que dispõe sobre as remoções a pedido e permuta de magistrados de igual entrância), Resolução n.º 82, de 09 de junho de 2009 (Regulamenta as declarações de suspeição por foro íntimo), Resolução n.º 75, de 12 de Maio de 2009 (Dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional), Resolução n.º 72, de 31 de março de 2009 (Dispõe sobre a convocação de juízes de primeiro grau para substituição e auxílio no âmbito dos Tribunais estaduais e federais), Resolução n.º 71, de 31 de março de 2009 (Dispõe sobre regime de plantão judiciário em primeiro e segundo graus de jurisdição), Resolução n.º 64, de 16 de dezembro de 2008 (Dispõe sobre o afastamento de magistrados para fins de aperfeiçoamento profissional, a que se refere o artigo 73, inciso I, da Lei Complementar n.º 35, de 14 de março de 1979 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional), Resolução Nº 60, de 19 de setembro de 2008 (Institui o Código de Ética da Magistratura Nacional), Resolução Nº 34, de 24 de Abril de 2007 (Dispõe sobre o exercício de atividades do ministério pelos integrantes da magistratura nacional).

⁷⁷ CF/1988. “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] § 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93.”

⁷⁸ A referida autora explica que a classificação das normas simétricas foi assim proposta em aula ministrada pelo professor Hugo Nigro Mazilli. HABER, Lilian Mendes. Mudanças no Estatuto Constitucional do Ministério Público. In: VELOSO, Zeno; SALGADO, Gustavo Vaz. **Reforma do Judiciário comentada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 113-117, p. 116.

⁷⁹ O estudo de Lilian Haber, baseado em Hugo Nigro Mazilli, propõe as seguintes situações: promoções e remoções (art. 93, II, c); subsídio (art. 93, V); vedação de férias coletivas (art. 93, XII); número de promotores proporcional (art. 93, XIII); possibilidade de delegação de atos (art. 93, XIV). Id. Ibid., 2005, passim.

referência à simetria entre a magistratura e o Ministério Público.⁸⁰ Por essas razões, para que não houvesse fuga ao tema, a análise das modificações do Ministério Público limitou-se às normas simétricas diretas. Sendo assim, o que for dito a respeito da magistratura, também valerá para o Ministério Público.

3.2.1 Requisito da Atividade Jurídica

A partir da EC n.º 45, o ingresso na carreira da magistratura ou do Ministério Público dependerá da comprovação, no ato de inscrição definitiva do concurso, do exercício de atividade jurídica de, no mínimo, três anos, a contar da conclusão do bacharelado em direito. As normas constitucionais modificadas encontram-se abaixo relacionadas:

Redação Anterior	Redação Atual
Art. 93. I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, através de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;	Art. 93. I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;
Sem correspondente.	Art. 129. <i>omissis</i> . § 2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição. § 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação.

⁸⁰ Lilian Haber lista as seguintes hipóteses: requisito de atividade jurídica para ingresso na carreira (art. 93, I e art. 129, § 2º); quorum para excepcionar a inamovibilidade (art. 93, VIII e art. 128, § 5º, I); vedação de recebimento de auxílios ou contribuições (art. 95, p. único, IV e art. 128, § 5º, II, f); quarentena (art. 95, p. único, V e art. 128 § 6º); residência fora da comarca (art. 93, VII e art. 129, § 2º); distribuição imediata de processos (art. 93, XV e art. 129, § 5º); proibição de atividade político-partidária – antes da EC 45, já era vedada à magistratura (art. 95, p. único, III e art. 128, § 5º, II, e); vitaliciamento (art. 93, IV e art. 128, § 5º, I, a). Além destas, foi também previsto o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A) e as Ouvidorias do MP (art. 130-A, § 5º). Id. *Ibid.*, 2005, *passim*.

Enquanto não sobrevém a lei complementar estabelecendo as normas sobre este requisito, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público criaram resoluções que disciplinaram a matéria.

No dia 21 de maio de 2009, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução CNJ n.º 75/2009 com a nova disciplina dos concursos públicos para ingresso na magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário, revogando a resolução anterior, de n.º 11/2006. A nova redação tratou de forma mais detalhada as hipóteses de atividade jurídica. Foi suprimida do rol a conclusão de cursos de pós-graduação na área jurídica, todavia o art. 90 da nova resolução assegurou o cômputo da atividade jurídica a quem concluiu ou iniciou tais cursos até o momento anterior de sua vigência. Na esteira das mudanças das regras para o ingresso na magistratura, o CNMP editou a Resolução CNMP n.º 40/2009, revogando a anterior, de n.º 29/2008. As regras sobre a atividade jurídica para o ingresso na carreira de representante do Ministério Público são semelhantes àquelas disciplinadas pelo CNJ, com exceção da aceitação, pelo CNMP, da conclusão de cursos de pós-graduação na área jurídica, desde que presenciais.

De acordo com as novas regras, os requisitos da atividade jurídica exigidos para a magistratura e para o Ministério Público sintetizam-se em conformidade com o quadro a seguir:

Atividade Jurídica para a magistratura (Res. CNJ 75/2009)	Atividade Jurídica para o Ministério Público (Res. CNMP 40/2009)
<ul style="list-style-type: none"> • toda aquela que é exercida exclusivamente por bacharel em Direito; • efetivo exercício da advocacia, inclusive voluntária, com participação anual mínima em 5 (cinco) atos privativos de advogado (Lei n.º 8.906/94), em causas ou questões distintas; 	<ul style="list-style-type: none"> • efetivo exercício da advocacia, inclusive voluntária, com participação anual mínima em 5 (cinco) atos privativos de advogado (Lei n.º 8.906/94), em causas ou questões distintas; • exercício de cargos, empregos e funções, inclusive o magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico;

<ul style="list-style-type: none"> • exercício de cargos, empregos e funções, inclusive o magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico; • exercício da função de conciliador judicial, no mínimo por 16 (dezesesseis) horas mensais e durante 1 (um) ano; e de mediação ou arbitragem na composição de litígios; • conclusão de cursos de pós-graduação na área jurídica reconhecidos pelo MEC, válido somente para quem iniciou o curso durante a vigência da Res. CNJ n.º 11/2006. 	<ul style="list-style-type: none"> • exercício da função de conciliador judicial ou de mediação ou arbitragem na composição de litígios, pelo período mínimo de 16 (dezesesseis) horas mensais e durante 1 (um) ano; • cursos de pós-graduação na área jurídica, desde que presenciais, reconhecidos pelo Ministério da Educação e ministrados por: Escolas do Ministério Público, Escolas da Magistratura, Escolas da OAB e entidades de ensino autorizadas pelo MEC.
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

3.2.2 Competência e quórum para Remoção, Disponibilidade e Aposentadoria

A inamovibilidade significa a proibição de remoção unilateral do representante do MP e do magistrado, sem a sua solicitação ou autorização. O ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria, que antes somente era possível com o quórum de 2/3 (dois terços), com a EC n.º 45, o chamado *Princípio da Inamovibilidade*, aplicado às duas carreiras, sofreu algumas alterações:

Redação Anterior	Redação Atual
Art. 93. <i>omissis</i> . VIII - o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto de dois terços do respectivo tribunal, assegurada ampla defesa;	Art. 93. <i>omissis</i> . VIII - o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa;

No que se refere à magistratura, não pode o magistrado ser removido de sua comarca, câmara, cargo ou grau de jurisdição sem o seu consentimento. Incluem-se nessa proibição a aposentadoria compulsória e a colocação em disponibilidade. Excepcionalmente, estando presente o interesse público, o respectivo tribunal ao qual o magistrado estiver vinculado ou o Conselho Nacional de Justiça poderão assim proceder, mas desde que a decisão se dê pela

maioria absoluta (primeiro número inteiro superior à metade dos membros) e se garanta a ampla defesa (arts. 93, VIII e 95, II).

Sobre o tema, o CNJ editou a Resolução n.º 32/2007, que dispõe sobre as remoções a pedido e permuta de magistrados de igual entrância. Tal ato normativo prescreve que, até que seja editado o novo Estatuto da Magistratura, os critérios para as remoções a pedido e permutas de magistrados serão os estabelecidos em leis de organização judiciária, atos normativos e/ou regimentos internos dos Tribunais, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho e do Conselho da Justiça Federal. As sessões dos Tribunais devem ser públicas, com votações nominais, abertas e fundamentadas. Por fim, de acordo com o CNJ, os atos normativos dos tribunais que disponham sobre as remoções deverão, obrigatoriamente, vedar a remoção voluntária em caso de acúmulo injustificado de processos pelo magistrado.

Tratando-se do Ministério Público, somente o seu órgão superior poderá remover um promotor de justiça ou procurador da república. Porém, deve ser justificado segundo o interesse público, mediante o da maioria absoluta do Conselho Superior do MP e desde que assegurada a ampla defesa (art. 128, § 5º, I, *b*).

3.2.3 Proibição do Recebimento de Auxílio ou Contribuições

O art. 95, parágrafo único, II, da Constituição⁸¹ já vedava aos juízes o recebimento de custas ou participação no processo. A propósito, é interessante a leitura dos dispositivos reformados:

Redação Anterior	Redação Atual
Sem correspondente.	Art. 95. <i>omissis</i> . Parágrafo único. Aos juízes é vedado: IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

⁸¹ CF/1988. “Art. 95. Parágrafo único. Aos juízes é vedado: II – receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo.”

Sem correspondente.	Art. 128, § 5º. <i>omissis</i> . II - as seguintes vedações: f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;
---------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

A EC n.º 45 trouxe mais uma hipótese de vedação de conduta aos magistrados e aos representantes do Ministério Público, proibindo-os de receberem auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades de direito público ou privado. Elas possuem aplicabilidade plena e imediata, mas podem sofrer restrições pelo legislador, que poderá criar leis excetuando algumas hipóteses. Essa novidade pode ser compreendida como um reforço ao *Princípio da Moralidade*, previsto no art. 37 da Constituição.

3.2.4 Quarentena

Outra vedação incorporada aos artigos 95 e 128 refere-se ao impedimento da atuação do magistrado/representante do MP aposentado ou afastado para o exercício da advocacia no juízo ou Tribunal do qual se afastou durante o lapso de três anos:

Redação Anterior	Redação Atual
Sem correspondente.	Art. 95. <i>omissis</i> . Parágrafo único. Aos juízes é vedado: V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.
Sem correspondente.	Art. 128. <i>omissis</i> . § 6º. Ao disposto no art. 95, parágrafo único, V.

Pretendeu o legislador evitar que o magistrado e o representante do Ministério Público pudessem, de algum modo, influenciar politicamente o órgão judicial ou institucional. Por essa razão, a vedação abrangerá o território de exercício jurisdicional do Tribunal, ou seja, todas as comarcas e seções judiciárias a ele submetidas.

3.2.5 Residência fora da Comarca

É de vital importância às atividades jurisdicionais que o juiz e o promotor residam na comarca em que se encontrem vinculados, pois assim conhecerão melhor a realidade local, proporcionando-lhes uma atuação mais justa e adequada ao caso concreto. Antes inflexível, a partir da EC n.º 45, a Constituição passou a permitir que os Tribunais e as Procuradorias de Justiça autorizem a residência de seus membros em local diverso da comarca a que estiverem vinculados. A seguir, a novel norma constitucional:

Redação Anterior	Redação Atual
Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: V - o juiz titular residirá na respectiva comarca;	Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: V - o juiz titular residirá na respectiva comarca, salvo autorização do tribunal;
Art. 128. [...]. § 2º - As funções de Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação	Art. 128. [...]. § 2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição.

A regra continua sendo a moradia na comarca, mas, diante das peculiaridades de determinada situação, tornar-se-á justificável a autorização.

3.2.6 Proibição de Atividade Político-Partidária

O art. 95, parágrafo único, III, da Constituição já vedava aos juízes a dedicação à atividade político-partidária. Com a EC n.º 45, essa proibição estendeu-se aos representantes do Ministério Público, em razão da alteração do art. 128, § 5º, II, e:

Redação Anterior	Redação Atual
Sem correspondente.	Art. 128. [...] § 5º. <i>omissis</i> . II - as seguintes vedações: e) exercer atividade político-partidária;

Tal vedação consubstancia-se, claramente, em limite ético tanto à função jurisdicional, quanto à função institucional. Aos magistrados, cumpre-lhes o dever de imparcialidade e atuação estritamente jurisdicional. Em relação aos representantes do Ministério Público, suas atividades são essencialmente fiscalizatórias.

O juiz e o representante do Ministério Público possuem liberdade para optar por determinada ideologia política. Porém, o que se proíbe são manifestações e atuações que envolvam uma tomada de posição ideológica relativamente à política partidária, pois tais condutas tenderiam a contaminar a imparcialidade do juiz e a apuração do Ministério Público.

Desse modo, os magistrados e os representantes do Ministério Público não poderão acompanhar, subsidiar e apoiar candidatos ou partidos políticos, nem tampouco é permitido que pautem suas atuações em conformidade com determinada orientação partidária.⁸² Deve-se destacar que essa proibição é absoluta à magistratura, mas é relativa em relação ao Ministério Público.

Para o Poder Judiciário, a filiação a partidos políticos e a candidatura a cargos eletivos dependem de prévio afastamento definitivo do cargo. De acordo com a Resolução n.º 22.095/2005 do Tribunal Superior Eleitoral, caso o magistrado queira se candidatar, ele deve se desincompatibilizar até seis meses antes das eleições.

Inobstante essa resolução também se aplicar aos membros do Ministério Público, o Tribunal Superior Eleitoral já decidiu que, por autorização do art. 29, § 3º, do ADCT, é permitido ao representante do MP que ingressou antes da promulgação da Constituição de 1998 a opção de aderir ao antigo regime jurídico:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2006. CANDIDATO A DEPUTADO ESTADUAL. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. OPÇÃO. REGIME JURÍDICO ANTERIOR. REGISTRO DEFERIDO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.836/RJ, assentou que a norma do parágrafo único do art. 281 da Lei Complementar n.º 75/93 não se aplica aos membros do MP Estadual. Sendo assim, a opção de que trata o § 3º do art. 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no âmbito do Ministério Público dos Estados, é formalizável a qualquer tempo. 2. Enquanto os magistrados estão submetidos a regime jurídico federativamente uniforme, os membros do Ministério Público da União e do Ministério Público nos Estados têm

⁸² TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1093.

estatutos jurídicos diferenciados, aspecto constitucional que autoriza concluir que nem todas as disposições contidas na Lei Complementar nº 75/93 se aplicam aos membros do Parquet Estadual. 3. Agravo desprovido.⁸³

Sendo assim, àqueles que ingressaram em tal período e fizerem esta opção, a proibição de atividade político-partidária não poderá alcançá-los.

3.2.7 Vitaliciamento do Magistrado: frequência a cursos

Vitaliciedade não se confunde com estabilidade. Esta é uma garantia do servidor público estatutário contra demissões motivadas por interesses políticos, adquirida depois de submetido a avaliações de desempenho durante o estágio probatório. Aquela é um *plus* à estabilidade no serviço público pelos magistrados e membros do Ministério Público.

De acordo com o art. 41 da Constituição, após três anos de efetivo exercício e cumprido o estágio probatório, o servidor estável somente pode perder o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado, mediante processo administrativo disciplinar (garantida a ampla defesa) ou mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho (na forma de lei complementar e assegurada a ampla defesa). Já a vitaliciedade do magistrado e do representante do Ministério Público ocorre de duas formas: em primeiro grau de jurisdição, após dois anos de efetivo exercício; nos tribunais, ela será imediata. Com a vitaliciedade, ambos somente podem perder o cargo por decisão judicial transitada em julgado.⁸⁴ A respeito, as novas normas constitucionais sobre o tema:

Redação Anterior	Redação Atual
Art. 93. IV - previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para ingresso e promoção na carreira;	Art. 93. IV - previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados;

⁸³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. ARO 1070. Relator designado Carlos Augusto Ayres de Freitas. Julgado em 12 dez. 2006, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 24 abr. 2007.

⁸⁴ CF/1988. “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado. [...]” Art. 128. § 5º. Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: I – as seguintes garantias: a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado.”

Antes da *Reforma do Judiciário*, a frequência a cursos oficiais de aperfeiçoamento e preparação era apenas um dos critérios de aferição de merecimento, ou seja, da ascensão na carreira. Agora, passa a ser condição obrigatória para aquisição da vitaliciedade pelos juízes e representantes do Ministério Público que atuem no primeiro grau de jurisdição. Portanto, além da avaliação que será realizada durante o estágio probatório, exige-se do magistrado e do representante do Ministério Público a participação nos cursos oficiais, sob pena de não aquisição da vitaliciedade.

3.2.8 Aferição do Merecimento e Antiguidade para Promoção

A promoção do magistrado para outra entrância é realizada de acordo com dois critérios: a antiguidade e o merecimento, alternadamente. Em ambos os casos, o juiz se candidata e requer a inclusão do seu nome nas listas, para apreciação pelo Tribunal. Quando concorrer pelo critério de antiguidade, será promovido o juiz que ingressou na carreira há mais tempo.⁸⁵ Contudo, ao modificar o art. 93, II, *d*, a EC n° 45 permitiu ao Tribunal recusar o juiz mais antigo, desde que faça em procedimento próprio e pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, assegurada a ampla defesa. A respeito, a sistemática constitucional antes, e depois da EC n.º 45:

Redação Anterior	Redação Atual
<p>Art. 93. <i>omissis</i>.</p> <p>II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:</p> <p>a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;</p> <p>b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;</p> <p>c) aferição do merecimento pelos critérios da</p>	<p>Art. 93. <i>omissis</i>.</p> <p>II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:</p> <p>a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;</p> <p>b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;</p> <p>c) aferição do merecimento conforme o</p>

⁸⁵ BAHIA, Saulo José Casali. Promoção e Antigüidade de Juízes após a Emenda Constitucional n. 45/2004. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; BRITO, Edvaldo; BAHIA, Saulo José Casali. **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 255-260, p. 260.

<p>presteza e segurança no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento;</p> <p>d) na apuração da antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;</p> <p>III - o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última entrância ou, onde houver, no Tribunal de Alçada, quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça, de acordo com o inciso II e a classe de origem;</p> <p>IV - previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para ingresso e promoção na carreira;</p>	<p>desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;</p> <p>d) na apuração de antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;</p> <p>e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão;</p> <p>III - o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância;</p> <p>IV - previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados;</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

No que se refere à promoção por merecimento, percebe-se um avanço: antes da EC n.º 45, os critérios de aferição do merecimento eram subjetivos, pois o antigo art. 93, II, exigia presteza e segurança no exercício da jurisdição, além do aproveitamento em cursos que poderiam não ser oficiais. Com a nova redação do art. 93, II, exigiram-se condições mais objetivas:

- 1) que o juiz esteja em pleno exercício há pelo menos dois anos na respectiva entrância;
- 2) que integre a primeira quinta parte da lista de antigüidade, exceto se não houver candidatos;

- 3) na aferição, pelo Tribunal, será apreciado o desempenho de acordo com critérios objetivos de produtividade, de presteza e do aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento.

A EC n.º 45 trouxe mais uma garantia de índole objetiva à promoção do magistrado para outra entrância. A nova redação do art. 93, II, *a*, prescreve que o juiz deverá obrigatoriamente ser promovido pelo Tribunal quando integrar a lista de merecimento ou antiguidade por três vezes consecutivas ou cinco vezes alternadas, desde que não retenha, injustificadamente, autos de processo além do prazo legal – além do mais, não poderá devolvê-lo ao cartório sem o devido despacho ou decisão (art. 93, II, *e*). Todavia, faltou o legislador quando não suprimiu em definitivo o critério de presteza.

O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n.º 6/2005, estabeleceu prazo de 120 (cento e vinte) dias para que os Tribunais editem atos disciplinando: a) a valoração objetiva de desempenho, produtividade e presteza no exercício da jurisdição, para efeito de promoção por mérito; b) a frequência e o aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento ou especialização.

3.2.9 Critérios para Remoção a Pedido e Permuta

Sem correspondente no texto constitucional anterior, foi incluído o inc. VIII-A no art. 93, que trata da remoção a pedido e a possibilidade de permuta entre magistrados:

Redação Anterior	Redação Atual
Sem correspondente.	Art. 93. <i>omissis</i> . VIII A - a remoção a pedido ou a permuta de magistrados de comarca de igual entrância atenderá, no que couber, ao disposto nas alíneas a , b , c e e do inciso II;

Foi visto que a progressão de entrância se dá pela promoção do magistrado, de acordo com os critérios de merecimento e antiguidade, aferidos pelo Tribunal. Com o novo

dispositivo constitucional, é possível a mudança de comarca ou seção judiciária, a pedido do magistrado ou por permuta, desde que seja dentro da mesma entrância.

Em ambos os casos, o procedimento a ser adotado levará em conta os critérios estabelecidos para a promoção, ou seja, tanto os relacionados ao merecimento (dois anos de efetivo exercício, nome na primeira quinta parte da antiguidade, critérios objetivos de desempenho, aproveitamento em cursos oficiais, não retenção injustificada de autos), quanto aos relativos à antiguidade (juiz mais antigo e não retenção de autos).⁸⁶

3.2.10 Princípio da Proporcionalidade do número de Magistrados

A introdução do inc. XIII ao art. 93 revela a preocupação do legislador com o acesso à justiça e com a celeridade processual. O *Princípio da Proporcionalidade do número de juízes* à efetiva demanda e à respectiva população restou constitucionalizado com a Reforma do Judiciário, tendo em vista que o art. 106, § 1º, da LC nº 35/1979 já trazia prescrição parecida.⁸⁷ Abaixo, a redação do novo texto constitucional:

Redação Anterior	Redação Atual
Sem correspondente.	Art. 93. <i>omissis</i> . XIII - o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda e à respectiva população;

⁸⁶ Confira-se, a respeito, a Resolução n.º 32/2007 do CNJ: “Art. 1º As permutas e remoções a pedido de magistrados de igual entrância devem ser apreciadas pelos Tribunais em sessões públicas, com votações nominais, abertas e fundamentadas. Art. 2º Até que seja editado o Estatuto da Magistratura previsto no art. 93, "caput", da Constituição Federal, os critérios para as remoções a pedido e permutas de magistrados serão os estabelecidos em leis de organização judiciária, atos normativos e/ou regimentos internos dos tribunais, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho e do Conselho da Justiça Federal. Art. 3º Os tribunais que não dispuserem de normas que definam critérios para as remoções a pedido e permutas de magistrados deverão editar atos normativos específicos para esse fim no prazo de 120 (cento e vinte) dias. § 1º. Até que sejam editadas as normas a que se refere o parágrafo anterior, e ressalvado o interesse público, a antiguidade será adotada como critério único para as remoções a pedido e permuta de magistrados. (Alterado pela Resolução nº 97). § 2º. Os atos normativos dos tribunais que disponham sobre as remoções deverão, obrigatoriamente, vedar a remoção voluntária em caso de acúmulo injustificado de processos na vara ou gabinete que estejam sob a jurisdição do magistrado. (Acrescentado pela Resolução nº 97).”

⁸⁷ LC 35/1979. “Art. 106 - Dependerá de proposta do Tribunal de Justiça, ou de seu órgão especial, a alteração numérica dos membros do próprio Tribunal ou dos Tribunais inferiores de segunda instância e dos Juizes de Direito de primeira instância. § 1º - Somente será majorado o número dos membros do Tribunal se o total de processos distribuídos e julgados, durante o ano anterior, superar o índice de trezentos feitos por Juiz.”

Um dos vetores da crise do Judiciário é a sua incapacidade de apreciar o grande volume de demandas, que vem crescendo anualmente. De nada adiantaria medidas de acesso à justiça e celeridade processual se não houvesse o correspondente número de magistrados que fossem suficientes para suprir essa procura. A intenção do legislador foi compatibilizar o número de juízes com essa necessidade social. Contudo, para que isso ocorra, o Tribunal deverá compatibilizar a necessidade de novos juízes com a disponibilidade orçamentária, pois a Lei de Responsabilidade Fiscal limita os gastos com pessoal em 6% da receita.⁸⁸

3.2.11 Delegação de atos de mero expediente

Outra medida que se presta à satisfação da celeridade processual foi a delegação, pelo magistrado, dos atos de administração e sem cunho decisório aos serventuários da Justiça. O acréscimo do inc. XIV ao art. 93 da Constituição⁸⁹ teve o único efeito de constitucionalizar a norma do art. 162, § 4º, do Código de Processo Civil.⁹⁰ Fato já corriqueiro e até mesmo previsto no CPC, os atos de mero expediente são aqueles afetos ao simples andamento processual, como, v.g., notificações, requisições e expedição de ofícios.

3.2.12 Escolas Nacionais de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

Se é verdade que a criação do Conselho Nacional de Justiça e da Súmula Vinculante ainda desperta críticas e controvérsias, principalmente por esvaziarem o papel do juiz de primeiro grau, não se pode negar que outros pontos da Reforma do Judiciário merecem aplausos. É o caso das duas Escolas de Formação de Magistrados: a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), que funciona junto ao Superior Tribunal de Justiça; e a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), esta destinada à formação dos magistrados do trabalho e que funciona junto ao Tribunal Superior do Trabalho.

⁸⁸ LC 101/2000. “Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados: [...] Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais: I - na esfera federal: b) 6% (seis por cento) para o Judiciário; II - na esfera estadual: b) 6% (seis por cento) para o Judiciário.”

⁸⁹ CF/1988. “Art. 93, XIV - os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório.”

A competência, porém, é a mesma: regulamentar, autorizar e fiscalizar os cursos oficiais para o ingresso, vitaliciamento e promoção na carreira. Sobre estas duas escolas, confira-se o texto constitucional:

Redação Anterior	Redação Atual
Sem correspondente.	Art. 105. <i>omissis</i> . Parágrafo único. Funcionário junto ao Superior Tribunal de Justiça: I - a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira;
Sem correspondente.	Art. 111-A. <i>omissis</i> . § 2º Funcionário junto ao Tribunal Superior do Trabalho: I - a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira;

Essas novidades demonstram a preocupação do legislador com o aperfeiçoamento dos atuais magistrados e com a formação daqueles que ingressarão na carreira por meio de concurso público. Conforme visto, o aproveitamento em cursos oficiais é requisito para a promoção e etapa obrigatória do vitaliciamento.

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados foi criada pela Resolução do STJ n.º 03/2006. A ENFAM é composta pela Direção-Geral e pelo Conselho Superior. A Direção-Geral é responsável pela coordenação, fiscalização e autorização de despesas da ENFAM. São seus membros o diretor-geral e o vice-diretor, ambos ministros do STJ e eleitos pelo Pleno, com mandato de dois anos. O Conselho Superior é o órgão responsável pela formulação das diretrizes básicas do ensino, pelo planejamento anual e pela supervisão permanente das atividades acadêmicas e administrativas. Ele é composto pelo diretor-geral (seu presidente), vice-diretor (diretor do Centro de Estudos Judiciários do CJF), dois ministros do STJ e quatro magistrados que representam a Justiça Estadual e a Federal equitativamente – dois são eleitos pelo Pleno do STJ, um pela Associação dos Juizes Federais

⁹⁰ CPC. “Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 4o. Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários.”

do Brasil (AJUFE) e um pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB). Os mandatos dos membros do Conselho Superior também é de dois anos.

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho foi criada pela Resolução n.º 1.140/2006 do TST. A estrutura orgânica da ENAMAT é semelhante à da ENFAM, compondo-se pela Direção e pelo Conselho Consultivo. A Direção contará com o diretor e o vice-diretor, que terão atribuições de coordenação e gerenciamento administrativo e orçamentário. O Conselho Consultivo, por sua vez, terá suas atribuições mais voltadas ao assessoramento da Direção. Integram o Conselho: o diretor e vice-diretor – ambos ministros do TST, escolhidos pelo Pleno; três ministros do TST; dois juízes de TRT, membros de direção das Escolas Regionais de Magistratura do Trabalho; um juiz do trabalho titular de Vara do Trabalho, desde que tenha experiência na formação de Magistrados do Trabalho.

As duas Escolas tinham competência para disciplinar as regras dos concursos públicos para as carreiras nas Justiças Federal, Estadual e do Trabalho. Porém, com a nova redação da Resolução CNJ n.º 75/2009, essa tarefa ficou a cargo do Conselho Nacional de Justiça, que unificou as regras para todos os órgãos do Judiciário. Dentre as atuais atribuições das duas Escolas, destacam-se:

- 1) definição das diretrizes básicas para a formação e o aperfeiçoamento de Magistrados; fomento de pesquisas, estudos e debates sobre temas relevantes para o aprimoramento dos serviços judiciários e da prestação jurisdicional; incentivo do intercâmbio entre a Justiça brasileira e a de outros países;
- 2) promoção da cooperação com entidades nacionais e estrangeiras ligadas ao ensino, pesquisa e extensão;
- 3) apoio financeiro a magistrados para participação em cursos no Brasil ou no exterior; apoio, inclusive financeiro, às escolas da magistratura estaduais, federais e trabalhistas na realização de cursos de formação e de aperfeiçoamento.

3.3 Modificações Processuais

Neste item serão tratadas as modificações constitucionais que pretendem dar uma maior celeridade aos processos judiciais. Essas reformas servem de fundamento para que o

legislador modifique os Códigos de Processo Penal e de Processo Civil, adequando-os aos novos paradigmas constitucionais: celeridade processual e facilitação do acesso à justiça.

3.3.1 Federalização das Causas de Direitos Humanos

Foram acrescentados o inciso V-A e o § 5º ao art. 109 da Constituição, ampliando, conseqüentemente, a competência da Justiça Federal:

Redação Anterior	Redação Atual
Sem correspondente.	Art. 109. <i>omissis</i> . V-A - as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo; § 5º. Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Assim, quando determinado fato envolver grave violação de direitos humanos em desrespeito a obrigações assumidas pelo Estado brasileiro em tratados internacionais, o processo judicial correspondente poderá ser processado pela Justiça Federal, mesmo que se trate de competência da Justiça Estadual.

Essa regra não é automática, ou seja, não poderá ser proposta uma ação judicial diretamente na Justiça Federal. Ela está condicionada à apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça de procedimento de deslocamento de competência do juízo comum para o federal, de iniciativa exclusiva do Procurador-Geral da República. Agindo de ofício ou por provocação, o PGR poderá suscitar o incidente, em qualquer fase do processo ou inquérito.

Procurando adequar-se à EC nº 45, o STJ editou a Resolução STJ nº 06/2005, que criou o IDC (*Incidente de Deslocamento de Competência*), uma nova classe processual para os pedidos do Procurador-Geral da República. No julgamento do IDC 1, o STJ definiu os critérios necessários ao deferimento do pedido de deslocamento de competência:

- 1) grave violação de direitos humanos;
- 2) assegurar o cumprimento, pelo Brasil, de obrigações decorrentes de tratados internacionais;
- 3) a incapacidade (oriunda de inércia, negligência, falta de vontade política, de condições pessoais, materiais etc.) de o Estado-membro, por suas instituições e autoridades, levar a cabo, em toda a sua extensão, a persecução penal.

O julgamento do IDC 1, em 2005, ganhou repercussão internacional por envolver a morte da missionária norte-americana, naturalizada brasileira, Dorothy Stang, ocorrida em Anapu/PA. O Procurador-Geral da República fundamentou o seu pedido de federalização do processo em razão das omissões das autoridades estaduais, diversas vezes alertadas da prática das mais variadas atrocidades e violências envolvendo disputa pela posse e propriedade de terras no Município de Anapu/PA.

No voto do Relator, embora ele reconheça presentes os dois primeiros requisitos (grave violação de direitos humanos e garantia de cumprimento de tratado internacional), de acordo com os documentos apresentados nos autos, não ficou demonstrada a negligência das instituições públicas locais (Polícia, Ministério Público e Judiciário). A incapacidade das autoridades públicas, segundo o Ministro Arnaldo Esteves, deve estar comprovada com “provas indubiosas que revelem descaso, desinteresse, ausência de vontade política, falta de condições pessoais ou materiais etc. em levar a cabo a apuração e julgamento dos envolvidos na repugnante atuação criminosa”.⁹¹ Por essas razões, segundo o Relator, o terceiro requisito deve demonstrar a inoperância de “atuação de ramo da Justiça Nacional originariamente competente, tanto quanto dos demais órgãos estaduais responsáveis pela investigação (Polícia Judiciária) e persecução penal (Ministério Público), o que não restou evidenciado na espécie”.⁹²

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. IDC 1, voto do Ministro Relator Arnaldo Esteves, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 10 out. 2005.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. IDC 1, voto do Ministro Relator Arnaldo Esteves, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 10 out. 2005.

O STJ entendeu, em suma, que inicialmente houve falha da Polícia Civil do Estado do Pará quando não apurou devidamente as denúncias da missionária Dorothy Stang. Entretanto, ante o trágico desfecho de seu assassinato, houve atuação intensa da Polícia Federal, do Ministério Público e do Judiciário Estadual. O fato em si revela a ineficiência do Estado como um todo, mas a apuração do delito, no caso concreto, não se revelou negligente. Com este fundamento, o IDC 1 restou indeferido:

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO DOLOSO QUALIFICADO. (VÍTIMA IRMÃ DOROTHY STANG). CRIME PRATICADO COM GRAVE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS. [...] INÉPCIA DA PEÇA INAUGURAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA CONTIDA. [...] RISCO DE DESCUMPRIMENTO DE TRATADO INTERNACIONAL FIRMADO PELO BRASIL SOBRE A MATÉRIA NÃO CONFIGURADO NA HIPÓTESE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO. 1. Todo homicídio doloso, independentemente da condição pessoal da vítima e/ou da repercussão do fato no cenário nacional ou internacional, representa grave violação ao maior e mais importante de todos os direitos do ser humano, que é o direito à vida, previsto no art. 4º, nº 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário por força do Decreto nº 678, de 6/11/1992, razão por que não há falar em inépcia da peça inaugural. [...] 3. Aparente incompatibilidade do IDC, criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, com qualquer outro princípio constitucional ou com a sistemática processual em vigor deve ser resolvida aplicando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 4. Na espécie, as autoridades estaduais encontram-se empenhadas na apuração dos fatos [...], refletindo a intenção de o Estado do Pará dar resposta eficiente à violação do maior e mais importante dos direitos humanos, o que afasta a necessidade de deslocamento da competência originária para a Justiça Federal, de forma subsidiária, sob pena, inclusive, de dificultar o andamento do processo criminal e atrasar o seu desfecho, utilizando-se o instrumento criado pela aludida norma em desfavor de seu fim, que é combater a impunidade dos crimes praticados com grave violação de direitos humanos. 5. O deslocamento de competência – em que a existência de crime praticado com grave violação aos direitos humanos é pressuposto de admissibilidade do pedido – deve atender ao princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), compreendido na demonstração concreta de risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, resultante da inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais do Estado-membro, por suas instituições, em proceder à devida persecução penal. No caso, não há a cumulatividade de tais requisitos, a justificar que se acolha o incidente. 6. Pedido indeferido, sem prejuízo do disposto no art. 1º, inc. III, da Lei nº 10.446, de 8/5/2002.⁹³ (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. IDC 1, Relator Ministro Arnaldo Esteves. Julgado em 08.06.2005, DJ de 10.10.2005)

A federalização dos processos que envolvam grave violação de direitos humanos é prevista na Constituição como complemento à nova sistemática normativa de proteção desses direitos. Outra razão, como bem ressaltou o Ministro Arnaldo Esteves, foi a

[...] percepção de que, em vários casos, os mecanismos até então disponíveis para a apuração e punição desses delitos demonstraram-se insuficientes e, até mesmo,

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. IDC 1, Relator Ministro Arnaldo Esteves. Julgado em 08 jun. 2005, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 10 out. 2005.

ineficientes, expondo de forma negativa a imagem do Brasil no exterior, que, freqüentemente, por meio de diversos organismos internacionais, além da mídia, tem sofrido severas críticas quanto à negligência na apuração desse tipo de crime, que resulta quase sempre em impunidade, não obstante os diversos compromissos por ele firmados, com relação à proteção desses direitos, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que podem colocar o Estado brasileiro como sujeito passivo nos casos impunes a elas comunicados.⁹⁴

Verifica-se, portanto, que o IDC é uma medida processual que se mostra em sintonia com as outras duas mudanças que visam a compatibilizar a ordem jurídica interna com o sistema jurídico internacional de proteção dos direitos humanos, ou seja, a constitucionalização das normas dos tratados internacionais de direitos humanos e da submissão à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

3.3.2 Razoável duração do processo

A morosidade da prestação jurisdicional é uma realidade preocupante, fazendo com que o Constituinte Reformador elevasse a celeridade processual à categoria de direito fundamental, no sentido de serem implementadas normas processuais que acabem com os entraves burocráticos dentro do Judiciário. A efetividade do serviço jurisdicional deve ser entendida além do real cumprimento da decisão judicial. Se a finalidade precípua da jurisdição é a resolução de conflitos por meio do processo, ele deve ser dirimido o mais breve possível. A inclusão do inc. LXXVII no art. 5º coloca *Princípio da Celeridade Processual* no mesmo grau de importância das garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório:

Redação Anterior	Redação Atual
Sem correspondente.	Art. 5º. <i>omissis</i> . LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Não há justiça quando o Judiciário é incapaz de dar prontamente uma resposta aos conflitos que lhe são submetidos. Essa garantia, entretanto, não é novidade no sistema jurídico

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. IDC 1, voto do Ministro Relator Arnaldo Esteves, **Diário de Justiça**,

brasileiro. Ela já era prevista no art. 8º, I, do Pacto de San José da Costa Rica.⁹⁵

O conceito de razoabilidade está relacionado, na acertada definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, com a adoção da providência mais adequada, sensata e prudente diante de situações inesperadas.⁹⁶ No que se refere à razoável duração do processo, a razoabilidade pode ser compreendida como uma tramitação processual adequada às peculiaridades de cada caso. Por essa razão, a depender da natureza do objeto litigioso, o rito procedimental poderá ser cumprido mais rapidamente ou não.

Sobre o direito à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável, a Corte Europeia dos Direitos do Homem definiu três critérios na análise da razoabilidade dentro do processo: 1) *comportamento das partes e procuradores*; 2) *atuação do órgão jurisdicional*; e 3) *complexidade da causa*.⁹⁷ Assim, tolera-se que determinado processo seja mais moroso em razão da complexidade do litígio. Entretanto, se a demora for causada pela omissão do aparato judicial ou pelo descumprimento de prazos legais pelas partes ou procuradores, então, nestas hipóteses, é visível a ofensa ao referido princípio.⁹⁸

O aprimoramento do acesso à justiça compatibiliza a atividade jurisdicional ao princípio democrático, uma vez que a redução da morosidade do processo judicial terá como consequências o aumento do grau de efetividade das decisões e, principalmente, uma maior confiança da população no Judiciário.

3.3.3 Distribuição Imediata de Processos

A EC n.º 45 introduziu o inc. XV ao art. 93 da CF/88, obrigando todos os órgãos jurisdicionais a procederem com a distribuição imediata dos processos:

Brasília, DF, 10 out. 2005.

⁹⁵ Pacto de San José. “Art. 8º. Garantias judiciais. I. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 99.

⁹⁷ OLIVEIRA, Luiz Flávio de. A razoável duração do processo na perspectiva dos direitos humanos. In: ALMEIDA, Jorge Luiz de (Coord.). **A reforma do Poder Judiciário: uma abordagem sobre a emenda constitucional n. 45/2004**. Campinas: Millenium, 2006, p. 89-104, p. 100.

⁹⁸ PIERI, Sueli Aparecida de. Princípio da Celeridade Processual. In: ALMEIDA, Jorge Luiz de (Coord.). **A reforma do Poder Judiciário: uma abordagem sobre a emenda constitucional n. 45/2004**. Campinas: Millenium Editora, 2006, p. 105-132, p. 114-115; ALMEIDA, Jorge Luiz. Emenda constitucional n.45/2004 e responsabilidade. In: ALMEIDA, Jorge Luiz de (Coord.). **A reforma do Poder Judiciário: uma abordagem sobre a emenda constitucional n. 45/2004**. Campinas: Millenium, 2006, p. 1-28, p. 3.

Redação Anterior	Redação Atual
Sem correspondente.	Art. 93. <i>omissis</i> . XV - a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição.

Ela é medida que privilegia a celeridade processual, pondo-se um fim ao acúmulo de processos nos setores de distribuição, que passavam meses à espera da distribuição. Embora seja possível afirmar que ela seja inócua, posto que os processos imediatamente distribuídos continuam esperando pronunciamento judicial desta vez nas próprias varas e gabinetes, a medida é acertada e em consonância com o art. 93, II, c, da CF.

Transferindo-se a responsabilidade pelo andamento do processo ao juiz desde o momento de sua distribuição, será possível um melhor controle sobre a produtividade e presteza dos magistrados. A inovação contribui, portanto, para a aferição do merecimento para fins de produtividade, além de propiciar ao Conselho Nacional de Justiça a verificação da atividade judicial em todos os graus de jurisdição.

3.4 Algumas considerações sobre as Modificações Orgânicas, Funcionais e Processuais

As alterações orgânicas, funcionais e processuais revelam avanços e retrocessos. Os aspectos negativos ficam por conta da colocação dos Conselhos da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho sob o controle do STJ e TST, respectivamente. A composição do Órgão Especial dos tribunais também teve um regramento tímido.

Com relação ao orçamento dos tribunais, do Ministério Público e das Defensorias, foi louvável o tratamento isonômico dado pelo legislador. A ampla modificação na organização e competência da Justiça do Trabalho também é bem-vinda, com exceção à exigência do “comum acordo” para se ajuizar o dissídio coletivo quando frustrada a negociação coletiva (art. 114, § 2º, CF/1988). As demais medidas são pertinentes ao bom funcionamento do Judiciário.

As alterações analisadas, apesar da relevância da maioria delas, não são capazes de democratizar o Judiciário. Ao contrário, algumas até mesmo realçaram o caráter autocrático deste Poder.

4 OS (SUPER)PODERES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O presente estudo tem revelado que a EC n.º 45 produziu profundas alterações no Judiciário brasileiro. As mais polêmicas estão relacionadas ao incremento de poderes no Supremo Tribunal Federal, especialmente no que se refere ao Conselho Nacional de Justiça e à Sumula Vinculante. O fio condutor deste trabalho, como seu próprio título sinaliza, é analisar o comprometimento das alterações normativas com o *Princípio Democrático*.

Neste *Capítulo*, será feita uma abordagem da reforma, relacionada à ampliação de poderes do STF. Em um primeiro momento, as análises pertencem à dogmática jurídica, contendo uma descrição das novas normas jurídicas. Em um segundo momento, é lançado um olhar filosófico, de forma a possibilitar a crítica e, assim, verificar qual o grau de comprometimento da reforma com os valores democráticos.

A hipertrofia do STF revela a pretensão de galgá-lo à condição de Tribunal Constitucional. Isso é percebido quando se observam as seguintes alterações constitucionais promovidas pela EC n.º 45: transferência de competências ao Superior Tribunal de Justiça, novo fundamento para interpor Recurso Extraordinário, controle político sobre o Conselho Nacional de Justiça e a criação de Súmula Vinculante. Estas observações fazem parte da primeira parte deste *Capítulo*. Ao final, será empreendida uma abordagem crítica do incremento desses poderes.

4.1 O Conselho Nacional de Justiça

A proposta de criação de um controle externo do Poder Judiciário foi muito debatida no meio jurídico e jornalístico. Hermann Assis Baeta esclarece que, desde 1991, a criação do controle externo do Judiciário é uma proposta que divide opiniões. Ele faz referência ao

Projeto de Emenda Constitucional (PEC) 12/1991, de autoria do, à época, senador Maurício Corrêa, que visava à criação do Conselho Nacional de Justiça, destinado ao controle externo da atividade administrativa e dos deveres funcionais dentro do Poder Judiciário.⁹⁹ Inicialmente concebido como controle externo do Judiciário, alguns fatores podem ser atribuídos como justificativa para a criação do Conselho Nacional de Justiça, destacando-se os seguintes:¹⁰⁰

- 1) desorganização administrativa dos tribunais;
- 2) afrouxamento do rigor disciplinar pelas Corregedorias (corporativismo);
- 3) deficiência da prestação jurisdicional (lentidão dos processos judiciais);
- 4) necessidade de participação democrática.

A rigor, idealizou-se o controle externo, com a criação de um Conselho fora do Judiciário, para que seus membros não fossem influenciados em suas decisões. A EC nº 45, entretanto, colocou-o como órgão interno do Judiciário, bastando conferir a sua localização na Constituição, ou seja, foi incluído como um dos órgãos desse Poder (art. 92, I-A da CF).

Vale ressaltar que a implementação de um órgão interno do Judiciário destinado ao controle da disciplina dos magistrados não é novidade no sistema jurídico brasileiro. A Constituição de 1967, após a EC nº 7/1977, trazia o Conselho Nacional da Magistratura (arts.

⁹⁹ BAETA, Hermann Assis. **Estudos sobre controle externo do Judiciário**. Brasília: OAB/Conselho Federal, 1999, p. 17.

¹⁰⁰ LANFREDI, Geraldo Ferreira. O Poder Judiciário e a reforma constitucional. Controle externo do Judiciário: na fracassada experiência européia, uma lição para o Brasil. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 35, p. 145-150, 2001, p. 148; MORAES, Darcy Paulo Gonzalez. Controle externo do poder judiciário: forma de politização do direito e de juridicização da política – breve revisão bibliográfica do tema. **Diálogo**, Canoas, n. 2, p. 183-204, 2001, p. 191 e ss, 2001; MORAES, Darcy Paulo Gonzalez. Controle externo do poder judiciário: considerações antecedentes à criação do conselho nacional de justiça. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, n. 2, v. 6, jul./dez.2005, p. 83-98, p. 89 e ss; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. A reforma do Poder Judiciário brasileiro: motivações, quadro atual e perspectivas. **Revista CEJ**, Brasília, n. 21, p. 79-86, abr./jun. 2003, p. 81. REBOUÇAS, Francisco de Paula Sena. Os caminhos de uma revolução cultural: obscurantismo e inconstitucionalidade nos temas do controle externo e da súmula vinculadora do poder judiciário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 826, v. 93, p. 69-92, ago.2004, p. 71 e ss; CARVALHO, Ernani. Controle externo do Poder Judiciário: o Brasil e as experiências dos Conselhos de Justiça na Europa do Sul. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 170, p. 99-109, abr./jun.2006, p. 107. ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 52-55.

112 e 120),¹⁰¹ como órgão composto por sete ministros do Supremo Tribunal Federal, com a finalidade precípua de realizar o controle disciplinar dos magistrados. Sob a vigência da Constituição Federal de 1988, mas antes da EC nº 45, os Estados da Paraíba, Pará e Mato Grosso tiveram suas Constituições Estaduais modificadas para a criação de órgãos de controle externo da atividade administrativa dos respectivos Judiciários. Todas elas foram consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (ADIs 135-PB, 137-PA e 98-MT). A partir desses julgamentos, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 649, segundo a qual “é inconstitucional a criação, por Constituição estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros Poderes ou entidades.”

Imediatamente após a aprovação da EC nº 45, ainda em 2004, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) ingressou com a ADI 3367 no STF, pretendendo a declaração de invalidade das normas relacionadas ao Conselho Nacional de Justiça. Em maio de 2005, o Supremo julgou improcedente a referida ação, declarando constitucional a criação do Conselho. No julgamento, ficou decidido, ainda, que o CNJ somente tem atribuição sobre os órgãos jurisdicionais situados hierarquicamente abaixo do STF. Com isso, o Supremo Tribunal Federal tornou-se imune ao CNJ:

[...]. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Emenda Constitucional nº 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétreia). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional. 3. PODER JUDICIÁRIO. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado membro. Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional. Os Estados membros carecem de competência constitucional para

¹⁰¹ CF/1967 (após EC 7/1977). “Art. 112. O Poder Judiciário da União é exercido pelos seguintes órgãos: I - Supremo Tribunal Federal; II - Conselho Nacional da Magistratura; III - Tribunal Federal de Recursos e juízes federais; IV - Tribunais e juízes militares; V - Tribunais e juízes eleitorais; VI - Tribunais e juízes do trabalho; VII - Tribunais e juízes estaduais. [...] Art. 120. O Conselho Nacional da Magistratura, com sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de sete Ministros do Supremo Tribunal Federal, e por este escolhidos. § 1º Ao Conselho cabe conhecer de reclamações contra membros de Tribunais, sem prejuízo da competência disciplinar destes, podendo avocar processos disciplinares contra juízes de primeira instância e em qualquer caso, determinar a disponibilidade ou a aposentadoria de uns e outros, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, observado o disposto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional. § 2º Junto ao Conselho funcionará o Procurador-Geral da República.”

instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça.

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

5. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Competência. Magistratura. Magistrado vitalício. Cargo. Perda mediante decisão administrativa. Previsão em texto aprovado pela Câmara dos Deputados e constante do Projeto que resultou na Emenda Constitucional nº 45/2004. Supressão pelo Senado Federal. Reapreciação pela Câmara. Desnecessidade. Subsistência do sentido normativo do texto residual aprovado e promulgado (art. 103-B, § 4º, III). Expressão que, ademais, ofenderia o disposto no art. 95, I, parte final, da CF. Ofensa ao art. 60, § 2º, da CF. Não ocorrência. Arguição repelida. Precedentes. Não precisa ser reapreciada pela Câmara dos Deputados expressão suprimida pelo Senado Federal em texto de projeto que, na redação remanescente, aprovada de ambas as Casas do Congresso, não perdeu sentido normativo [...].¹⁰²

Apesar de o Conselho Nacional de Justiça ser órgão do Judiciário, sua competência não é jurisdicional. Ela restringe-se ao controle administrativo, disciplinar e financeiro, tanto dos órgãos, membros e servidores do Judiciário, quanto de seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro – sejam oficializados ou que atuem por delegação do poder público. Sua composição faz-se por representantes do Ministério Público, da Advocacia e de cidadãos escolhidos pelo Legislativo.

O CNJ é composto por quinze membros, dos quais aproximadamente dois terços pertencem ao próprio Judiciário. Exercem mandato de dois anos, permitida apenas uma recondução por igual período. Os Conselheiros – mesmo aqueles provenientes do Ministério Público e de indicação do Congresso – terão os mesmos direitos, prerrogativas, deveres, impedimentos, suspeições e incompatibilidades que regem a carreira da magistratura, enquanto perdurar o mandato.¹⁰³

A escolha dos componentes do CNJ envolverá o Judiciário, o Legislativo, o Executivo, o Ministério Público e a Advocacia. Ficou de fora a participação da Defensoria Pública, o que é lamentável, por também se tratar de função essencial à Justiça. Cada uma dessas instituições/órgãos remeterá suas escolhas ao Senado, onde será realizada arguição pública.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3367, Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em 13 abr. 2005, Pleno, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 22 set. 2006.

Após, o Senado delibera e, se aprovada a escolha pela maioria absoluta, encaminha as indicações ao Presidente da República, a quem caberá a nomeação.¹⁰⁴ A composição do CNJ segue as regras a seguir sintetizadas:

- 1) *Membros do Poder Judiciário* – todos indicados pelo STF, STJ e TST, sendo que cada qual indicará três representantes da seguinte forma: a.1) o *STF* indica um desembargador de Tribunal de Justiça e um juiz estadual. O presidente do STF, após a EC 61/2009, é considerado membro nato; a.2) o *STJ* indica um ministro do próprio Tribunal, um desembargador de Tribunal Regional Federal e um juiz federal; a.3) o *TST* indica um ministro do próprio Tribunal, um desembargador de Tribunal Regional do Trabalho e um juiz do trabalho
- 2) *Membros das Funções Essenciais à Justiça*: b.1) o *Ministério Público* contará com dois representantes: o Procurador-Geral da República indicará um membro do MPU e outro de um Ministério Público Estadual – neste último caso, a escolha do PGR recairá sobre um dos nomes indicados pelos Ministérios Públicos Estaduais. b.2) a *Advocacia* contará com dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da OAB.
- 3) *Membros da Sociedade*: haverá dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, sendo um indicado pelo Senado e o outro pela Câmara dos Deputados.

O Conselho Nacional de Justiça é presidido pelo ministro do STF, que votará em caso de empate. Com a EC n.º 61/2009, a limitação de idade foi suprimida do art. 103-B, além de colocar o presidente do STF como membro nato, tendo como seu substituto, em caso de impedimento ou ausência, o vice-presidente do Supremo – neste último caso, criou-se uma espécie de “substituto nato”.

A função de Corregedor ficará a cargo do ministro do STJ, vedada a distribuição de processos, para que ele exerça exclusivamente as funções executivas, de inspeção,

¹⁰³ Art. 9º, § 3º do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, aprovado pela Res. CNJ n.º 67/2009.

¹⁰⁴ Art. 9º, *caput*, do Regimento Interno (Res. CNJ n.º 67/2009).

correicionais, de recebimento de reclamações ou denúncias contra magistrados e os serviços judiciários, além de outras que estiverem previstas no Estatuto da Magistratura. Para o cumprimento dessas atribuições, o Corregedor Nacional de Justiça (também denominado Ministro-Corregedor) poderá requisitar magistrados e servidores de qualquer justiça.¹⁰⁵ Entretanto, somente aos primeiros será possível a delegação de atribuições próprias da função correicional. Ainda sobre a composição, é válido ressaltar que o Procurador-Geral da República e o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil não poderão ser membros do CNJ, uma vez que o § 6º do art. 103-B da Constituição determina-lhes a atuação tão somente para officiar no Conselho. No mesmo sentido, o art. 103-B, X e XII, quando prescreve a escolha dos membros do Ministro Público pelo Procurador-Geral da República.

Visando a melhorar o acesso ao Conselho, a EC nº 45 previu a criação, pela União, das Ouvidorias de Justiça, destinadas a receber reclamações e denúncias contra os membros, órgãos e serviços auxiliares do Poder Judiciário, para depois encaminhá-las ao Conselho.

Em relação à competência do CNJ, ao apreciar a Medida Cautelar na ADC 12, em 2006, o STF reconheceu o poder normativo do Conselho Nacional de Justiça, uma vez que suas resoluções têm natureza de ato normativo, por estarem presentes os atributos de generalidade, impessoalidade e abstratividade. Todavia, asseverou o STF, as atribuições do CNJ são delimitadas pela sua tríplice finalidade: controle da atuação administrativa, controle financeiro e controle funcional. A liminar foi mantida no julgamento de mérito dessa ação em 2008:

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. [...] A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos). A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade [...].¹⁰⁶

¹⁰⁵ Enquanto o Regimento Interno do CNJ adota a denominação “Corregedor Nacional de Justiça”, o Regulamento Geral da Corregedoria Nacional de Justiça adota “Ministro-Corregedor Nacional de Justiça”.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 12-MC. Relator Ministro Carlos Britto. Julgado em 16 fev. 2006, Diário de Justiça, Brasília, DF, 01 set. 2006.

De acordo com o art. 103-B da Constituição e a Res. CNJ nº 67/2009 (que aprovou o regimento interno), compete ao CNJ:

- 1) zelar pela observância do art. 37 da Constituição 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 adoção das medidas pertinentes, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;
- 2) receber as reclamações e delas conhecer 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 concorrente dos tribunais;
- 3) avocar, se entender conveniente e necessário, processos disciplinares em curso;
- 4) julgar os processos disciplinares regularmente instaurados contra magistrados, podendo determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço, assegurada a ampla defesa;
- 5) rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares contra juízes de primeiro grau e membros de tribunais julgados há menos de um ano;
- 6) encaminhar peças ao Ministério Público, a qualquer momento ou fase do processo administrativo quando verificada a ocorrência de qualquer crime, ou representar perante ele nos casos de crime contra a administração pública, de crime de abuso de autoridade ou nos casos de improbidade administrativa;
- 7) representar ao Ministério Público para propositura de Ação Civil para decretação de perda do cargo ou da cassação da aposentadoria;

- 8) elaborar semestralmente relatórios estatísticos sobre processos e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional;
- 9) elaborar relatório anual, o qual deve integrar a mensagem do Presidente do STF por ocasião da abertura da sessão legislativa;
- 10) definir o planejamento estratégico, visando ao aumento da eficiência, da racionalização e da produtividade, bem como o maior acesso à Justiça.

4.2 Novas Competências do STF

A EC nº 45 reorganizou algumas competências do STF, transferindo algumas ao STJ e criando outras, tudo no sentido de garantir-lhe a função de *Tribunal Constitucional*. O Supremo Tribunal Federal é uma criação republicana no Direito brasileiro. Surgiu em 1890, em substituição ao Supremo Tribunal de Justiça, que fora sucessor da antiga Casa de Suplicação.

A mais alta Corte do país não foi criada como Tribunal Constitucional de modelo europeu – que se caracteriza pela concentração exclusiva do controle de constitucionalidade – mas sim seguindo o modelo americano. Assim, sua função é a de guardião da Constituição, cuja competência é tanto no plano recursal, quanto no controle de constitucionalidade concentrado.

O Superior Tribunal de Justiça apareceu com a Constituição de 1988, tendo por função interpretar e aplicar a legislação infraconstitucional, além de uniformizar a jurisprudência nacional. Enquanto a missão do Supremo é zelar pela Constituição, a do Superior Tribunal de Justiça é de índole infraconstitucional. Ao todo, a EC nº 45 trouxe oito alterações na competência do STF e STJ, ressaltando-se que a competência para processamento do IDC já restou analisada. A seguir, as modificações de competência remanescentes.

4.2.1 Transferência da competência do STF para o STJ na homologação de sentença estrangeira e exequatur às cartas rogatórias

Houve um deslocamento de competência: a partir da EC nº 45, a homologação de sentença estrangeira e o *exequatur* às cartas rogatórias caberão ao STJ, e não mais ao STF – inclusão da alínea *i* no inc. I do art. 105 e revogação da alínea *h* do inc. I do art. 102 da CF.

4.2.2 *Mudança em hipótese de cabimento do Recurso Especial e Recurso Extraordinário*

O art. 105, III, b, da Constituição foi desmembrado. Anteriormente, cabia ao STJ apreciar, em sede de Recurso Especial, decisão que julgasse válida lei ou ato de governo local contestada diante de lei federal. A partir da EC n.º 45, as competências recursais ficaram da seguinte forma: decisão que julgar válida lei local contestada em face de lei federal – Recurso Extraordinário ao STF; decisão que julgar válido ato de governo local em face de lei federal – Recurso Especial ao STJ.

4.2.3 *Competência do STF nas ações contra os Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público*

Com a criação do CNJ e CNMP, a competência do STF foi ampliada para apreciar as ações intentadas em face desses órgãos.¹⁰⁷ Entretanto, em caso de crime de responsabilidade praticado pelos respectivos conselheiros (e também pelo Procurador-Geral da República e Advogado-Geral da União), a competência para processar e julgá-los não será do STF, mas sim do Senado, em face da alteração produzida pela EC n.º 45 no inc. II do art. 52 da Constituição.¹⁰⁸

4.2.4 *competência do STF para apreciar pedido de intervenção federal pelo Procurador-Geral da República com fundamento no art. 36, III, da CF/88*

Outro deslocamento da competência do STJ para o STF refere-se aos pedidos de intervenção federal pelo Procurador-Geral da República com fundamento no art. 36, III, da CF/88. Os incisos III e IV da antiga redação do art. 36 da Constituição estabeleciam o compartilhamento de competência entre o STJ e o STF para apreciar o pedido de intervenção

¹⁰⁷ CF/1988. “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe. I - processar e julgar, originariamente: [...] r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público.”

¹⁰⁸ CF/1988. “Art. 52. Compete privativamente ao Senado: II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade.”

federal formulado pelo Procurador-Geral da República. É interessante a leitura comparativa dos referidos dispositivos constitucionais:

Redação Anterior	Redação Atual
<p>Art. 36. A decretação de intervenção federal dependerá:</p> <p>III – de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII;</p> <p>IV – de provimento, pelo Superior Tribunal de Justiça, de representação do Procurador-Geral da República, no caso de recusa à execução de lei federal.</p>	<p>Art. 36. A decretação de intervenção federal dependerá:</p> <p>III – de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal;</p>

No caso da antiga redação do art. 36, III, quando algum Estado desrespeitasse os *Princípios Sensíveis*,¹⁰⁹ o pedido de intervenção seria dirigido ao STF. Entretanto, se a hipótese fosse de recusa à execução de lei federal (art. 36, IV, CF), o PGR ajuizaria o pedido de intervenção no STJ. Com a EC n.º 45, ficou revogado o inciso IV e modificado o inc. III do art. 36, de forma que as duas hipóteses acima relatadas (desrespeito aos *Princípios Sensíveis* e recusa à execução de lei federal) sujeitam-se à competência tão somente do STF.

4.2.5 Novo fundamento para o Recurso Extraordinário

Com relação ao novo fundamento para interposição de Recurso Extraordinário, o § 3º acrescido ao art. 102 da Constituição prevê como requisito de admissibilidade, além do prequestionamento da matéria constitucional, a demonstração da repercussão geral do julgamento.¹¹⁰ A sua finalidade precípua é dar maior celeridade aos processos judiciais, restringindo à atribuição do STF apenas os casos mais relevantes e que transcendam os valores subjetivos da causa. Na petição do RE, o recorrente deverá demonstrar,

¹⁰⁹ CF/1988. “Art. 34. IV – assegurar a observância dos seguintes princípios: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.”

¹¹⁰ CF/1988. “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe. [...] § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões

preliminarmente, a existência da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no processo, sob pena de ele não ser conhecido.

Como a tarefa de prescrever quais seriam as questões relevantes ficou reservada ao legislador, e não ao STF, foi criada a Lei n.º 11.418/2006. Por meio dela, foram inseridos os arts. 543-A e 543-B no Código de Processo Civil. Contudo, esta lei deixou a cargo do próprio Supremo a forma de sua execução – regulamentada por meio do regimento interno dessa Corte.

Na análise da repercussão geral, a lei admite a manifestação de terceiros (art. 543-A, § 5º, do CPC). Sobre o que vem a ser repercussão geral, o legislador se valeu de dois critérios:

- 1) *absoluto*: quando a decisão atacada violar súmula ou jurisprudência dominante do STF, a repercussão geral será presumida (art. 543-A, §3º do CPC);
- 2) *relativo*: quando a decisão envolver questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social e jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (art. 543-A, §1º do CPC).

A aferição do pressuposto de admissibilidade é de competência concorrente entre o STF e o órgão jurisdicional de origem. Porém, o julgamento da repercussão geral caberá a uma Turma ou ao Plenário do STF. No primeiro caso, se a Turma decidir com quatro votos favoráveis à admissibilidade, torna-se desnecessária a remessa ao Plenário (art. 543-A, § 4º, do CPC). No segundo, a recusa somente será admitida quando aceita, pelo menos, por dois terços dos membros do Plenário (art. 102, § 3º da CF). Como a decisão sobre a repercussão geral é vinculante (art. 543-A, § 5º do CPC), os demais recursos que surgirem serão liminarmente inadmitidos.

Falta, ainda, um esclarecimento importante: o art. 543-B do CPC instituiu um incidente de análise de “repercussão geral por amostragem”, revelando-se como uma “técnica para

constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

demandas de massa”.¹¹¹ De acordo com tal dispositivo, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, o Tribunal de origem irá selecionar um ou alguns recursos sobre a mesma controvérsia e os encaminhará ao STF, sobrestando os feitos até o julgamento definitivo (art. 543-B, §1º, do CPC).

Negada a repercussão geral, os recursos sobrestados serão todos considerados inadmitidos (art. 543-B, §2º). Entretanto, reconhecida a repercussão geral e julgado o mérito do Recurso Extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados e podem ser declarados prejudicados ou sofrer retratação, em razão da reformulação do(s) caso(s) apreciado(s) pelo Supremo (art. 543-B, §3º). Caso o órgão jurisdicional não siga o art. 543-B do CPC, os recursos sobrestados serão admitidos e remetidos ao STF, que poderá cassar ou reformar liminarmente a decisão, por contrariar a orientação firmada no julgamento do incidente (art. 543-B, § 4º).

4.2.6 Alterações nos efeitos e na legitimidade para propositura de ADIs e ADCs perante o STF

Tem-se, neste ponto da *Reforma do Judiciário*, a constitucionalização da Lei n.º 9.868/99, de maneira a harmonizar o rito e o rol de legitimados das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) e Ações Diretas de Constitucionalidade (ADCs). A redação original do art. 102, § 2º, da Constituição previa que somente as decisões em sede das ADIs teriam efeito vinculante em relação ao Judiciário e ao Executivo:

Redação Anterior	Redação Atual
<p>Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:</p> <p>§ 2.º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais</p>	<p>Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe.</p> <p>§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante,</p>

¹¹¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 5. ed. Salvador: Juspodvm, 2008. v. 3, p. 318 e 319.

órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.	relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.
Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade: IV - a Mesa de Assembléia Legislativa; V - o Governador de Estado;	Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

O art. 28 da Lei n.º 9.868/99, entretanto, já estendia o efeito vinculante às ADCs. A EC n.º 45 corrigiu essa distorção e dotou as decisões nas ADIs e ADCs de efeito vinculante ao Judiciário e à administração pública federal, estadual e municipal.

Esclarece-se que, em razão das controvérsias surgidas em torno do art. 28 da Lei n.º 9.868/99, foi interposta a ADC n.º 1. O STF decidiu pela constitucionalidade do referido dispositivo legal, por considerar que a ADC e a ADI são a mesma ação com “sinal trocado” e, por essa razão, o regulamento deveria ser único para ambas. O que a EC n.º 45 fez, neste ponto, foi constitucionalizar o art. 28 da referida lei federal, porém substituindo a expressão “administração pública federal, estadual e municipal” por “administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Já em relação ao rol de legitimados da ADC, a EC n.º 45 seguiu o mesmo caminho: como as ADIs e ADCs são a mesma ação “com sinal trocado”, o texto constitucional era incongruente ao prever dez legitimados para a ADI e somente quatro para a ADC. Com a nova redação do art. 103, o rol de legitimados aumentou para doze e passou a ser o mesmo para ambas as ações:

- a) Presidente da República, Governador de Estado e do Distrito Federal;
- b) Mesa do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da Assembleia Legislativa e da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

- c) Procurador-Geral da República;
- d) Conselho Federal da OAB;
- e) Partido político com representação no Congresso Nacional;
- f) Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

4.2.7 Competência do STF para editar Súmulas Vinculantes

A súmula de efeitos vinculantes, ou simplesmente Súmula Vinculante (SV), ao lado do Conselho Nacional de Justiça, é a mais polêmica novidade trazida pela EC n.º 45. Despertou calorosos debates acerca de sua conformidade com os princípios democráticos. Considerando-se que o *caput* e o § 2º do art. 103-A exigiram a edição de lei específica para disciplinar o processo de criação, conversão, revisão e cancelamento de Súmula Vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, também será objeto de investigação a Lei n.º 11.417/2006, que atendeu a tal exigência constitucional.

De início, é imprescindível esclarecer que súmula de jurisprudência é o enunciado de Tribunal que contém um resumo sobre matéria repetidamente apreciada, possuindo efeito vinculante à Administração Pública em todos os níveis federativos e aos demais órgãos judiciais. Mas qual seria a diferença entre o efeito vinculante e o efeito *erga omnes*? Convém esclarecer, primeiramente, que ambos os efeitos são próprios das decisões de controle concentrado de constitucionalidade: por não existirem partes no processo objetivo, a eficácia *erga omnes* atinge a todos, tanto o poder público, quanto os particulares; já a eficácia vinculante atinge apenas o poder público, com exceção do Legislativo e do STF.

Criada no ordenamento jurídico brasileiro por meio da EC n.º 03/1993, a eficácia vinculante foi atribuída às ações declaratórias de constitucionalidade e, com a Lei n.º 9.868/1999, ela foi estendida à ADI e à ADPF. Esses dois efeitos possuem outra significação: na *eficácia erga omnes*, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade é declarada no

dispositivo da decisão; na eficácia vinculante, além da parte dispositiva, o efeito da decisão abrange os motivos que a fundamentaram (*ratio decidendi*).¹¹²

A Súmula Vinculante revela a adoção do efeito do controle abstrato em decisões que partem da análise do caso concreto. Como resultado, tem-se a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade e a aproximação do sistema jurídico brasileiro, de origem romano-germânica, ao sistema anglo-saxão da *common law*.¹¹³

A EC n.º 45 autoriza o STF a criar, converter, revisar ou cancelar enunciado de Súmula Vinculante. Para tanto, o art. 103-A da Constituição, a Lei n.º 11.417/2006 e as Resoluções do STF n.ºs 381/2008 e 388/2008 disciplinam as normas relacionadas à iniciativa do processo (de ofício ou provocado), aos pressupostos de admissão do pedido e aos incidentes processuais. Com a edição da Resolução n.º 381/2008, o STF criou a classe processual denominada Proposta de Súmula Vinculante (PSV), para o processamento de proposta de edição, conversão, revisão ou cancelamento de Súmula Vinculante.

A PSV tramita sob a forma eletrônica e as informações do andamento processual ficam disponíveis no sítio do STF (art. 4º da Resolução STF n.º 388/2008). Os requisitos para a PSV são, de forma sistematizada, os seguintes:¹¹⁴

- 1) *Objeto*: a matéria controvertida deve ser de índole constitucional, não se admitindo a edição de Súmula Vinculante a respeito da validade, interpretação e eficácia de normas infraconstitucionais. Note-se que, de acordo com a jurisprudência atual do STF, os tratados internacionais de direitos humanos incorporados de acordo com o rito das emendas constitucionais a elas se equiparam. Portanto, tais normas internacionais podem ser objeto de Súmula

¹¹² Esta é a posição do STF (Rcl 1987, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 21 maio 2004; Rcl 2986, Diário de Justiça, Brasília, DF, 11 mar. 2005; Rcl 4987, Diário de Justiça, Brasília, DF, 13 mar. 2007).

¹¹³ No sistema *common law*, o precedente (*leading case*) possui força normativa sobre o Judiciário e a Administração Pública, uma vez que serve de paradigma para decisões posteriores. O sistema da *civil law* (romano-germânico) apresenta um modelo codificado (primazia da lei).

¹¹⁴ A sistematização dos requisitos seguiu a doutrina de Glauco Salomão Leite (LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 155 e ss), o estudo de Alexandre Sormani e Nelson Luis Santander (SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. **Súmula vinculante**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 117 e ss), bem como a interpretação do art. 103-A da Constituição, a Lei n.º 11.417/2007 e as Resoluções do STF de n.ºs 381 e 388/2008.

Vinculante, como é o caso da PSV n.º 31, aprovada em 16 de dezembro de 2009.¹¹⁵

2) *Iniciativa do processo* – a criação, conversão, revisão ou cancelamento dá-se mediante provocação de um dos legitimados (por provocação) ou de ofício (por proposta do próprio STF);

3) *Rol de legitimados*:

(i) os mesmos autorizados a ingressar com a Ação Direita de Inconstitucionalidade: Presidente da República, Mesa do Senado, da Câmara, de Assembleia Legislativa ou de Câmara Legislativa do DF; Governador de Estado ou do DF; PGR; Conselho Federal da OAB; partido político com representação no Congresso; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

(ii) a Lei n.º 11.417/2006 também incluiu como legitimados, em seu art. 3º: Defensor Público-Geral da União, Tribunais Superiores (STJ, TSE, TST e STM), Tribunais de Justiça (Estados, do DF e Territórios); TRFs; TRTs, TREs e Tribunais Militares.

(iii) o Município, excepcionalmente, apenas de forma incidental no processo em que for parte.

4) *Requisitos*:

(i) *quorum*: somente pelo voto de 2/3 (dois terços) dos membros do STF pode ser aprovada, convertida, revisada ou cancelada determinada Súmula Vinculante. Por ser composto por 11 (onze) ministros, requer-se, portanto, o voto de 8 (oito) ministros em sessão plenária (art. 2º, § 3º da Lei 11.417/2006);

¹¹⁵ Proposta de Súmula Vinculante n.º 31 – “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do STF. Prisão civil de depositário infiel e progressão de regime em crime hediondo são tema de duas novas súmulas vinculantes. 16dez. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=117926&caixaBusca=N>>. Acesso: em 28dez.2009.

(ii) *reiteração de decisões no âmbito do STF*: por ser a súmula uma síntese da jurisprudência do Tribunal, exige-se que ele já tenha se manifestado várias vezes sobre a mesma matéria;

(iii) *controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública*: a súmula deve se referir sobre a validade, eficácia e interpretação de determinadas normas pelo Judiciário (controvérsia judicial), mas é imprescindível que o STF firme a interpretação constitucional baseado num conflito real e atual, uma vez que essa Corte não é órgão de consulta. Quando se fala em controvérsia judicial, a edição de Súmula Vinculante deve ter por objeto situações que não tenham um entendimento uniforme em todos os órgãos judiciários;

(iv) *relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica*: Por não haver uniformidade na jurisprudência do Judiciário em sua totalidade, é inequívoco o risco de decisões conflitantes, a depender de onde for interposta a ação judicial. Assim, para que seja admitido o processo de criação, conversão, revisão ou cancelamento no STF, exige-se a comprovação de que determinado tipo de controvérsia judicial não somente tenha sido reiteradamente apreciado pelo STF, mas que tais conflitos sejam aptos a provocar multiplicidade de processos sobre questões idênticas e, com isso, gerar grave insegurança jurídica. Há de se esclarecer que nem toda questão relevante, atual e reiteradamente apreciada pode ser sumulada com efeitos vinculantes, uma vez que o legislador exigiu a possibilidade de provocar multiplicação de processos sobre questão idêntica. Não há que se falar propriamente em uma quantidade determinada de processos, mas sim que o volume de processos represente impacto social.

A PSV será distribuída a um relator, que poderá admitir, no curso do processo, a manifestação de terceiros (art. 3º, § 2º, da Lei n.º 11.417/2006), à semelhança do que ocorre com a figura do *amicus curiae* de que trata a Lei n.º 9.868/98. Para tanto, a parte interessada deve protocolizar petição, demonstrando, essencialmente, a relevância da matéria e a representatividade do postulante. É válido ressaltar que a existência de processos judiciais em

que se discute o mesmo objeto da PSV não autoriza a suspensão desses feitos (art. 6º da Lei n.º 11.417/2006).

Por seu turno, o art. 1º, § 2º, da Lei n.º 11.417/2006 determina a manifestação do Procurador-Geral da República nos processos em que não for o postulante. Observa-se, também, que, embora o Município não esteja entre os legitimados para ingressar com a PSV, a Lei n.º 11.417/2006 (art. 3º, § 1º) confere-lhe legitimidade excepcional para tal postulação, unicamente pela via incidental no processo judicial de que seja parte.

Aprovada a PSV em sessão plenária pelo voto favorável de, pelo menos, oito ministros, o STF terá o prazo de 10 (dez) dias para publicar no Diário da Justiça ou Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. A partir desse momento, a súmula aprovada passará a ter efeitos *erga omnes* para os demais órgãos do Judiciário e para toda a Administração Pública.

A Súmula Vinculante, entretanto, não terá eficácia sobre o Legislativo nem sobre o STF. Ao dispor que os efeitos vinculantes serão “em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário” (art. 103-A, *caput*), entende-se que o Supremo Tribunal Federal não se encontra preso às suas próprias decisões vinculantes, mas isso não lhe autoriza a decidir arbitrariamente. Neste caso, o afastamento da aplicação da Súmula Vinculante deve ser justificado.¹¹⁶

É interessante observar, ainda, que o art. 4º da Lei n.º 11.417/2006 possibilita ao STF restringir os efeitos vinculantes a partir de outro momento que não seja o da publicação. Para tanto, deverão se manifestar, pelo menos, dois terços dos ministros, além de estar presente pelo menos um desses dois requisitos: razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público. Questionando a constitucionalidade do que se conveio chamar de “modulação dos efeitos vinculantes”, Alexandre Sormani e Nelson Luis Santander alertam para a flagrante contrariedade do referido dispositivo legal diante da redação do art. 103-A da

¹¹⁶ LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 167-168.

Constituição de 1988, que apenas determina o efeito imediato da SV a partir de sua publicação na Imprensa Oficial.¹¹⁷

Em caso de descumprimento da Súmula Vinculante pelos demais órgãos judiciários ou pela Administração Pública, o art. 103-A, § 3º, da Constituição prevê o ajuizamento de Reclamação perante o STF por qualquer pessoa que venha a ser prejudicada. Por descumprimento, entenda-se aplicação indevida, edição de ato manifestamente contrário ou negação de vigência.¹¹⁸

No caso de descumprimento judicial, o art. 7º, *caput*, da Lei n.º 11.417/2006 prevê, além da Reclamação, o uso de quaisquer outros meios judiciais de impugnação. Já em relação ao descumprimento pela Administração Pública, o art. 7º, § 1º, da referida lei determina o esgotamento das vias administrativas como pressuposto de admissibilidade da Reclamação. Aparentemente inconstitucional, a doutrina entende que essa exigência legal não viola o *Princípio do Acesso à Justiça*, tendo em vista que o acesso imediato e direto ao Supremo Tribunal Federal não se confunde com o acesso aos órgãos jurisdicionais pelo cidadão.¹¹⁹

4.3 O STF e a problemática da legitimidade

Foi a partir da Constituição Federal de 1988 que o Supremo Tribunal Federal ganhou um reforço no controle concentrado de constitucionalidade, principalmente através da criação da ADI, ADO, ADI Interventiva e da ADPF. Posteriormente, a EC n.º 03/1993 implementou a ADC e, finalmente, a EC n.º 45/2004 constitucionalizou a Lei n.º 9.868/1999 (que dispõe, dentre outras questões, sobre o rol de legitimados para ingressar com a ADC e a ADI). Além dessas mudanças, a exigência da repercussão geral para interposição do Recurso Extraordinário, o controle do Judiciário pelo Conselho Nacional de Justiça e a súmula de efeitos vinculantes modificaram a feição desta Corte, originando vários estudos sobre a legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional.

¹¹⁷ SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. **Súmula vinculante**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 144.

¹¹⁸ LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 183.

¹¹⁹ *Ibid.*, 2007, p. 192.

Mesmo antes da EC n.º 45, já se observava uma corrente doutrinária atenta aos limites da legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional brasileira. Na defesa da instituição de um *Tribunal Constitucional* como único órgão legítimo para realizar o controle concentrado de constitucionalidade, André Ramos Tavares entende que o fundamento da legitimidade democrática repousa nas seguintes ideias:¹²⁰

1) *O Tribunal Constitucional representa o pressuposto do constitucionalismo, sem o qual este não funcionaria, senão precariamente;*

2) *O princípio democrático não se restringe ao princípio majoritário, atuando a Jurisdição Constitucional como protetora do direito de participação política e dos demais direitos fundamentais. Neste aspecto, o caráter democrático se expressa pela função de conservar, promover e alargar o consenso constitucional;*

3) *O princípio democrático também não se confunde com escolha direta pelo povo, nem com o princípio majoritário dessa escolha. O referido jurista ameniza as críticas quanto à falta de representatividade popular na composição do Tribunal Constitucional. A participação democrática estaria garantida por meio do rol de legitimados ativos nas ações de controle de constitucionalidade concentrado, através das quais certos grupos representariam os interesses discutidos em determinado processo. Estaria, assim, garantida a participação popular na interpretação constitucional.*

Também estudioso dessa problemática, José Adércio Leite Sampaio reúne onze argumentos de defesa da legitimidade da *Jurisdição Constitucional* e do papel garantidor da Constituição pelos *Tribunais Constitucionais*. Ao final, conclui pela legitimidade da *Jurisdição Constitucional* porque instituída pelo Poder Constituinte Originário, entretanto, o controle concentrado de constitucionalidade exige uma renovação cotidiana da legitimidade no que se refere ao alcance e grau de intervenção do Supremo Tribunal Federal.¹²¹ Em síntese, eis os argumentos reunidos pelo citado jurista:¹²²

¹²⁰ TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: IBDC/Celso Bastos, 1998, p. 71-94.

¹²¹ “Quando o artigo 102 fala de uma competência do Supremo Tribunal Federal de guarda da Constituição, não está a precluir, antes, pelo contrário, pressupõe a sua defesa pelos demais poderes. De *lege data*, toda a argumentação da legitimação do controle de constitucionalidade se lança, então, para o seu alcance e grau de

1) *Necessidade de reequilibrar os poderes.* No Estado de Bem-Estar Social, houve o crescimento do papel do Estado. Todavia, o Legislativo não alcançava a dinâmica do Executivo e, o que era para ser Estado-providência, tornou-se Estado-administração. Do Estado legalista, passando para o Estado administrativo, chegou-se ao Estado judicial, como consequência da necessidade de equilibrar os incrementos de funções dos outros dois poderes;

2) *Necessidade de compensar o déficit de legitimidade da práxis política.* A produção legislativa nem sempre traduz a vontade geral. A fiscalização da constitucionalidade das leis termina sendo um instrumento importante. Sob esse ângulo, a Corte Constitucional é vista como “representante do povo ausente” (Ackerman) ou como “reserva do autogoverno” (Michelmann), conferindo legitimidade ao sistema constitucional;

3) *Necessidade do reexame das razões do legislador, para que o equilíbrio entre os poderes seja alcançado.* Neste ponto, José Adércio explica que muitos autores defendem um controle judicial da gênese legislativa em seu aspecto substancial, ou seja, a Corte Constitucional deve procurar saber se o legislador levou em consideração dados empíricos, a realidade social e se ponderou os valores em jogo. Por outro lado, também indica as críticas, como o perigo de haver sentenças irracionais, quando os argumentos funcionalistas prevalecerem sobre os normativos;

4) *O entrelaçamento entre maioria parlamentar e a competência dos tribunais.* Quando há choque entre as decisões do *Tribunal Constitucional* com as opiniões da maioria parlamentar, poderá haver um desprestígio do Tribunal e a superação da jurisprudência por meio de emenda constitucional. Exige-se, pois, um entrelaçamento entre a maioria parlamentar e o consenso judicial. Porém, como se trata de harmonização difícil de ser alcançada, José Adércio sugere ser mais prudente que se defenda, neste aspecto, apenas a função judiciária de tutela das regras do jogo democrático;

intervenção do tribunal, exigindo uma renovação cotidiana não da sua legalidade, mas da própria legitimidade da jurisdição constitucional”. LEITE, José Adércio Sampaio. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 60-101.

¹²² LEITE, José Adércio Sampaio. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 101.

5) *O respeito às regras do jogo democrático.* A imparcialidade da Jurisdição Constitucional é uma característica que facilita o livre desenvolvimento das forças sociais e políticas. A sua intervenção no processo político torna-se imperiosa para assegurar a efetividade do sufrágio universal, especialmente garantir a participação igualitária dos grupos minoritários.

6) *A promoção dos direitos fundamentais.* Além do legislador, existem opiniões que consagram a possibilidade de o juiz conferir direitos fundamentais não escritos, mesmo que esse ativismo judicial revelasse descuido da cultura democrática do debate;

7) *A posição privilegiada do juiz constitucional.* O distanciamento do juiz das questões políticas lhe confere, segundo alguns estudiosos, uma posição privilegiada.

8) *A argumentação como legitimidade.* Embora falte ao juiz uma legitimidade proveniente da vontade popular, ela existe de acordo com a chamada legitimidade pelo resultado: ela está relacionada ao processo argumentativo que gera o consenso judicial, principalmente quando se admite a participação de grupos que representem os clamores sociais nos processos de controle concentrado de constitucionalidade;

9) *A legitimidade extraída do status quo e dos efeitos produzidos pelas decisões.* Significa dizer que a legitimidade surge da observação empírica. A Jurisdição Constitucional justifica-se na medida em que ela tem contribuído para o aperfeiçoamento das instâncias sociais, dos processos de integração e de consensos político-sociais, bem como tem permitido uma atualização dos valores fundamentais da comunidade;

10) *As justificativas deontológicas.* A Jurisdição Constitucional justifica-se porque a supremacia da Constituição exige que o seu guardião, o *Tribunal Constitucional*, lhe confira efetividade;

11) *As justificativas dogmáticas.* A legitimidade decorre da própria previsão expressa na Constituição da Jurisdição Constitucional.

Após o advento da EC n.º 45/2004, outros estudos se sucederam. É o caso da obra de Lucas Borges de Carvalho. Ele questiona a “legitimidade política” da Jurisdição Constitucional brasileira.¹²³ Partindo da análise de julgamentos polêmicos, ou políticos, como ele mesmo define,¹²⁴ o referido autor tenta verificar em que medida tais decisões se aproximam dos modelos de democracia e de decisão judicial aceitos como os mais corretos. Para o referido autor, o conceito de legitimidade adotado apoia-se em dois pilares: 1) *um modelo de democracia substantiva*, onde estejam presentes limites à vontade da maioria; 2) *a aplicação do direito apoiada no conceito de integridade*, ou seja, a interpretação judicial principiológica e coerente com a prática constitucional.

Ao final, o estudo conclui pela carência de legitimidade da Jurisdição Constitucional brasileira, sob o argumento de que o STF oscila entre dois modelos de aplicação do direito (pragmatismo jurídico e direito como integridade): a Corte não adota uma linha coerente de argumentação e de observância dos princípios estabelecidos nas decisões passadas, muitas vezes contraditórias e reformuladas ao calor do cenário político do momento; tudo isso desprestigia, portanto, a democracia substantiva e reduz a legitimidade política do STF.¹²⁵

Destaca-se, ainda, a obra de Renato Stanzola Vieira,¹²⁶ estando nela presente um estudo crítico sobre a Jurisdição Constitucional brasileira. Segundo o referido autor, não se pode questionar a legitimidade de origem da Jurisdição Constitucional, posto que sempre presente nos textos constitucionais.

A polêmica, segundo ele, no trato do controle concentrado de constitucionalidade, principalmente após as reformas lançadas pela EC n.º 03/1993, Lei n.º 9.868/1999 e EC n.º 45/2004. O questionamento feito pelo autor é se esta remodelagem resultará, ou não, em

¹²³ CARVALHO, Lucas Borges de. **Jurisdição constitucional & democracia** – integridade e pragmatismo nas decisões o Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá, 2007.

¹²⁴ São analisados os seguintes processos: ADI 223/1990 (Plano Collor), ADIs 293 e 295/1990 (Reedição de MP rejeitada pelo CN), ADI 605/1991 (Plano Nacional de Desestatização), ADI 975/1993 (Proibição de concessão de liminares contra a Administração Pública), ADIs 1.753/1998 e 1.910/1999 (Não preenchimento dos requisitos de relevância e urgência de MP), ADI 562 e 605/1991 (Teoria do risco bilateral na concessão de liminares e a incoerência nos julgamentos pelo STF), ADI 1.408/1996 (Distribuição do tempo de propaganda partidária), ADI 534/1991 (Bloqueio dos cruzados novos), ADIs 926 e 939/1993 (IPMF e as garantias dos contribuintes), ADIs 2010/1999 e 3105/2005 (Contribuição dos inativos), ADIs 1969/1999 e 2213/2002 (Reforma agrária, ocupação de terra e direito de manifestação), ADC 09/2001 (Crise energética e a proteção dos consumidores), ADI 903 (transportes públicos e direitos dos portadores de deficiência).

¹²⁵ *Ibid.*, 2007, p. 173-260.

¹²⁶ VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

juízos orientados por valores alheios à específica proteção dos direitos dos cidadãos, pois, em caso negativo, enfraquecer-se-ia a legitimidade. A solução parte da análise de alguns problemas enfrentados por reformas normativas. No entendimento do referido autor, a legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional é questionável a partir do momento em que são dados, à sistemática difusa, os instrumentos do controle concentrado. Ao se vincular os demais tribunais e juízes brasileiros a interpretações casuísticas pelo STF, tomadas a partir de casos concretos, esta Corte proclama-se, sem autorização, como único intérprete das normas.¹²⁷ Resumidamente, as suas análises envolvem os seguintes aspectos:¹²⁸

- 1) *Rol de legitimados para o controle concentrado.* A provocação do controle concentrado ficou a desejar, diante da pouca representatividade popular;
- 2) *ADC.* A criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade visou à ratificação de atos normativos, com viés estranho à democracia, principalmente pela disparidade nos entes legitimados a provocarem a apreciação jurisdicional concentrada, o que somente veio a ser corrigida pela Lei n.º 9.868/1999 e EC n.º 45/2004;
- 3) *Uso da modulação dos efeitos no controle difuso.* A aplicação do art. 27 da Lei n.º 9.868/1999 em ações onde não há controle concentrado revela-se incompatível com a natureza dessas demandas;
- 4) *ADPF.* A Lei n.º 9.882/1999 não previu a legitimidade do cidadão para acessar o STF, o que se revela inconcebível, tendo em vista que a motivação da arguição é a efetiva lesão a preceitos constitucionais, advinda de situação litigiosa concreta ou não.
- 5) *Novo requisito do Recurso Extraordinário e súmula de efeitos vinculantes.* O autor critica o uso da metodologia do controle concentrado para a via difusa, como acontece com a padronização de decisões operada por esses dois institutos. No primeiro caso, ressalta o autor, expressões plúrimas de significado (econômico, político, social e jurídico) têm servido de retórica, ora à complacência, ora à intromissão do STF, com evidente risco à proteção de direitos fundamentais.

¹²⁷ Ibid., 2008, p. 306.

¹²⁸ Ibid., 2008, p. 274-325.

Em todos esses estudos, a expressão *legitimidade democrática* contém a ideia de justificativa da Jurisdição Constitucional numa perspectiva democrática, ou seja, se ela encontra-se apoiada nos princípios emanados do regime de governo democrático. Todavia, a palavra legitimidade, por não ser um termo unívoco no Direito, demanda um entendimento preciso da sua conotação no que se refere ao Poder Judiciário, sob pena de ficar banalizado o seu uso e não explicados os efeitos de sua eventual violação. É o que se passa a analisar no próximo tópico.

4.3.1 As várias acepções do termo “legitimidade”

A palavra legitimidade, já foi dito, possui mais de um significado. No Direito Civil e Processual existe um ponto em comum. Nas teorias da Constituição e da Política, sequer existe um consenso sobre o significado. Então, surge a pergunta: por que se encontra presente na doutrina a palavra legitimidade quando se pretende levar pressupostos democráticos ao Judiciário? Para delimitar o âmbito de incidência desse vocábulo neste trabalho, faz-se necessário ver seu conceito nas diferentes searas jurídicas apontadas.

4.3.1.1 Legitimidade no Direito Processual: capacidade postulatória

No direito processual, a legitimidade é uma das condições da ação, ao lado da possibilidade jurídica do pedido e do interesse de agir. A legitimidade para a ação (legitimidade *ad causam*), conforme enunciado pelo art. 6º do Código de Processo Civil, significa a capacidade para postular direito próprio perante a jurisdição (legitimidade ativa), podendo ser demandado somente quem seja titular da obrigação correspondente (legitimidade passiva). Excepcionalmente, a lei permitirá que outras pessoas sejam legitimadas para ingressar em juízo, pleiteando direito alheio, como é o caso da legitimação extraordinária.¹²⁹

4.3.1.2 Legitimidade no Direito Civil: capacidade específica

No Direito Civil, a legitimidade é tomada emprestada do direito processual civil para traduzir a ideia de capacidade específica da pessoa natural. Como se sabe, a personalidade

jurídica é um atributo necessário para ser sujeito de direito, o que implica na possibilidade de titularizar direitos e contrair obrigações, que se traduz no conceito de capacidade de direito ou de gozo. Por essa razão, toda pessoa detém aptidão para exercer seus direitos, embora nem sempre possa fazer pessoalmente. Para tanto, requer-se a chamada capacidade de fato ou de exercício.

Na correta definição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho,¹³⁰ a legitimidade é utilizada no Direito Civil como sinônimo de capacidade específica para praticar determinado ato da vida civil: cabe à lei criar impedimentos circunstanciais que retirem da pessoa plenamente capaz a capacidade de exercer certos direitos. Tem-se, no caso, um conceito negativo de legitimidade.

Assim, mais adequado seria falar-se em ilegitimidade para praticar atos da vida civil. São exemplos: a) impossibilidade de o tutor adquirir bens do tutelado (art. 1.749, I do Código Civil); b) proibição de casamento entre irmãos (art. 1.521, IV do Código Civil); c) proibição de venda de pai a filho, sem a anuência dos demais filhos (art. 1.132 do Código Civil). Como se observa, tanto no Direito Processual, quanto no Civil, a palavra legitimidade possui significado próprio e apartado da expressão *legitimidade democrática*.

4.3.1.3 Legitimidade na Teoria Político-Sociológica: justificação e aceitação

A liberdade dos homens, fundada na igualdade, enseja a formulação de normas referentes a situações comuns entre os indivíduos. A política, considerada como o espírito que anima a sociedade organizada, relaciona-se intimamente com o poder – este é definido, numa perspectiva *weberiana*,¹³¹ como a possibilidade de, numa relação social, impor a alguém a própria vontade. A definição do que vem a ser a política permeia dois extremos: ora entendida como expressão da liberdade, ora como manifestação do poder.

¹²⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 261.

¹³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 89, v. 1.

¹³¹ “Entende-se por poder a oportunidade existente dentro de uma relação social que permite a alguém impor sua própria vontade mesmo contra a resistência e independentemente da base na qual esta oportunidade se fundamenta.” WEBER, Max. **Conceitos básicos de sociologia**. Tradução de Rubens Eduardo Ferreira Frias e Gerard Georges Delaunay. São Paulo: Centauro, 2002, p.107.

Pendendo para o primeiro polo, Afonso Arinos aduz que a política é uma atividade inerente ao homem e sua finalidade é o bem comum.¹³² Principal defensora da política como o âmbito do livre atuar humano, Hannah Arendt entende que a política trata da convivência entre os homens e surge da necessidade destes se organizarem em torno de assuntos que exigem uma deliberação comum.

Por isso, a afirmação de que a política surge no “*entre-os-homens*” e se estabelece como relação.¹³³ Para Hannah Arendt, a política é uma necessidade imperiosa para a vida humana, pois, como o indivíduo depende de outros em sua existência, exige-se um provimento da vida relativo a todos, sem o qual não remanesceria o convívio.¹³⁴

O sentido da política, para Arendt, é a liberdade, entendida num duplo sentido: de forma negativa, significa “não-ser-dominado” e “não-dominar”; positivamente, refere-se ao espaço que só pode ser produzido pela pluralidade, onde cada um atua entre iguais para além da força¹³⁵ e desde que se faça por meio do discurso, pois “tudo o que os homens fazem, sabem ou experimentam, só tem sentido na medida em que pode ser discutido”.¹³⁶ Desse modo, o poder concentrado no Estado justifica-se desde que seja sob o regime democrático: os governados controlam o governo, mas, para tanto, requer-se a Constituição para restringir as

¹³² Afonso Arinos de Mello Franco. A Necessidade da Política. In: BOBBIO, Norberto *et al.* **Política e ciência política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1982, p. 23-27, p. 23 e 26.

¹³³ ARENDT, Hannah. **O que é política?** Tradução de Reinaldo Guarany. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 21-23. Confira-se, ainda, outra passagem do pensamento de Arendt: “Mas os homens, no plural, isto é, os homens que vivem e se movem e agem neste mundo, só podem experimentar o significado das coisas por poderem falar e ser inteligíveis entre si e consigo mesmos”. ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 12.

¹³⁴ Neste aspecto, Hannah Arendt desmitifica o “animal político” aristotélico. Segundo sua interpretação, a idéia do homem como animal político não pode ser generalizada, como se todos os homens fosse políticos ou que a política estivesse sempre presente onde existissem grupos humanos. Na acepção aristotélica, a política não é algo natural, mas só existe num espaço democrático organizado, ou seja, somente na cidade grega. “Aristóteles, para quem a palavra *politikon* era de fato um adjetivo da organização da *polis* e não uma designação qualquer para o convívio humano, não achava, de maneira nenhuma, que todos os homens fossem políticos ou que a política, ou seja, uma *polis*, houvesse em toda parte onde viviam homens. De sua definição estavam excluídos não apenas os escravos, (p. 46) mas também os bárbaros asiáticos, reinos de governo despótico, de cuja qualidade humana não duvidava, de maneira alguma. Ele julgava ser apenas uma característica do homem o fato de poder viver numa *polis* e que essa organização da *polis* representava a forma mais elevada do convívio humano; [...] Portanto, a política na acepção de Aristóteles [...] não é, de maneira nenhuma, algo natural e não se encontra, de modo algum, em toda parte onde os homens convivem. Ela existiu, segundo a opinião dos gregos, apenas na Grécia e mesmo ali num espaço de tempo relativamente curto.” ARENDT, Hannah. **O que é política?** Tradução de Reinaldo Guarany. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 46-47.

¹³⁵ Daí ela afirmar que sem o outro não existe liberdade. Por isso “aquele que domina outros e, por conseguinte, é diferente dos outros em princípio, é mais feliz e digno de inveja que aqueles a quem ele domina, mas não é mais livre coisa alguma”. *Ibid.*, 2007, p. 48.

¹³⁶ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 12.

competências de poder e disciplinar a aplicação da força.¹³⁷

De outro lado, Norberto Bobbio¹³⁸ afirma que a política, por ele entendida como forma de atividade humana, está intimamente ligada com o conceito de poder. Segundo o jurista italiano, a razão da intercambialidade entre o Estado e a política é a referência ao fenômeno do poder. O termo “política”, explica o jurista italiano, deriva do grego *politikós* (de pólis), que significa tudo o que se refere à cidade, ou seja, tudo o que é civil, público, sociável e social. Segundo Bobbio, o vocábulo ganhou divulgação com a *Política*, de Aristóteles, obra considerada o primeiro tratado sobre a natureza, as funções, a distribuição dos encargos estatais e as várias formas de Governo, com especial destaque para o significado da arte de governar. Durante séculos o termo política foi empregado para indicar as atividades humanas relacionadas ao Estado e, com o tempo, sua acepção concentrou-se em torno da ideia de atividade humana intimamente ligada com o poder.¹³⁹

Em outro estudo sobre o tema, Norberto Bobbio identificou três teorias fundamentais do poder:¹⁴⁰ a) substancialista – o poder é algo que se possui e se usa como um outro bem qualquer (Hobbes e Russel); b) subjetivista – o poder é a capacidade do sujeito de obter certos efeitos, como ocorre com o poder do soberano fazer as leis e influir, por meio delas, sobre a conduta dos súditos (Locke); c) relacional – por poder deve-se entender uma relação entre dois sujeitos, em que o primeiro obtém do outro um comportamento.

Em todas essas teorias, afirma Bobbio, encontra-se impregnada a ideia de que o poder político detém o monopólio de recorrer à força, em última instância. E isto não se pode negar, uma vez que o poder coativo faz-se exigente para a defesa dos ataques externos, ou mesmo para impedir a própria desagregação interna do sistema social.¹⁴¹

¹³⁷ “É indiscutível que a restrição e controle ocorrem em nome da liberdade, tanto da sociedade, quanto do indivíduo; trata-se de estabelecer limites, os mais amplos possíveis e necessários, para o espaço estatal do governar, a fim de possibilitar a liberdade fora de seu espaço”. ARENDT, Hannah. **O que é política?** Tradução de Reinaldo Guarany. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p.75.

¹³⁸ BOBBIO, Norberto. O Significado Clássico e Moderno de Política. In: BOBBIO, Norberto *et al.* **Política e ciência política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1982, p. 11-21, p. 12.

¹³⁹ BOBBIO, Norberto. O Significado Clássico e Moderno de Política. In: BOBBIO, Norberto *et al.* **Política e ciência política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1982, p. 11-21, p. 12-14. BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 76 e 77.

¹⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 77-78.

¹⁴¹ *Ibid.*, 2007, p. 82-83.

Ao se aderir aos extremos, o que se consegue são rupturas e radicalismos. Por isso, deve-se conciliar a política num *medium* entre a liberdade e o poder. Isso é perceptível na própria obra de Hannah Arendt, momento em que, ao identificar a política com a liberdade, não exclui a necessidade da autoridade, daí a sua magistral contribuição para a Teoria Política na atualidade.

É inegável que a história revela o dilema do homem com o repressivo uso do poder. Neste aspecto, como bem ressalta Michel Foucault, pode-se afirmar que a análise do poder identifica-se com a análise dos mecanismos de repressão.¹⁴² O que se pretende, porém, não é verificar o poder sob a perspectiva sociológica, o que demandaria, indiscutivelmente, a pesquisa empírica; pretende-se, isso sim, verificar como ele se relaciona com a liberdade.

Para bem compreender a política, ela deve ser situada entre a liberdade e o monopólio do poder. Fruto da racionalização deste último, o Direito revela-se como o mediador da tensão provocada pela tentativa de equalização da liberdade com a autoridade. O Direito surge, então, como o uso da política e o controle da autoridade.

Este uso é explicado por Dieter Grimm,¹⁴³ ao se referir à relação entre direito e política. Segundo o referido jurista alemão, a função legislativa do Estado é realizada por meio de deliberações políticas. A partir da publicação e vigência da legislação criada politicamente, ela se torna independente de sua origem política e ganha uma existência autônoma.

Com relação à autoridade, convém trazer o pensamento de Zippelius, ao explicar que, sem a existência de grupo de chefia, nenhum governo consegue tomar decisões, tornando-se incapaz de agir de acordo com uma clara concepção política.¹⁴⁴ A síntese desse pensamento é simplificada por Darcy Azambuja: o poder de obrigar é necessário e encontra-se presente na

¹⁴² “[...] no caso da teoria jurídica clássica o poder é considerado como um direito de que se seria possuidor como de um bem e que se poderia, por conseguinte, transferir ou alienar, total ou parcialmente, por um ato jurídico [...]. Quando o discurso contemporâneo define repetidamente o poder como sendo repressivo, isto não é uma novidade. Hegel foi o primeiro a dizê-lo; depois, Freud e Reich também o disseram. Em todo caso, ser órgão de repressão é no vocabulário atual o qualificativo quase onírico do poder. Não será, então, que a análise do poder deveria ser essencialmente uma análise dos mecanismos de repressão?” FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 12. ed. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1996, p. 174 e 175.

¹⁴³ GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 11 e ss.

¹⁴⁴ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 21.

autoridade de quem vai comandar.¹⁴⁵ Autoridade e liberdade são, na conclusão de Azambuja, condições complementares da vida social: onde uma delas falte, a outra se torna impossível; não podem ser ilimitadas, tendo em vista que uma condiciona e completa a outra.¹⁴⁶

A ordenação da liberdade é transferida ao Estado, que detém o poder e a autoridade, encarnada na pessoa de seus agentes, para criar obrigações e, assim, comandar e ser obedecido. Por essa razão, ele é estruturalmente organizado para garantir uma convivência ordenada, harmoniosa e segura entre os indivíduos. Para estabelecer o chamado bem comum, o Estado reserva para si uma série de competências para impor o seu comando, somente recorrendo à força em último caso. Por essa razão, como novamente assevera Zippelius, uma comunidade só pode funcionar como Estado de Direito, sob uma ordem jurídica onde haja uma certeza de orientação e de realização.¹⁴⁷

Como se observa, há uma nítida relação entre poder, política, Estado e Direito. O Estado se funda na liberdade e necessita de poder para regular a cooperação social, utilizando-se, para tanto, do Direito, originado do discurso político. Nem o Estado nem a política podem sobrepor-se ao direito, o que fatalmente levaria ao fenômeno totalitário.¹⁴⁸ Não basta que o

¹⁴⁵ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005, p. 5

¹⁴⁶ *Ibid.*, 2005, p. 152.

¹⁴⁷ ZIPPELIUS, Reinhold, op. cit., 1997, p. 68-69.

¹⁴⁸ “O Estado, como estrutura organizada de poder e ação, desempenha a função de garantir entre os Homens uma convivência ordenada de forma harmoniosa e segura, sobretudo a de manter a paz e a segurança jurídicas [...]. A fim de poderem cumprir a função de estabelecer a ordem e a paz, os titulares de cargos políticos devem ser dotados de ‘poder estatal’: da faculdade de regular vinculativamente (no âmbito de suas competências) a conduta nesta comunidade e de impor, com os meios do poder, a conduta prescrita, recorrendo até, em caso extremo, ao emprego da força física. [...] Precisamente por isso uma comunidade só pode funcionar também como Estado de Direito, quando nela se encontra à disposição e é utilizado o poder do Estado para a execução do direito. O direito serve como modelo fiável de orientação só enquanto aplicado e executado com firmeza. Em suma: não há Estado de Direito sem segurança jurídica, isto é, sem certeza de orientação; não há certeza de orientação sem certeza de realização”. ZIPPELIUS, Reinhold, op. cit., 1997, p. 68-69. “Para compreender a luta pelo Estado de Direito, parece interessante sublinhar o esforço do Direito para configurar o Estado, tarefa que se desenvolveu lentamente. O Direito deparou-se com elementos de força que precisou dominar, a exemplo do poder político de um sujeito individual – do monarca mais ou menos despótico –, de vários sujeitos – aristocratas e oligarcas –, ou mesmo do poder socioeconômico de grupos privilegiados – senhores feudais. Com o estabelecimento da personalidade jurídica do Estado, o constitucionalismo liberal se consolida. Isso ocorre à medida que a subjetividade do monarca, das oligarquias e dos privilegiados cede lugar à pessoa jurídica do Estado, do qual os monarcas, seus ministros e o chefe de Estado eleito podem ser órgãos. O Direito lutou para se impor mediante o processo de institucionalização política. A institucionalização do poder é ato decisivo da criação do Estado, uma vez que a dissociação do poder em relação às pessoas que o exercem – sustenta Burdeau – é uma idéia mediante a qual os governantes e governados integram o fundamento da organização política vigente. Por isso mesmo é um ato jurídico. [...] Toda institucionalização ajustada ao Direito consagra as qualidades típicas do Estado de Direito: regularidade, clareza e segurança jurídicas, além da submissão das realidades normativas e institucionalizadas ao Direito. [...] Quando o Estado ou partido único se impõem ao Direito e o subordinam, temos o fenômeno do totalitarismo fascista ou nacional-sindicalista.” VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de Direito**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.

Estado esteja erguido apenas sob o manto da legalidade, pois, para que a legislação consagre estabilidade social, exige-se um mínimo de aceitação do povo.

Como se observa, além da necessária articulação entre todos esses aspectos (política, poder, Estado e Direito), o fenômeno do poder deve harmonizar-se com outro elemento, advindo da sociologia. Trata-se do papel da legitimidade, cuja ideia central está associada às razões que levam à obediência (daquele que sofre afetação do poder empiricamente manifestado) e ao comando (daquele que detém o poder).¹⁴⁹

Num sentido sociológico, a legitimidade se prende às razões de estabilidade da ordem social. Por essas razões, não há que se confundir legitimidade com legalidade, embora se entrelacem e se complementem. Essa confusão, aliás, é antiga e remonta aos próprios conceitos *weberianos*.¹⁵⁰ Não basta que as normas jurídicas produzidas pelo Estado respeitem as determinações constitucionais (validade formal e material); exige-se que elas sejam justificadas e aceitas.¹⁵¹ A legitimidade leva à tentativa de compreender porque a população aceita e obedece a um conjunto de normas jurídicas, sem que, para isso, haja o emprego da força.

O problema de como o poder estatal vai se legitimar, ou seja, “como criar um sentimento de pertença”, aponta Luiz Moreira,¹⁵² surge após o fim do Antigo Regime. Haverá tanto mais legitimidade quanto maior o sentimento de pertença: o súdito obedece quando se percebe incluído na ordem estatal, cuja autorização para este poder é dado pelo próprio

146-148.

¹⁴⁹ “Com respeito ao poder político pôs-se tradicionalmente não só o problema da sua definição e dos caracteres que o diferenciam das outras formas de poder, mas também o problema da sua justificação. [...] A recorrente consideração segundo a qual o supremo poder, que é o poder político, deva também ter uma justificação ética (ou, o que é o mesmo, um fundamento jurídico), deu lugar à vária formulação de princípios de legitimidade, isto é, dos vários modos com os quais se procurou dar, a quem detém o poder, uma razão de comandar, e a quem suporta o poder, uma razão de obedecer [...]”. BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 88-89.

¹⁵⁰ *Ibidem*, 2007, p. 107.

¹⁵¹ Ao final, como se verificará, a ilegitimidade da norma representará uma afronta ao princípio democrático, o que fatalmente levará à invalidade da norma ilegítima. Isso não equivale igualar os conceitos de validade/invalidade e legitimidade/ilegitimidade. O âmbito de validade/invalidade refere-se à adequação da produção das normas jurídicas ao procedimento de acordo com o que está estabelecido na norma jurídica superior, em cujo ápice encontra-se a Constituição. Quer seja em razão de vício no procedimento de produção da norma, quer seja por violação das cláusulas pétreas, a contrariedade à Constituição acarretará a invalidade da norma produzida. Já a legitimidade/ilegitimidade pressupõe uma falsa justificativa da norma e o não implemento do Princípio Democrático. A consequência, já se adianta a conclusão, será que a norma ilegítima, nos termos propostos por esta dissertação, também será inconstitucional.

¹⁵² MOREIRA, Luiz. **A constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 50.

dominado. Mas não é somente isso. Outro fator a realçar obediência traduz-se nas ações estatais que proporcionam benesses ao povo, com o propósito de gerar bem-estar e aceitação do domínio.¹⁵³

No momento em que os súditos se convertem em cidadãos, afirma Luiz Moreira,¹⁵⁴ nascem duas esferas de legitimidade, a formal e a material. A legitimidade formal resulta da autoridade competente (necessidade de poder e autocontrole). A legitimidade material é aferida pela sintonia entre as medidas adotadas e a manifestação da vontade popular. O critério material guarda uma estrutura ambivalente: simetria entre a vontade popular e os feitos estatais; finalidade de efetivar direitos.

No pensamento de Georges Burdeau,¹⁵⁵ a legitimidade é uma preocupação dos governantes, pois de nada adiantaria o poder de comandar se a atuação da autoridade não coincidissem com a vontade dos governados. Burdeau acrescenta, em seu pensamento, que a legitimidade, nesse sentido, representa um acréscimo de poder: por vir do consentimento do povo, ela conduz à dissociação do poder às personalidades de quem o exerce.

Por outro lado, não se descarta que a legitimidade pode ser utilizada num sentido inverso pelos governantes, como bem destaca Gelson Fonseca Júnior: o vocábulo “legitimidade”, às vezes, é empregado para fundamentar as possibilidades do novo, fazendo-

¹⁵³ “A introyeção da normatividade estatal é permeada por uma interessante arquitetura firmada a partir da obrigatoriedade da norma estatal decorrente do monopólio da força com a promoção de benesses orquestradas pelo Estado, com o propósito de gerar bem-estar”. Ibid., 2007, p. 79.

¹⁵⁴ Ibid., 2007, p. 48.

¹⁵⁵ “A preocupação com segurança que anima os governados coincide, por suas conseqüências, com a vontade dos governantes de serem legítimos. Poucos chefes há que, tendo a força de comandar, não procurem fazer que lhes reconheça esse direito. Com efeito, é que esse direito colocará seu título ao abrigo das reivindicações de seus rivais e o garantirá contra os temíveis efeitos de um enfraquecimento da força ou de um abandono da sorte. É esse direito que se vincula à legitimidade. [...] Se os chefes têm tanto apreço por serem considerados legítimos é porque a legitimidade lhes traz um acréscimo de autoridade que só podem receber dela. Ao Poder que se impõe, ela acrescenta um poder consentido, uma vez que ninguém pode pretender-se autoridade legítima se não é reconhecido como tal. O que faz o valor insubstituível da legitimidade é, portanto, o fato de ela não depender da vontade nem da força de quem a usufrui. [...] Não há, de fato, outras definições da legitimidade além da que a apresenta como um Poder fundamentado no direito. [...] Fora da institucionalização do poder não há solução para a legitimidade. [...] a Legitimidade conduz a dissociação do Poder das personalidades que o exercem”. BURDEAU, Georges. **O Estado**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 27-30.

se presente quando se pretende justificar mudanças, como acontece, v.g., nos argumentos em defesa da lei nova ou do regime novo.¹⁵⁶

No sentido político-sociológico, a legitimidade pode ser compreendida em duas perspectivas, que, ao final, se abraçam. São elas: a) *a justificação do poder* (elemento teleológico/político); b) *aceitação do poder pelos destinatários* (elemento psicológico/sociológico).

De acordo com o primeiro elemento (*justificação do poder*), o poder só é legítimo se visualizado numa perspectiva democrática, ou seja, quando o povo transfere o poder às instituições estatais, as quais caberão utilizá-lo para garantir a estabilidade das relações sociais. Para tal mister, aqueles que ocuparem os postos de comando dentro da organização dos poderes estatais deverão atuar segundo as necessidades dos representados. Somente assim se consegue a justificação. Com relação ao segundo elemento (*aceitação do poder pelos destinatários*), o poder, por necessitar de estabilidade e segurança, requer, para sua implementação, a aceitação pelos dominados, o que ocorrerá na medida em que o povo consentir e comungar dos atos de poder.¹⁵⁷

A ilegitimidade da norma nova, na concepção de Fonseca Junior,¹⁵⁸ significa a incompatibilidade com os valores dos grupos sociais. Ilegítima seria, para ele, o descompasso

¹⁵⁶ “[...] a ‘noção sociológica’ de legitimidade, que encontra o seu estatuto moderno na obra de Weber, está longe de constituir objeto de consenso. O que ela procura compreender é perceptível no cotidiano político: o fato de que ‘algo’ explica por que, dentro de comunidades nacionais, a população aceita um determinado regime político e, sem que seja forçada, obedece a um conjunto de normas jurídicas. As marcas externas do fenômeno da legitimidade são, portanto, claras.” FONSECA JUNIOR, Gelson. **A legitimidade e outras questões internacionais**. 2 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 137.

¹⁵⁷ “Sem legitimidade o poder não é tranqüilo; seu exercício, então baseado na força bruta, pode sucumbir a qualquer momento, sendo bastante os dominados se organizarem ou se revoltarem em turba contida. A legitimidade, assim, é responsável pelo convencimento do dever de aceitação das ordens, das decisões, das diretivas de quem comanda e das medidas coercitivas. [...] O poder necessita de segurança. E esta vem da aceitação dos dominados. Neste ponto, a democracia mostra-se bastante convincente, pois sugere a idéia de que os dominados também participam do poder e, por isto mesmo, sentem-se também dominantes, comungantes dos atos de poder, ao elegerem aqueles que exercitarão as funções a eles conferidas.” LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira**. Estudo de casos: abordagem interdisciplinar de Sociologia Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 105. “Por meio do sujeito de direito entendido como universalidade de inclusão e reconhecimento, surge num horizonte da modernidade a estrutura intersubjetiva de direitos. No momento em que essa estrutura é instituída, forma-se a legitimidade. Por ser jurídica, a inter-relação entre sujeitos é mediada por uma liberdade de associação e criação de uma ordenação estatal que prescreve e disciplina condutas. Ao obedecerem às leis estabelecidas por eles próprios, todo o monopólio do poder jurídico concentra-se nos sujeitos de direito.” MOREIRA, Luiz. **A constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 34.

¹⁵⁸ FONSECA JUNIOR, Gelson, op. cit., 2004, p. 139.

entre os valores do tempo com os enunciados normativos, o que gera o enfraquecimento do seu comando e abre a possibilidade para que ela seja reformada. A ilegitimidade se revela de múltiplas formas, destacando-se, segundo Fonseca Júnior:¹⁵⁹ o descumprimento da norma e a crítica social (a oposição de vários setores sociais, v.g.).

Como saber, porém, se a norma deixou de ser legítima? Fonseca Júnior propõe duas medidas:¹⁶⁰ a) a maneira mais usual e prática dar-se-á por meio de pesquisas de opinião pública, inclinação de políticos e o consenso de intelectuais – o que se torna mais difícil de aferir quando se está diante de temas polêmicos; b) a outra aproxima-se da ética e repousaria num fundamento *jusnaturalista*. A essas, sugere-se, como terceiro conjunto de medidas, dois instrumentos da democracia direta: c) plebiscito e referendo.

4.3.1.4 Legitimidade e *espírito* constituinte

No estudo do constitucionalismo, existe um poder, apoiado em princípios morais, que fundamenta a criação da Constituição. Trata-se do Poder Constituinte, a quem Sieyès atribuiu a exclusiva qualidade de ilimitado, porquanto expressa o poder da nação (povo) em criar a lei fundamental do Estado.¹⁶¹ O mesmo conceito se repete em Antonio Negri, segundo o qual o Poder Constituinte é o ato imperativo da nação de fazer uma nova Constituição.¹⁶² O Poder Constituinte originário, para José de Albuquerque Rocha¹⁶³ e Gustavo Just da Costa e

¹⁵⁹ FONSECA JUNIOR, Gelson, op. cit., 2004, p. 141.

¹⁶⁰ “Uma mais fácil e que tomará, como base, condições sociológicas, razoavelmente mensuráveis em situações democráticas. Pode-se, em algumas circunstâncias, ‘medir’ o momento em que a norma fica em descompasso com a realidade que pretende regular. Se, em determinado país, as pesquisas de opinião pública, a inclinação de políticos, o consenso de intelectuais convergem na crítica à pena de morte, é razoável pensar que perdeu a legitimidade e caducara como sanção no direito penal. [...] A segunda forma de medir escapa do sociológico e recorrerá a algum tipo de apoio filosófico. É a visão clássica, expressa por Antígona, de que existe uma ‘lei’, superior à norma que os homens criam, que seria a fonte legítima e, portanto, o padrão ideal de avaliação das normas concretas. Aqui, a legitimidade se aproxima-se da ética e abre a história da idéia da ‘lei natural’”. FONSECA JUNIOR, Gelson, op. cit., 2004, p. 140-142.

¹⁶¹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. Qu’est-ce que Le Tiers État? 4. ed. Tradução de Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 48 e ss.

¹⁶² NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 8-9.

¹⁶³ “O princípio democrático fora da Constituição, isto é, como princípio moral em sentido amplo legitima o poder constituinte, ou seja, o poder que vai formular a Constituição instituindo o Estado, seus poderes etc. e, por extensão, a Constituição por ele reformulada. [...] Por ser assunto de relevância para nossos objetivos, repetiríamos que a legitimidade, a exemplo da validade, envolve igualmente uma relação entre normas, só que entre uma norma jurídica, a Constituição, que funda o sistema jurídico, e uma norma moral, logo extrajurídica, que é o princípio democrático. Todavia, com o advento do Estado constitucional, o princípio democrático foi trazido para dentro do ordenamento jurídico, assumindo assim a natureza de princípio jurídico, fundamentado e regulado por normas jurídicas de classe constitucional. Com essa qualidade jurídica, o princípio democrático

Silva,¹⁶⁴ representa o Princípio Democrático fora da Constituição, entendido como o conjunto de preceitos morais exteriores à própria Constituição, haja vista que anteriores a ela.

A legitimidade, neste momento pré-constitucional, repousa numa norma moral, igualando-se, na proposta de Rocha, com o princípio democrático:¹⁶⁵ na Assembleia Constituinte, a legitimidade veste uma roupagem moral, ao passo que, na vigência da Constituição, a legitimidade constitucionaliza-se sob o manto do Princípio Democrático, desta vez, positivado.

Gustavo Just pondera o caráter absoluto do espírito constituinte com a necessidade de abertura da Constituição às transformações político-sociais. Por essa razão, na acepção do mencionado jurista, o Poder Constituinte esgota-se no ato de promulgação da Constituição, não mais voltando a atuar no cenário jurídico, salvo se for para substituí-la.¹⁶⁶

passou a ser elemento essencial do processo de produção do direito, sendo requisito de validade formal das normas jurídicas e não apenas princípio moral como, antes, no Estado legislativo”. ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 112 e 120.

¹⁶⁴ “[...] legitimidade é uma noção exterior à norma; é algo que expressa justamente uma relação entre a norma e aqueles que a vivenciam. Em outras palavras, a legitimidade tem muito a ver com a convergência entre a constituição e as expectativas que lhe são dirigidas; aquilo em que consiste essa convergência não se modifica em virtude daquilo que a constituição pareça declarar a respeito.” SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 111-112.

¹⁶⁵ “Por fim, respondendo à questão formulada, no início, sobre a extensão do âmbito de aplicação do predicado da legitimidade, diríamos que o princípio democrático como fundamento da legitimidade nas modernas sociedades democráticas, enquanto princípio político fora da Constituição, é predicável do poder político e, por extensão, da Constituição que nele encontra seu fundamento de legitimidade. Enquanto princípio embutido na Constituição, ou seja, como princípio jurídico, regulado por normas constitucionais das quais extrai seu fundamento de validade, é predicável do ordenamento jurídico como um todo e de cada uma de suas normas.” ROCHA, José de Albuquerque, op. cit., 2009, p. 113. “Consagrou-se a democracia mediante alusão a um aspecto particular do princípio, a caracterização do sufrágio. Como visto acima, a adoção dessa técnica impõe o ônus de uma fundamentação específica para a afirmação de que o princípio (no caso, a democracia) em toda a sua plenipotencialidade de expansão normativa é que está protegido, e não apenas o seu aspecto mencionado. [...] A própria configuração atual dos princípios expressa, em sua contingência, um grau de realização positiva aquém daquele que poderia ser considerado maximamente correspondente ao respectivo mandamento de otimização. [...] Nesse ponto, o principal risco da teoria dos limites como princípios consiste em propugnar a sua interpretação restritiva como modo de preservar a abertura da constituição. [...] Para além das contingências de sua regulação constitucional, os princípios-limite têm um conteúdo essencial que poderia determinar o grau mínimo de sua concretização positiva. Mas a indagação acerca do conteúdo essencial dos valores políticos fundamentais da Constituição não é respondida por algum elemento de direito positivo. Essa é uma questão em primeira linha político-filosófica, situada, como tal, no campo do discurso prático geral. [...] Seria mais do que ingênuo imaginar que fosse possível, no âmbito de um discurso prático geral, indicar com exata precisão em que consiste o conteúdo essencial dos princípios-limite, de que se possa derivar o grau mínimo de sua concretização jurídico-institucional. Esse mínimo não expressa uma noção mensurável segundo critérios comuns às variadas nuances que podem assumir, ainda que numa mesma época e num mesmo contexto, as representações dos valores políticos fundamentais”. SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 103; 245-247.

¹⁶⁶ SILVA, Gustavo Just da Costa e, op. cit., 2000, p. 198-200.

Tese oposta é a elaborada por Antonio Negri: o Poder Constituinte é a fera indomável que o poder constituído pretende amestrar.¹⁶⁷ Em seu estudo, Negri expõe a fragilidade sofismática presente na tentativa de conciliar a democracia com o constitucionalismo. O Poder Constituinte é a força da nação (entendida como povo), portanto soberana, absoluta e ilimitada que se forma e se reforma, projetando-se continuamente. O constitucionalismo, ao contrário, apoia-se nas potências consolidadas; ao olhar somente para o passado, ele se torna inerte, o que lhe convém alicerçar-se na ideia de limitação do poder.¹⁶⁸

O Poder Constituinte, prossegue Negri, vive em busca de seu próprio devir: “o trabalho da sociedade entrará em confronto com o trabalho morto acumulado pelo poder”.¹⁶⁹ Pela mesma razão, a legitimidade não se esgota depois de vigente a Constituição, sob pena de o constitucionalismo sufocar o Princípio Democrático. Tal qual o Poder Constituinte definido por Negri, a legitimidade¹⁷⁰ também “não pode se manter à permanência estática e cerceadora da vida constitucional”.¹⁷¹

¹⁶⁷ “Transcendente, imanente ou coextensiva, a relação que a ciência jurídica (e, através dela, o ordenamento constituído) quer impor ao poder constituinte atua de modo a neutralizá-lo, a mistificá-lo, ou melhor, de esvaziá-lo de sentido”. NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 19.

¹⁶⁸ “O paradigma do poder constituinte, ao contrário, é aquele de uma força que irrompe, quebra, interrompe, desfaz todo equilíbrio preexistente e toda continuidade possível. O poder constituinte está ligado à idéia de democracia, concebida como poder absoluto. [...] Pré-formadora e imaginária, esta dimensão entra em choque com o constitucionalismo, de maneira direta, forte e duradoura. Neste caso, nem a história alivia as contradições do presente; ao contrário, luta mortal entre democracia e constitucionalismo, entre poder constituinte e as teorias práticas dos limites da democracia, torna-se cada vez mais presente à medida em que a história amadurece o seu curso. No conceito de poder constituinte está a idéia de que o passado não explica mais o presente, e que somente o futuro poderá fazê-lo. ‘Sem o passado para iluminar o futuro, o espírito caminha em meio às trevas’: paradoxalmente, esta expressão negativa esclarece, mais do que qualquer outra explicação, o nascimento da ‘democracia na América’. E é por isto que o poder constituinte se forma e reforma incessantemente em todo lugar. A pretensão do constitucionalismo em regular juridicamente o poder constituinte não é apenas estúpida apenas porque quer – e quando quer – dividi-lo; ela o é sobretudo quando quer bloquear sua temporalidade constitutiva. O constitucionalismo é uma doutrina jurídica que conhece somente o passado, é uma referencia contínua ao tempo transcorrido, às potências consolidadas e à sua inércia, ao espírito que se dobra sobre si mesmo – ao passo que o poder constituinte, ao contrário, é sempre tempo forte e futuro”. NEGRI, Antonio, op. cit., 2002, p. 21-22.

¹⁶⁹ NEGRI, Antonio, op. cit., 2002, p. 423.

¹⁷⁰ De acordo com as idéias desenvolvidas nesta pesquisa, a legitimidade aproxima-se do espírito do Poder Constituinte elaborado por Negri, daí a razão do uso da definição do jurista italiano para justificar que a legitimidade não pode ser sufragada pelo constitucionalismo. Pelo contrário, a renovação constitucional por meio do poder reformador deve implementar e evoluir a democracia. A tese aqui desenvolvida é no sentido de conjugar os conceitos sociológicos e políticos da legitimidade (justificação baseada na realidade e aceitação/sentimento de pertença) com a idéia de força democrática permanente do Poder Constituinte de Negri.

¹⁷¹ “Todas as linhas da nossa pesquisa nos conduzem a uma conclusão: o Poder Constituinte é um sujeito. Este sujeito, esta subjetividade coletiva, desprende-se de todas as condições e contradições aos quais a sua força constituinte é submetida nos momentos cruciais da história política e constitucional. Este sujeito não é progressivo; ao contrário, é a antítese contínua de toda progressão constitucional e o sujeito constituinte nunca se submete à permanência estática e cerceadora da vida constitucional. Dito isto, é necessário esclarecer a natureza desta subjetividade.” NEGRI, Antonio, op. cit., 2002, p. 447.

Se for levada em consideração a proposta de Negri, a legitimidade tanto está presente como valor moral no espírito constituinte (Poder Constituinte Originário), como na Constituição positivada (Poder Constituído). No momento da Assembleia Constituinte, a legitimidade termina por se equiparar ao próprio espírito constituinte. Porém, seguindo a linha de pensamento de Negri, o Poder Constituinte não falece diante do poder constituído. Por essa razão, após o início da vigência da Constituição, a legitimidade se revela como vetor de implemento do Princípio Democrático. A respeito da concretização da democracia pelo Poder Constituinte, em que pese não mencionar a palavra *implemento*, Friedrich Müller¹⁷² formula uma gradação da legitimidade, que se dá mediante a incorporação dessa pretensão ao texto da Constituição.

A legitimidade, assim, pode ser entendida como espírito constituinte do povo que autoriza a elaboração da Constituição (presente no Poder Constituinte Originário) e como vetor de implemento do Princípio Democrático (quando vigente a Constituição). O primeiro aspecto da legitimidade, ou seja, considerada um valor moral, é amplamente destacado pela doutrina, conforme asseverou José de Albuquerque Rocha. Todavia, a legitimidade como implemento democrático é a proposta deste trabalho e origina-se dos discursos de Negri e Müller. A legitimidade funcionará, desse modo, como limite ao poder constituído e como implemento do Princípio Democrático:

1) *Legitimidade como limite*: a legitimidade baliza as justificativas do poder constituído a critérios reais, sob pena de o povo transformar-se em mero ícone do discurso reformador. Como consequência, constatada a utilização do embuste para justificar a reforma, a emenda constitucional tornar-se-ia ilegítima;

2) *Legitimidade como implemento*: a legitimidade traz o sentido de implementação democrática, em cumprimento ao Princípio Democrático. Impõe-se um dever ao poder reformador de promover alterações que adéque a Constituição aos novos

¹⁷² A respeito da concretização da democracia pelo Poder Constituinte, em que pese não se referir expressamente a um implemento, Friedrich Müller formula uma gradação da legitimidade: “a incorporação dessa pretensão ao texto (Vertextung) da constituição tem por interlocutor (Gegenüber) o povo enquanto instância de atribuição; o procedimento democrático de pôr em vigor a constituição dirige-se ao povo ativo; e a preservação de um cerne constitucional (que sempre é também democrático) na duração do tempo investe o povo-destinatário nos seus direitos. Lá, onde esses aspectos da pretensão de legitimação permanecem apenas fictícios, o discurso se torna icônico [...]” MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 108.

anseios democráticos, conjugando, assim, a dicotomia da unidade da Constituição com sua abertura às transformações político-sociais. Neste último aspecto, a emenda constitucional que eventualmente altere uma norma constitucional carente do espírito democrático não seria inconstitucional porque não há violação dos limites substanciais (cláusula pétrea). Haveria, neste caso, ilegitimidade por não implementar a democracia quando evidentes os anseios populares.

O espírito constituinte do Poder Constituinte Originário não falece com a vigência da Constituição. Ele projeta-se no poder reformador, visualizado como princípio que se propõe à implementação da democracia. Não cabe à reforma constitucional se conformar apenas aos limites formais e materiais (art. 60, CF) – âmbito de validade/invalidade. Ao Poder Constituinte Reformador se impõe um dever, o de avançar a democracia. É neste sentido que a legitimidade é tratada neste trabalho: como limite ao poder reformador e como implemento do Princípio Democrático, pois é desta maneira que o poder se justifica e consegue alcançar a aceitação, gerando no povo um verdadeiro sentimento de pertença.

Estas questões mereciam uma análise mais profunda, senão entrar na questão da legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional ficaria esvaziada de sentido, principalmente porque, quando a doutrina trata da defesa ou crítica deste tipo de legitimidade, ela não define esta expressão com precisão. Neste contexto, quando os estudiosos se referem à legitimidade, ela está adjetivada com a expressão *democrática*. De um lado, uma corrente entende pela legitimidade da jurisdição constitucional brasileira. De outro, a tese oposta, isto é, a carência da legitimidade no sistema brasileiro.

A defesa da legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional brasileira, já foi observado, apoia-se nos seguintes argumentos:¹⁷³

- 1) *Legitimidade de origem*: a configuração do modelo judicial brasileiro é legítimo porque decorre do Poder Constituinte Originário e representa pressuposto da Supremacia Constitucional;

¹⁷³ TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: IBDC/Celso Bastos, 1998. LEITE, José Adércio Sampaio. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

2) *Legitimidade pelo resultado*: está relacionada ao processo argumentativo que gera o consenso judicial, principalmente quando se admite a participação de grupos que representem os clamores sociais nos processos de controle concentrado de constitucionalidade;

3) *Justificativa da Jurisdição Constitucional*: justifica-se na medida em que contribui para o aperfeiçoamento das instâncias sociais, da formação de consensos políticos e sociais, bem como tem permitido uma atualização dos valores fundamentais da comunidade.

4) *Caráter democrático da Justiça Constitucional*: decorre de sua função de promover e alargar o consenso constitucional. O Princípio Democrático, para essa corrente, não se confunde com participação popular na composição dos Tribunais. Ele está na legitimidade ativa nos processos de controle concentrado e na figura do *amicus curiae*;

5) *O Judiciário assumiu uma feição ativa em razão da necessidade de reequilibrar os Poderes e de reexaminar os motivos do legislador*: eventual choque entre as decisões do *Tribunal Constitucional* com as opiniões da maioria parlamentar será suprido caso a função judiciária restrinja-se à tutela das regras do jogo democrático. Neste aspecto, a imparcialidade da Jurisdição Constitucional é uma característica que facilita o livre desenvolvimento das forças sociais e políticas. A sua intervenção no processo político destina-se a assegurar a efetividade do sufrágio universal, especialmente garantir a participação igualitária dos grupos minoritários.

A crítica quanto à carência de legitimidade da Jurisdição Constitucional brasileira, em especial a ilegitimidade do Supremo Tribunal Federal, tem como suporte as seguintes considerações:¹⁷⁴

1) Embora reconheça a legitimidade de origem, para que ela se renove, exigem-se: a) *um modelo de democracia substantiva*, onde estejam presentes limites à vontade da

¹⁷⁴ CARVALHO, Lucas Borges de. **Jurisdição constitucional & democracia** – integridade e pragmatismo nas decisões o Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá, 2007. VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

maioria; b) *a aplicação do direito apoiada no conceito de integridade*, ou seja, a interpretação judicial principiológica e coerente com a prática constitucional.

2) *Ilegitimidade do STF*: não segue um parâmetro uniforme na aplicação do Direito, ora inclinando-se para o pragmatismo jurídico, ora aplicando-o como integridade. O STF não constantemente reformula suas decisões, muitas vezes entrando em contradições, decidindo ao calor do cenário político do momento. Tudo isso desprestigia a democracia substantiva e reduz a legitimidade política do STF.

3) *Problema da abstrativização do controle difuso*: o uso da metodologia do controle concentrado de constitucionalidade nos processos em que se discute o caso concreto dá primazia à segurança jurídica, mas esvazia a independência do juiz de primeiro grau, impedindo-o de ponderar as situações peculiares de cada processo.

Dessas observações recuperadas do início deste *Capítulo*, depreende-se que a Jurisdição Constitucional, acima de qualquer crítica, é um avanço no modelo judicial. É incontestável a sua legitimidade de origem. O problema maior não está na previsão dos novos poderes incorporados ao STF. O maior perigo encontra-se na falta do controle sobre uma Corte que pretende assumir o papel de *Tribunal Constitucional* de perfil europeu, sobretudo diante de sua composição autocrática. E qual a importância da proposição da legitimidade *como limite e como implemento*? Será visto nos tópicos a seguir.

4.3.2 O Judiciário e a legitimidade

A dificuldade de visualizar a legitimidade do Judiciário deve-se ao fato de que a participação do povo somente se faz presente no Tribunal do Júri. Não se admite plebiscito ou referendo para a cassação de decisões judiciais, uma vez que esses instrumentos da soberania popular são próprios para atos do Executivo e do Legislativo.

O *Princípio Democrático*, no Judiciário, atua de maneira diversa. Apesar da vontade da maioria não poder modificar o mérito das decisões judiciais, o povo participa da construção da decisão judicial de maneira instrumental: a) *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade; b) atuação do Ministério Público na defesa dos interesses difusos e

coletivos; c) atuação da Defensoria Pública, mais próxima e ciente das pretensões da maioria da população; d) possibilidade de algumas entidades provocarem o controle concentrado de constitucionalidade; e) por meio das ações constitucionais (ação popular, mandado de injunção, *habeas data* e *habeas corpus*).

A legitimidade renova-se constantemente. Ela não se perde nem falece com o poder constituído. Ela orienta o Poder Constituinte Derivado, de forma a não permitir o uso de vontades que não expressem a “realidade social cotidiana”¹⁷⁵ e exige o implemento da democracia substancial. Uma emenda constitucional não pode se afastar dessas ideias. A legitimidade é expressão da democracia, mas não se confunde com outro princípio, o da *Soberania Popular*, nem com o *Princípio Democrático*. A legitimidade orienta a manifestação de poder (mais precisamente as funções estatais) para que implemente o *Princípio Democrático*.

No Legislativo, a produção legislativa, em seu aspecto formal, deverá guardar compatibilidade com as regras constitucionais do processo legislativo. Em seu aspecto substancial, não podem fugir do que determina o art. 60, ou seja, não pode violar as chamadas cláusulas pétreas. Além disso, qualquer alteração legislativa não pode se distanciar dos critérios da legitimidade: justificação da reforma, desde que não se utilize do embuste para mascarar a realidade da vida vivida; realização da democracia.

No Executivo, a legitimidade está presente, *v.g.*, nas atividades administrativas: devem observar os princípios constitucionais, mas, mesmo cumprindo a Constituição, não podem fugir do binômio legitimador: justificação (na realidade) e implementação democrática. É o que ocorre com a representação de cidadãos nos Conselhos de Contribuintes, nos Conselhos Tutelares, nos Conselhos de Classe, a participação das comunidades no Orçamento de Prefeituras ou do Estado; revela-se, também, com o exercício do direito de greve (pode ter

¹⁷⁵ De acordo com Friedrich Müller, a “democracia moderna avançada não é simplesmente um determinado dispositivo de técnica jurídica sobre como colocar em vigor textos de normas; não é, portanto, apenas uma estrutura (legislatória) de textos, o que vale essencialmente também para o Estado de Direito. Não é tão somente o status activus democrático. Além disso, ela é – e nesse sentido ainda ao nível da estruturação textual – o dispositivo organizacional para que prescrições postas em vigor de forma democrática também caracterizem efetivamente o fazer do Poder Executivo e do Poder Judiciário. É o dispositivo organizacional para que impulsos de normatização democraticamente mediados configurem aquilo, para que eles foram textificados e postos em vigor com tanto esforço: a realidade social cotidiana (e com isso também a realidade individual)”. MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 114-115.

como consequência melhorias para a categoria), o exercício do direito de reunião (manifestações populares nas ruas), movimentos sociais, organizações não governamentais, associações etc.

No Judiciário, as decisões judiciais não terão legitimidade se forem fundamentadas em falseabilidade dos fatos e violarem o senso de justiça da sociedade (o que resultaria na falta de consentimento/aceitação). Vista sob o viés do espírito constituinte originário, torna-se indiscutível a presença da legitimidade da Jurisdição Constitucional, posto que autorizada pelo povo na Assembleia Constituinte que organizou a Jurisdição Constitucional da forma como textualizada na Constituição de 1988.

O que interessa é saber se o segundo viés (implemento da democracia) está manifestado nas reformas promovidas pela EC n.º 45, ou seja, se elas lançaram às alterações a implementação do Princípio Democrático. Sendo negativa a resposta, mesmo que não haja afronta às cláusulas pétreas (validade material) ou ao procedimento do processo legislativo (validade formal), flagrante estará a ilegitimidade.

A conclusão pela legitimidade ou ilegitimidade, de acordo com a proposta deste estudo, não é de difícil compreensão. A complexidade reside nas consequências da ilegitimidade. Neste ponto, a carência de legitimidade não poderia resultar senão na invalidade da reforma constitucional. Porém, não em razão de violação dos limites do art. 60 da Constituição, mas porque a democracia retrocedeu, ao invés de avançar.

De todas as inovações da EC n.º 45, a Súmula Vinculante e o Conselho Nacional de Justiça apresentam problemas de adequação à legitimidade. Por outro lado, os superpoderes atribuídos ao STF também merecem algumas ressalvas, em confronto, também, com o critério da legitimidade de acordo com a perspectiva lançada por este trabalho. É o que será visto a partir do próximo tópico.

4.3.2.1 O STF e a legitimidade

O legislador reformador, aproveitando-se do alegado caos no Judiciário, sob a justificativa de adequar sua estruturação ao Princípio Democrático, criou diversos

mecanismos que deram amplos poderes, e nenhum controle, ao Supremo Tribunal Federal. Isolando a análise quanto à legitimidade (viés de promoção do princípio democrático), nos moldes propostos por este trabalho, constata-se que esta ampliação de poderes reforçou a autocracia dos tribunais, em especial o do STF – e revela-se incompatível com a concretização da democracia e, portanto, flagrante a sua ilegitimidade.

A legitimidade, de acordo com o segundo viés proposto logo atrás, tem como sinônimo não o princípio democrático, mas iguala-se ao dever de implementação deste princípio. A EC n.º 45/2004 seria constitucional (válida) e legítima, inválida ou ilegítima? A visível não conformação da emenda com os anseios do povo por um Judiciário mais democrático deixa ampla margem para se afirmar que dois pontos da *Reforma do Judiciário* são ilegítimos e, como consequência, inválidos e inconstitucionais. Mas quais seriam estes pontos da Reforma do Judiciário? Seriam a Súmula Vinculante e o Conselho Nacional de Justiça.

4.3.2.2 Súmula Vinculante e Conselho Nacional de Justiça: inconstitucionalidade e ilegitimidade

A *Reforma do Judiciário* poderá comprometer a atuação social do juiz de primeiro grau, correndo-se o risco de torná-lo juiz hermético, insensível à realidade social, tendo em vista que a meta das altas Cortes e do CNJ é a mera submissão do magistrado às determinações vindas de cima. A função do juiz, entretanto, não lhe permite ser um sujeito neutro, “asséptico” e que priorize sua ascensão funcional. Ao contrário, o magistrado não pode se esquecer que sua principal finalidade é aplicar o Direito e atingir a justiça, uma vez que ele possui um papel ativo no sistema estatal. Afinal, se a própria ciência jurídica é evolutiva, o magistrado tem o dever de inovar a interpretação constitucional, de forma a acompanhar as transformações da sociedade.

Como afirma Zaffaroni,¹⁷⁶ não é permitido ao juiz se enclausurar num fórum ou Tribunal, posto que ele não possui um “componente sobre-humano”, mas sim é um ser no mundo revestido do poder de aplicação do Direito. É válido ressaltar, neste contexto, as duas involuções trazidas pelo CNJ e pelas súmulas de efeitos vinculantes: apesar de o CNJ não

¹⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos.** Tradução Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995, p. 160.

interferir diretamente na atividade jurisdicional, é evidente que o controle administrativo, se mal empregado, tende a continuar tolhendo o livre convencimento dos magistrados; a Súmula Vinculante, por seu turno, é outro instrumento que retira do juiz a independência de modular seu enunciado às peculiaridades do caso concreto. Ela implica, de certo modo, o retorno do juiz mecanicista, desta vez não como “juiz boca da lei”, mas sim como juiz aplicador mecânico de súmula. Na assertiva de José de Albuquerque Rocha, tem-se, agora, o “juiz boca da súmula”,¹⁷⁷ ou, mais propriamente, *juiz boca do STF*.

O poder do povo torna-se paralisado com a criação da Súmula Vinculante, uma vez que esta provém de um órgão de feição oligárquica e não detentora de representatividade popular. A função política do Poder Legislativo é substituída por um Judiciário produtor de normas gerais e abstratas, o que, por isso mesmo, já adianta concluir pela inconstitucionalidade das Súmulas Vinculantes.¹⁷⁸ A normatização que, numa democracia, perpassa pelo debate político, passa a percorrer um caminho inverso, de cima para baixo, da cúpula do Judiciário para os sujeitos de direito – o que termina por sufocar o espírito constituinte do povo. Além disso, a independência do juiz – considerada pressuposto para a limitação efetiva dos poderes e garantia dos direitos fundamentais – ficou abalada.¹⁷⁹

A vida vivida, tão bem captada pelos juízes de primeiro grau, possibilita maior entrelaçamento da tridimensional categoria *realeana* do Direito:¹⁸⁰ o fato com a norma e a sua valoração por um juiz independente. A produção do Direito, pelo STF, é justificada em nome da celeridade e da segurança da prestação jurisdicional, porém afasta o povo do debate.

O problema da morosidade pretendeu ser resolvido, pela EC n.º 45, com a Súmula Vinculante. Esta solução, entretanto, conferiu um poder extraordinário ao STF, pois apenas oito juízes podem decidir sumular uma matéria mesmo se contar com a total desaprovação da classe nacional de magistrados, como é o caso da súmula das algemas (Súmula Vinculante n.º

¹⁷⁷ ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 133.

¹⁷⁸ Esta é, também, a conclusão de José de Albuquerque Rocha. *Ibid.*, 2009.

¹⁷⁹ Como bem explica José Adércio Sampaio Leite, a independência do juiz é garantia da Constituição e dos direitos fundamentais contra o mau humor dos governantes e a indevida intromissão governamental em assuntos privados que não prospecta valores sociais. Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 117.

¹⁸⁰ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva: 1968, p. 73-74.

11).¹⁸¹ Elegem-se os onze ministros do STF como os detentores da verdade.

Outro grande problema da SV é a incapacidade de flexibilização de sua aplicação pelos órgãos judiciários situados abaixo do STF. Ora, se até as leis podem deixar de ser aplicadas em determinado caso concreto, como aplicar o Princípio da Razoabilidade na SV? A Lei n.º 11.417/2009 não resolve o problema.

O Direito, por ser objeto de ciência (a Ciência Jurídica), tem as suas premissas sujeitas à dialética e às refutações.¹⁸² A Súmula Vinculante retira a cientificidade do Direito, pois o novo regramento constitucional impede esse movimento dialético da discussão judicial. Há grande risco de o papel do juiz tornar-se um mero carimbador de sentenças, na medida em que estas súmulas forem se proliferando. Bastará um carimbo com o número da súmula? Como ficarão as peculiaridades do caso concreto, uma vez que o magistrado não tem o poder de afastar a incidência da SV? A Lei n.º 11.417/2007, que regulamenta o art. 103-A da Constituição, não permite nenhum tipo de ponderação pelo magistrado: é tudo, ou nada.

Se não houver a possibilidade de ponderação da SV, corre-se o risco de interrupção da inovação do Direito. Por outro lado, a SV, se bem utilizada, pode ser um útil instrumento por dissipar de uma vez por todas os processos repetitivos, mas desde que a súmula preveja uma solução justa e adequada à efetiva garantia dos direitos fundamentais. Há um regresso ao formalismo jurídico, ao direito rígido e hermético. Ou se aplica SV, ou a descumpre, gerando a possibilidade de a parte prejudicada propor Reclamação diretamente no STF, o que poderá render ao magistrado processo disciplinar no Conselho Nacional de Justiça.

As súmulas não vinculantes sofriam alterações nos seus enunciados exatamente porque eles não eram obrigatórios: aquele direito por ela veiculado, ao tornar-se desconexo com as

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n.º 11. “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de responsabilidade civil do Estado”.

¹⁸² O conhecimento científico não surge espontaneamente, pois as teorias originam-se dos questionamentos. A sua dinâmica progressiva não implica rupturas definitivas e instantâneas com o passado, mas, como sintetiza Karl Popper, o crescimento do conhecimento “consiste no aprimoramento do conhecimento existente, que é mudado com a esperança de chegar mais perto da verdade”. POPPER, Karl Raymund. **Conjecturas e refutações**. 2. ed. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1982, p. 76. E o que não permite à ciência cair em estagnação é, exatamente, o seu caráter refutador. POPPER, Karl Raymund. **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**: Belo Horizonte: Itatiaia, 1975, p. 269.

mudanças sociais, era mais facilmente modificado pelo STF, principalmente porque eram levadas em consideração as justificativas dos tribunais e dos magistrados. Por essa falta de obrigatoriedade, o juiz poderia dar a sua interpretação em conformidade com o caso concreto, restando à parte sucumbente levantar uma nova discussão perante o Tribunal, que poderia modificar, ou não, a decisão. No STJ, por exemplo, algum ministro poderia lançar uma nova visão sobre o objeto litigioso e demonstrar o equívoco e inadequação da súmula. Então, ela poderia ser modificada ou cancelada pelo STF.

O instituto da SV é tormentoso: se for usada apenas para questões que envolvam a violação de direitos humanos e garantias fundamentais, principalmente nos julgamentos em que o próprio Estado é réu, ter-se-ia um avanço. Entretanto, não há limites para a Súmula Vinculante. Se o próprio Poder Constituinte Reformador é limitado, não seria constitucionalmente adequado uma limitação ao instituto da Súmula Vinculante? Evidente que sim. Se é verdade que a ela não se sujeita ao Legislativo, na prática isso pode implicar numa ciranda jurídica tautológica: o Legislativo produz uma norma jurídica “x”, mas o STF afasta a validade por meio da SV “a”; o Legislativo produz uma norma jurídica “y” e o STF afasta a validade por meio da SV “b”.

Grande risco sofre o Judiciário: ser corrompido pela institucionalização da política, dos mandos e desmandos de uma cúpula, apoiados em interesses que fogem à missão básica do Judiciário: resolver conflitos, aplicar o Direito com justiça e ser o guardião do espírito da Constituição. Passa a ser um Poder que se sobrepõe aos demais, desjurisdicionando-se. Um Poder que tudo pode, sem ter legitimidade para tanto. Apoiar-se em instrumento típico de Estados Burocráticos, a SV.

A maior facilidade para julgar e o menor tempo para se dedicar à jurisdição transferem o debate jurídico para o jogo político, às conveniências da cúpula. Recupera-se a estrutura judicial militarizada de Napoleão: os magistrados deixam de ser atores jurisdicionais e passam a cumprir ordens do STF.

Em recente matéria veiculada pelo jornal *O Estado de São Paulo*, foi revelada a insatisfação da magistratura de primeiro grau com o atual modelo autocrático de gestão do Judiciário, que atualmente contempla apenas os integrantes dos tribunais, deixando de fora a

sociedade e os juízes que atuam na primeira instância:¹⁸³

Pelo modelo atual, só presidência de tribunais tem competência para destinar recursos. No encerramento do 20º Congresso Brasileiro de Magistrados, em São Paulo, 2 mil juízes divulgaram a Carta de São Paulo, por meio da qual postulam participação direta no processo de gestão estratégica do Poder Judiciário. Após três dias de debates, os congressistas concluíram que o planejamento adequado do Poder é instrumento que contribui de forma efetiva para dar agilidade aos trâmites judiciais e administrativos. Eles pregam democracia na corte. Reconhecem que os sistemas legais e administrativos e as condições de trabalho no Judiciário "não permitem atender plenamente à necessidade social de Justiça com eficiência, efetividade e transparência". Além disso, protestam contra o fato de a classe - sobretudo os juízes que atuam na primeira instância - ficar alijada da discussão sobre questões de caráter administrativo e o melhor caminho para repasse de verbas. "É fundamental e imprescindível que todos os magistrados tenham possibilidade de, democraticamente, participar de tais processos institucionais de política administrativa e jurisdicional, inclusive com representantes eleitos diretamente", assinala Mozart Valadares, presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), entidade que abriga cerca de 14 mil juízes estaduais, federais, trabalhistas, militares e eleitorais. O modelo atual reserva exclusivamente à presidência dos tribunais competência para destinar recursos para as unidades do Judiciário. Salvo exceções, preocupam-se mais com a folha de vencimentos da cúpula do Poder e menos com investimentos para melhorias das condições de serviço no primeiro grau, onde se concentra o grande volume de demandas de interesse público. Mapeamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) revela que em alguns Estados os tribunais de Justiça aplicam 91% de seus orçamentos para o contracheque dos magistrados e servidores. Para Valadares, "a gestão do Poder Judiciário é uma delegação da sociedade para administração de políticas e ações jurisdicionais". "Tal atividade não pode e não deve ser exercida indevidamente, sem transparência ou participação concreta de todos os magistrados." De acordo com os juízes, "remuneração digna, segura e garantidora do regime previdenciário dos magistrados, aposentados e pensionistas" contribui para a independência do Judiciário. Por meio da Carta de São Paulo, os juízes assumem compromisso público de buscar "qualidade total da prestação jurisdicional no Brasil, caminho mais eficiente para a consolidação do Estado Democrático de Direito".

Essa nova ideologia burocrático-autocrática vai deixando de ser contestada pela sociedade. Há um processo de conformação com a anormalidade. O anormal passa a ser normal. E agir com normalidade passa a ser a exceção, o incorreto e o ilícito. É o que acontece com restrições às autorizações judiciais de interceptações telefônicas pelo CNJ,¹⁸⁴ por exemplo. Se há excessos, é verdade que sim, porém existem muito mais acertos do que erros. Mas os acertos são relegados, priorizando-se a divulgação dos erros. Então o que é exceção passa a ser taxado de conduta normal de juízes, promotores e delegados. As conquistas decorrentes do que é comumente alcançado passam a ser ridicularizadas,

¹⁸³ MACEDO, Fausto. Juízes pleiteiam participação na gestão da Justiça. **O Estado de São Paulo**, 03nov.2009, Nacional, p. A7.

¹⁸⁴ Resolução CNJ n.º 59, de 09 de setembro de 2008: disciplina e uniformiza as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, a que se refere a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. (Publicada no DJ-e, Edição 48/2008, 12 set. 2008. Alterada pela Resolução nº 84, de 6 de julho de 2009. Texto consolidado no **Diário Oficial da União**, 5 nov. 2009).

menosprezadas, tidas até mesmo como ilícitas. Aumenta-se o cerco às interceptações telefônicas não por conta das condutas arbitrárias divulgadas, mas sim porque atingem pessoas ligadas a grandes corporações empresariais, a personalidades da elite, a autoridades públicas dos altos escalões dos Poderes.¹⁸⁵

Há a manifestação de um poder simbólico que, como define Pierre Bourdieu,¹⁸⁶ por ser invisível, passa a ser exercido com a cumplicidade daqueles que ignoram que lhe estão sujeitos. Sistemas simbólicos utilizam-se de argumentos e símbolos que escondem o propósito da dominação, conseguindo, por esses meios, a legitimação.

A Súmula Vinculante é um instrumento que simboliza a celeridade processual,

¹⁸⁵ MACEDO, Fausto. Arquivos indicam que ministros e parlamentares caíram em grampos. 17 jan. 2009. **O Estado de São Paulo**, Nacional, p. A4. BRÍGIDO, Carolina; CARVALHO, Jailton de. À PF, Gilmar detalha suspeita de grampo. 09 set. 2008. **O Globo**, O País, p. 15. CARNEIRO, Luiz Orlando. Dantas deflagra guerra no Poder Judiciário. 04 dez. 2008. **Jornal do Brasil**, País, p. A4. CARNEIRO, Luiz Orlando. STF: Compartilhamento de informações é fato grave. 19 set. 2008. **Gazeta Mercantil**, Política, p. A7. GALLUCCI, Mariângela. Ministros foram grampeados, diz Mendes. 02 out. 2008. **O Estado de São Paulo**, Nacional, p. A15. CAMAROTTI, Gerson. Planalto unifica discurso para blindar governo. 15 jul. 2008. **O Globo**, Economia, p. 24. QUADROS, Vasconcelos. O banqueiro e a crise no Judiciário. 12 jul. 2008. **Jornal do Brasil**, Tema do dia, p. A2. RODRIGUES, Lino. Abin cedeu 56 arapongas para delegado da PF. 11 set. 2008. **O Globo**, O País, p. 14. QUADROS, Vasconcelos. Grampo faz a PF investigar a PF. 11 set. 2008. **Jornal do Brasil**, País, p. A11. MENDES, Vannildo. Diretor da PF reclama do Supremo. 19 ago. 2008. **O Estado de São Paulo**, Nacional, p. A10. CARVALHO, Jailton de. Para MP, grampo contra Gilmar foi feito no Senado. 02 out. 2008. **O Globo**, O País, p. 15. MACEDO, Fausto. Delegado espionou advogado de Daniel Dantas. 16 jan. 2009. **O Estado de São Paulo**, Nacional, p. A4.

¹⁸⁶ “[...] num estado do campo em que se vê o poder por toda a parte, como em outros tempos não se queria reconhecê-lo nas situações em que ele entrava pelos olhos dentro, não é inútil lembrar que [...] é necessário saber descobri-lo onde ele se deixa ver menos, onde ele é mais completamente ignorado, portanto, reconhecido: o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem. [...] Instrumentos simbólicos do conhecimento e da comunicação: arte, religião, ciência, mito. [...] enquanto instrumentos de conhecimento e de comunicação, eles tornam possíveis o *consensus* acerca do sentido do mundo social que contribui fundamentalmente para a reprodução da ordem social: a integração ‘lógica’ é a condição da integração ‘moral’. [...] os sistemas simbólicos cumprem a sua função política de instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação, que contribuem para assegurar a dominação de uma classe sobre outra (violência simbólica) dando o reforço da sua própria força às relações de força que as fundamentam e contribuindo assim, segundo expressão de Weber, para a ‘domesticação dos dominados’. [...] O poder simbólico como poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a acção sobre o mundo, portanto o mundo; poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for *reconhecido*, quer dizer, ignorado como arbitrário. [...] o que faz o poder das palavras e das palavras de ordem, poder de manter a ordem ou de a subverter, é a crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia, crença cuja produção não é da competência das palavras. O poder simbólico, poder subordinado, é uma forma transformada, quer dizer, irreconhecível, transfigurada e legitimada, das outras formas de poder: só se pode passar para além da alternativa dos modelos energéticos que descrevem as relações sociais como relações de força e dos modelos cibernéticos que fazem delas relações de comunicação, na condição de se descreverem as leis de transformação que regem a transmutação das diferentes espécies de capital e capital simbólico e, em especial, o trabalho de dissimulação e de transfiguração (numa palavra, de *eufemização*) que garante uma verdadeira [...]”. BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 11. ed. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 7-15.

representando a cura da morosidade do Judiciário brasileiro. Tal sistema simbólico passa despercebido, provocando a adesão da maioria da imprensa, de parlamentares, de juristas, de educadores, de jovens, de pessoas comuns, das massas. Como afirma Bourdieu, vive-se uma “democracia da ratificação”¹⁸⁷, e quem terá coragem de ser contra? A força que o STF adquiriu, posteriormente à EC n.º 45, consagrou-lhe tamanho poder que foi capaz de inculcar uma falsa aceitação, quer seja pelo silêncio, quer seja pela ocultação dos movimentos contestatórios.

A Súmula Vinculante provocou uma ruína na interpretação, por lançar uma luta desigual entre os intérpretes: advogados, juízes, promotores, defensores, desembargadores e sociedade não parecem ser suficientes no consenso judicial, tendo em vista que o debate jurídico ficará sob o controle dos ministros do STF. O poder Judicial tenderá, neste contexto, a impor como regra algo que poderá não ter surgido do mundo social, mas da visão soberana do Judiciário, detentor da “violência simbólica legítima”.¹⁸⁸ A SV torna-se a consagração de uma visão do Direito puramente estatal, reconhecido como ordem imposta pelo STF, em vez de uma ordem que surge da realidade vivida.

O STF encontra legitimação no seu superpoder, na medida em que há grande adesão pelos juristas às Súmulas Vinculantes e às decisões do CNJ. Mas, à medida que resta garantido o não questionamento (expressão do poder simbólico), corre-se o risco do uso político pela cúpula dos instrumentos que serviriam à democratização.

A legitimidade é alcançada pela via simbólica, traduzindo-se numa aceitação silenciosa. Todavia, como a legitimidade impõe um dever de implementar a democracia, a *Reforma do Judiciário*, nestes dois aspectos apresentados, não reduziu as carências que lhe são próprias. Ao contrário, aumentou a autocracia dos tribunais e conferiu amplos poderes ao STF, sem que houvesse, pelo menos, o contrapeso do controle.

4.3.2.3 A crise interna do Judiciário, ainda?

A sociedade não foi contemplada na gestão administrativa do Judiciário e, muito menos, com lugares na composição dos tribunais. Apesar da tentativa ilegítima de conferir ao STF um pseudo *status* de *Tribunal Constitucional*, os superpoderes resultantes da EC n.º 45 não foram

¹⁸⁷ Ibid., 2007, p. 201.

capazes de gerar movimentos sociais contra a burocratização do Judiciário. Mesmo que alguns setores da sociedade se mostrem insatisfeitos com o Judiciário brasileiro, as reações ainda não são aptas a gerar uma crise de maiores proporções. Como se demonstrará, a seguir, a atuação do STF provocou, até o momento, uma insatisfação generalizada dentro da magistratura de primeiro grau, além de algumas críticas vindas de parlamentares.

A atuação política do STF, sob a nítida influência de seu atual Presidente, o ministro Gilmar Mendes, tem provocado um clima tenso na magistratura brasileira. O CNJ, a repercussão geral dos Recursos Extraordinários e as Súmulas Vinculantes consagraram a efetividade jurisdicional do STF, mas, ao mesmo tempo, geraram uma divisão interna no Judiciário, abrindo-se o início de uma nova crise.

Sob a presidência do ministro Gilmar Mendes, a proliferação das Súmulas Vinculantes passou a incomodar, além da magistratura de primeiro grau, alguns parlamentares e até uma ala do governo federal. O Secretário Nacional de Justiça, Romeu Tuma Júnior, chegou a afirmar que a Súmula Vinculante virou a medida provisória do Supremo, com um agravante: uma MP pode ser derrubada pelo Congresso, mas a SV só pode ser revista pelo próprio STF.¹⁸⁹ No mesmo tom foi a crítica do senador Aloizio Mercadante (PT-SP),¹⁹⁰ acrescentando que “O Supremo não pode legislar, isso é exclusivo do Congresso Nacional”. O senador Demóstenes Torres (DEM-GO)¹⁹¹ pediu moderação no uso da Súmula Vinculante: “É preciso que a Corte use desse instrumento democrático, a súmula vinculante, sem tentações autoritárias”.

O presidente do STF, ministro Gilmar Mendes,¹⁹² defendeu a atuação da Corte, ao dizer que “o tribunal faz as súmulas com grande parcimônia”, ressaltando que as medidas provisórias editadas pelo governo são mais danosas ao Legislativo que as súmulas do Judiciário: “o Legislativo reclama hoje da usurpação que faz o Executivo com as MPs e o trancamento de pauta. Isso sim eu acho muito mais sério e mais perigoso para a funcionalidade do Congresso”.

¹⁸⁸ Ibid., 2007, p. 236.

¹⁸⁹ RECONDO, Felipe. Grupo teme que súmulas virem ‘MPs do Supremo’. **O Estado de São Paulo**, 13 set. 2008, Nacional, p. A20.

¹⁹⁰ Ibid., 2008, p. A20.

¹⁹¹ Ibid., 2008, p. A20.

¹⁹² Ibid., 2008, p. A20.

A Associação dos Juizes Federais (AJUFE) tem rechaçado a atuação política do STF, inclusive censurando o presidente desta Corte de tentar interferir na política da entidade, provocando uma divisão na classe.¹⁹³ O inconformismo é fruto, principalmente, de duas reuniões ocorridas na manhã de 2 de julho de 2009 entre o ministro Gilmar Mendes e os presidentes da Câmara, Michel Temer (PMDB-SP), e do Senado, José Sarney (PMDB-AP), em que foram tratados temas de interesse da magistratura, como, v.g., a revisão anual de subsídios, o pacto republicano e a emenda constitucional que reintroduz adicional por tempo de serviço no contracheque da toga.

O movimento dos magistrados ganhou corpo na última semana de outubro de 2009, ocasião em que foi realizado, em São Paulo, o 20º Congresso Brasileiro de Magistrados, promovido pela Associação dos Magistrados Brasileiros, entidade que reúne mais de 14 (catorze) mil juizes. O evento reuniu 2 (dois) mil magistrados e, em seu encerramento, foi aprovada a campanha “Gestão Democrática do Judiciário”, veiculada no documento intitulado *Carta de São Paulo*, que expressa a preocupação da magistratura brasileira com a democratização da gestão do Judiciário e com a eficiência da prestação jurisdicional.¹⁹⁴

Em conjunto com a *Carta de São Paulo*, o Conselho de Representantes da AMB divulgou texto de projeto de emenda constitucional¹⁹⁵ que modifica o sistema de indicação de ministros para o STF, sob o argumento de que a livre nomeação dos ministros pelo Presidente da República reveste-se de inquestionável interferência política. A despeito de os juizes não excluírem do rol de atribuições do Presidente a nomeação dos ministros, nem da confirmação pelo Senado, eles propuseram que entre 5 (cinco) e 6 (seis) cadeiras sejam reservadas para magistrados de carreira. Eles comporiam lista sêxtupla, elaborada pelo STF, que seria levada ao Presidente para escolha e depois aprovada por três quintos do Senado. Pretende-se, também, estabelecer 45 (quarenta e cinco) anos como idade mínima para os indicados e 20 (vinte) anos de atividade jurídica. Para quem exerceu cargo eletivo ou de confiança no governo, sugeriu-se quarentena de três anos.

¹⁹³ As informações a respeito foram retiradas de matéria publicada no Estado de São Paulo. Cf. MACEDO, Fausto. Juizes acusam chefe do STF de dividir classe. **O Estado de São Paulo**, 03 jul. 2009, Nacional, p. A12.

¹⁹⁴ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL. **Carta de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/portal/docs/noticias/noticia19157.pdf>>. Acesso em: 30 dez. 2009.

¹⁹⁵ As informações foram retiradas de matéria publicada no jornal O Estado de São Paulo. Cf. MACEDO, Fausto. Juizes querem alterar nomeação para STF. **O Estado de São Paulo**, 31 out. 2009, Nacional, p. A9.

A proposta da AMB guarda semelhança com a PEC n.º 68/2005, de autoria do senador Jefferson Peres: pela nova redação, o parágrafo único do art. 101 da Constituição determinaria o fim da livre nomeação dos ministros do STF pelo Presidente da República. A escolha do candidato caberia ao próprio STF, após a indicação de nomes, na forma da lei, pelos órgãos de representação da magistratura, do Ministério Público e da OAB. Escolhido o candidato, o STF remeteria a indicação ao Senado e, somente após a aprovação pela maioria absoluta, caberia ao Presidente da República tão somente a nomeação.

Outra proposta parecida é a PEC n.º 30/2008, de autoria do senador Lobão Filho. Ela também pretende o fim da livre nomeação pelo Presidente da República, recaindo a escolha do candidato ao STF, depois do envio de listas tríplices pelo Conselho Federal da OAB, pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado e pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Escolhido o candidato, o STF remeteria a indicação ao Senado e, após a aprovação pela maioria absoluta, caberia ao Presidente da República tão somente a nomeação. Em outra proposta do Senado, a PEC n.º 51/2009, do senador Marcelo Crivella, sugere a confirmação do ministro do STF no cargo a cada quatro anos de exercício, pela maioria absoluta do Senado.

Na Câmara dos Deputados tramitam duas propostas de Emenda Constitucional que pretendem a alteração da forma de escolha dos ministros do STF. De acordo com a PEC n.º 393/2009 (apensada à PEC n.º 473/2001), de autoria do deputado federal Julião Amin (PDT/MA), seria criado o Conselho Eleitoral para escolher os ministros do STF, pondo termo à escolha pelo Presidente da República. Os candidatos ao cargo enviariam currículo ao Conselho, a quem competiria a escolha.

O Conselho Eleitoral seria presidido pelo presidente do STF e composto por: a) os cinco ministros mais antigos de cada um dos seguintes tribunais: STF, STJ, TST, TRFs; b) o mais antigo desembargador de cada TJ e um juiz de direito de cada Estado e do DF, indicado pela AMB; c) seis juizes federais de cada região; d) um juiz mais antigo de cada TRT; e) vinte e um membros do MPU; f) um membro de cada MP estadual; g) um advogado de cada Estado; h) vinte e quatro cidadãos, indicados, paritariamente, pela CD e SF; i) doze cidadãos indicados pelo Presidente da República; j) um cidadão indicado pelas Assembleias Legislativas e Câmara do DF; l) um cidadão indicado por cada governador.

A esta proposta, encontra-se apensada a PEC n.º 342/2009, do deputado federal Flávio Dino, que estabelece mandato de onze anos para o cargo de ministro do STF, recaindo a escolha ao Presidente da República, Câmara dos Deputados, Senado Federal e Supremo Tribunal Federal. As escolhas recairiam sobre as indicações do STJ, TST, CNJ, CNMP, Conselho Federal da OAB e pelos órgãos colegiados das Faculdades de Direito que mantenham programa de doutorado.

O fim da livre nomeação pelo Presidente da República, a participação de setores representativos da sociedade na escolha de candidatos e a possibilidade de a magistratura de primeiro grau ter representantes no STF são propostas adequadas ao *Princípio Democrático*. Elas se revelam hábeis a solucionar a instabilidade das decisões desta Corte, ora pautada nas conveniências políticas do momento, ora baseadas na teoria do Direito como integridade.

CONCLUSÃO

Este trabalho analisou a crise do Judiciário brasileiro, os discursos reformistas, as alterações produzidas pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, e qual a contribuição dos poderes atribuídos ao Supremo Tribunal Federal ao *Princípio Democrático*. Esta última perspectiva adentrou no âmbito da legitimidade democrática do STF, do Conselho Nacional de Justiça e da Súmula Vinculante.

Antes de explicar a natureza da crise do Judiciário, optou-se por expor, mesmo que brevemente, o uso da *Teoria da Separação dos Poderes* pelos federalistas na defesa da Constituição Americana de 1787, pois foi a partir deste documento que se iniciou a jurisdição no constitucionalismo moderno. A *Jurisdição Constitucional*, tendo por suporte a ideia de *Supremacia da Constituição*, nasceu com o julgamento, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, do caso *Marbury vs. Madison*, em 1803.

Foi, entretanto, com o *Tribunal Constitucional* da Áustria, em 1920, que o controle concentrado de constitucionalidade surgiu. Posteriormente, estudou-se o modelo judiciário brasileiro, um misto entre os modelos americano e europeu. Enquanto no primeiro o Judiciário é o guardião da Constituição e a atuação do juiz é mais ativa e construtiva, na Europa continental o Judiciário submetia-se ao Legislativo, daí a figura do “juiz boca da lei”. Destas observações, constatou-se que o modelo judiciário brasileiro absorveu o controle de constitucionalidade americano e adotou a estrutura hierarquizada da França napoleônica, onde o juiz é mecanicista e segue a submissão administrativa dos tribunais.

Na análise da crise, verificou-se que a estrutura autocrática dos tribunais, a atuação dos juízes e a morosidade da prestação jurisdicional foram os fatores de desestruturação do Judiciário brasileiro. Para sanar estes problemas, houve dois discursos: um oficial e outro

pouco divulgado. O primeiro trata da justificativa da alteração constitucional em razão da necessidade de democratizar este Poder. A segunda tratou da influência do Banco Mundial.

A democratização do Judiciário tornou-se o cerne do movimento de *Reforma do Judiciário*, embora a aprovação do texto da reforma contenha o conteúdo do Documento Técnico n.º 319/1996 do Banco Mundial, intitulado *O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe – Elementos para Reforma*.

Na análise da inclusão dos novos parágrafos do art. 5º da Constituição, destacou-se que o legislador inseriu no rol dos direitos fundamentais os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao Direito interno pelo rito da emenda constitucional e a adesão do Estado brasileiro ao Tribunal Penal Internacional. O resultado destas novas normas constitucionais é a flexibilização da soberania nacional. A justificativa para tal flexibilização surgiu no pós-Guerra diante da necessidade de reconstrução econômica e da criação de um sistema protetivo dos direitos humanos. Desta pretensa harmonização da ordem jurídica interna com a externa, espera-se que não se consolide com o tempo o viés neoliberal existente na justificativa da abertura da soberania estatal, mas tão somente que as novas normas jurídicas tornem mais efetivos os direitos fundamentais nelas veiculados.

O exame das alterações orgânicas, funcionais e processuais levou à constatação de que a EC n.º 45, nestes pontos, revela avanços e retrocessos. Empregou-se uma linguagem explicativa dos pontos alterados, confrontando-se as normas anteriores com as recém-incorporadas (quando fosse o caso) e apontando a jurisprudência a respeito da matéria.

Ao se analisar as modificações orgânicas, algumas inovações merecem ressalvas. A colocação dos Conselhos da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho sob as rédeas do Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho foi uma medida que desprestigiou a magistratura. A dimensão autocrática destes tribunais restou fortalecida, por distanciar a magistratura da gestão das respectivas justiças.

A composição do Órgão Especial dos tribunais teve um regramento tímido: antes era composto apenas pelos desembargadores mais antigos; a nova regra determinou que metade das vagas fosse preenchida de acordo com o critério da antiguidade e a outra metade por

eleição do Pleno, respeitada a regra do quinto constitucional. Novamente, o poder de cúpula não se desfez: metade das vagas será escolhida pelo Pleno do Tribunal. Com relação ao orçamento dos tribunais, do Ministério Público e das Defensorias, foi louvável o tratamento isonômico dado pelo legislador. Todavia, ausente qualquer previsão normativa a respeito da participação dos magistrados de primeiro grau, o que reforça o poder de cúpula dos tribunais.

Ainda sobre as alterações orgânicas, promoveu-se uma ampla modificação na organização e competência da Justiça do Trabalho. A este respeito, viu-se, ainda, a criação do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas cujos recursos servirão para assegurar, subsidiariamente, as condenações da Justiça do Trabalho. Das análises elaboradas no terceiro *Capítulo*, pode-se concluir que as novas normas são adequadas à proposta de conferir maior eficiência à Justiça do Trabalho, com ressalvas à exigência do “comum acordo” para se ajuizar o dissídio coletivo quando frustrada a negociação coletiva (art. 114, § 2º, CF/1988). A alegada inconstitucionalidade da expressão ainda não foi julgada pelo STF (ADI 3392), mas é inequívoca a sua afronta ao acesso à justiça.

Por outro lado, algumas medidas são adequadas ao bom funcionamento do aparelho judiciário e ao aprimoramento do magistrado, a exemplo das seguintes questões: extinção dos Tribunais de Alçada, a constitucionalização da criação das Varas Agrárias, a destinação vinculada das custas e emolumentos, o requisito da atividade jurídica, as escolas nacionais de formação e aperfeiçoamento de magistrados, a imposição da quarentena, a proibição do recebimento de auxílio ou contribuições, a residência fora da comarca, a delegação de atos de mero expediente, a proibição de atividade político-partidária, a proporcionalidade do número de juízes, a federalização das causas de direitos humanos, a razoável duração do processo e a distribuição imediata de processos. Também é possível concluir pelo fortalecimento do acesso à justiça em razão da possibilidade de criação da Justiça Itinerante e das Câmaras Regionais pelas Justiças Federal, Trabalhista e Estadual.

Outra alteração que merece aplausos é a publicidade das sessões administrativas, anteriormente vedada pelo texto original da Constituição. Embora não se pudesse arguir a inconstitucionalidade da norma constitucional originária, era visível a sua incompatibilidade com o *Princípio Democrático*: falta de transparência do Estado, essencial para o efetivo controle popular. Percebendo que o fato de o Judiciário não ser obrigado a mostrar ao público

a sessão administrativa era inteiramente inadequado aos anseios democráticos, a EC n.º 45 veio corrigir esse paradoxo. No contexto democrático, as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório em nada valeriam sem o respeito à motivação e à publicidade. Percebe-se, assim, uma codependência entre esses princípios, o que importa afirmar que, a partir da EC n.º 45, a não verificação deles no caso concreto invalidará a decisão judicial ou administrativa. Por isso mesmo, não basta que o Judiciário decida uma questão nos autos de um processo (judicial ou administrativo), após devidamente percorrido o rito procedimental. Com isso, mesmo observados o contraditório e a ampla defesa, se houver falha na fundamentação ou na publicidade, a decisão será inválida. Desse modo, pode-se concluir que a Constituição proclama ao cidadão o direito de saber quem decidiu, o que decidiu e por que decidiu.

A previsão da atividade jurisdicional ininterrupta (art. 93, XII, CF/198) foi uma previsão em consonância com a justificativa por uma justiça mais célere e eficaz. Por outro lado, faz-se urgente o envio do projeto de lei complementar pelo STF ao Congresso Nacional, para que se implemente o novo Estatuto da Magistratura. É necessário que seja ponderada a eficiência da jurisdição com as peculiaridades das atividades profissionais dos advogados, com a estrutura das Defensorias Públicas e com a atuação do Ministério Público. A ausência de uma regulação legal permite uma atuação amplamente discricionária do Conselho Nacional de Justiça, como se observou da leitura da Resolução CNJ n.º 24/2006.

O vitaliciamento do magistrado (frequência a cursos), os novos critérios para a promoção e a remoção (a pedido e permuta) são bem vindos, ressalvado o critério de presteza para a promoção do magistrado por merecimento, por remanescer resquício de subjetividade.

Ao se analisar as alterações relacionadas ao Supremo Tribunal Federal, percebe-se que o legislador conferiu-lhe demasiados poderes, sem que, em contrapartida, previsse instrumentos de controle popular, o que torna estas normas ilegítimas, por conterem o espírito constituinte do povo e, assim, implicarem um retrocesso ao *Princípio Democrático*:

- 1) A repercussão geral do Recurso Extraordinário e as Súmulas Vinculantes são uma técnica de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, fundamentada na necessidade de segurança jurídica das decisões judiciais. O controle difuso de

constitucionalidade torna-se incompatível com a exigência, pelo mercado, de previsibilidade das decisões judiciais. Isso é facilmente perceptível quando se visualiza o vasto território nacional sendo coberto pela jurisdição. São inúmeros os juízes e cada um possui independência para julgar a lide de acordo com o convencimento formado no curso do processo. Essa massa heterogênea é mal vista pelo mercado, que não se conforma com esse modelo jurisdicional. Como bem demonstrou o Relatório n.º 319 do Banco Mundial, o mercado exige previsibilidade do Judiciário. Por essa razão, a necessidade de vinculação das decisões do Supremo, seja por meio das Súmulas Vinculantes, seja pelo filtro da repercussão geral (que, ressalte-se, vincula os processos de matéria idêntica);

2) Sobre o CNJ, a pesquisa demonstrou a sua condução política pelos ministros do STF e a não subordinação desta Corte às determinações do Conselho. Além disso, quase 2/3 (dois terços) dos membros do Conselho são provenientes dos tribunais, o que revela um poder oligárquico neste órgão judicial.

3) A hipertrofia do STF não foi capaz de sanar a crise de legitimidade democrática desta Corte e do Judiciário brasileiro. As recentes manifestações dos juízes de primeiro grau e de alguns parlamentares demonstram que o problema da autocracia dos tribunais não foi resolvido pela EC n.º 45, fato este que reacende a crise, novamente mediante o discurso da necessidade de democratização do Judiciário. Os magistrados exigem uma gestão democrática do Judiciário brasileiro, discordam do poder demasiadamente discricionário do CNJ e da proliferação das Súmulas Vinculantes; os parlamentares criticam o ativismo judicial, provocado pelo uso exagerado das Súmulas Vinculantes pelo STF, denominadas “medidas provisórias” do Judiciário.

As crises proporcionam a justificativa perfeita para se operar mudanças, sejam necessárias ou oportunistas. O trabalho aponta a interferência do mercado na aprovação da EC n.º 45, com a finalidade de conferir estabilidade das decisões judiciais. Outro malefício provocado, também em razão da nova ordem mundial imposta pela economia neoliberal e pela globalização, é a flexibilização da soberania estatal. Mercados globalizados exigem rompimentos de fronteiras, o que também se aplica ao sistema jurídico dos Estados. Isso restou sacramentado pela possibilidade de incorporação de tratado internacional de direitos

humanos quando aprovados pelo rito das emendas constitucionais. É evidente o risco dos direitos humanos serem utilizados, futuramente, como justificativa para a prevalência de um sistema jurídico global em face do sistema jurídico interno.

A *Reforma do Judiciário* utilizou-se de um discurso simbólico para validar mudanças que, em vez de concretizarem o *Princípio Democrático*, terminaram violando-o. O remédio para curar o mal do paciente foi mais danoso do que a própria doença. Sob o pretexto de democratizar o Judiciário, os institutos da Súmula Vinculante e do Conselho Nacional de Justiça, numa visão jusfilosófica, serviram para concentrar poderes no STF, sem que houvesse, como contrapartida, os exigidos mecanismos de controle popular.

O *Princípio Democrático* ficou sufragado, em razão das seguintes consequências da *Reforma do Judiciário*: 1) ausência de representatividade na composição do STF e do CNJ; 2) a não submissão do STF ao controle do CNJ; 3) o controle político do CNJ pelo STF; 4) a redução da participação dos magistrados na interpretação constitucional; 5) a utilização dos métodos do controle concentrado para julgar demandas em blocos, pois, apesar de se ganhar celeridade, tem-se diminuída a possibilidade de se alcançar a justiça no caso concreto.

No estudo da legitimidade, o presente trabalho verificou que ela é um aspecto sociológico inerente ao Poder Constituinte Originário, que remete à ideia de justificativa da Constituição e a sua aceitação pelo povo. Na vigência da Constituição, o espírito constituinte não desaparece: ele se encontra latente na Constituição, desta vez juridicizado sob o manto do *Princípio Democrático*, que impõe ao Poder Constituinte Reformador o dever de avançar a Democracia.

A ilegitimidade significa afronta ao *Princípio Democrático*, o que fatalmente levará à sua invalidade. Todavia, isso não equivale igualar os conceitos de validade/invalidade e legitimidade/ilegitimidade. O âmbito de validade/invalidade refere-se à adequação da produção das normas jurídicas ao procedimento de acordo com o que está estabelecido na norma jurídica superior, em cujo ápice encontra-se a Constituição. Quer seja em razão de vício no procedimento de produção da norma, quer seja por violação das cláusulas pétreas, a contrariedade à Constituição acarretará a invalidade da norma produzida. Já a ilegitimidade pressupõe uma falsa justificativa da norma e o não implemento do *Princípio Democrático*. A

consequência é que a norma ilegítima, nos termos propostos por esta dissertação, também é inconstitucional.

Enfim, o Conselho Nacional de Justiça, as Súmulas Vinculantes e a técnica da repercussão geral do Recurso Extraordinário são ilegítimos e, de acordo com os entendimentos supramencionados, inválidos. O discurso democratizante, desse modo, não encontrou correspondência com a EC n.º 45. Embora a legitimidade de origem do Judiciário seja incontestável, não houve avanços na concretização da Democracia. Como consequência, outra crise se avizinha, novamente alardeada em torno da necessidade de democratização do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ALMEIDA, Jorge Luiz. Emenda constitucional n.45/2004 e responsabilidade. In: ALMEIDA, Jorge Luiz de (Coord.). **A reforma do Poder Judiciário**: uma abordagem sobre a emenda constitucional n. 45/2004. Campinas: Millenium, 2006. p. 1-28.

ANDERSON, Perry. Neoliberalismo: un balance provisorio. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Coord.). **La trama del neoliberalismo**: mercado, crisis y exclusión social. 2. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2003. p. 25-38.

AQUINO, Rubim Santos Leão *et al.* **História das sociedades**: das sociedades modernas até às sociedades atuais. 37. ed. Rio de Janeiro: Record, 1999.

ARENDT, Hannah. **O que é política?** Tradução de Reinaldo Guarany. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

_____. **A condição humana**. 10. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL. **Carta de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/portal/docs/noticias/noticia19157.pdf>>. Acesso em 30dez.2009.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. **Documento nº 319/1996**. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/downloads/>

documento318.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2009.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 17., jan./fev./mar.2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 12 ago. 2009.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005.

BAETA, Hermann Assis. **Estudos sobre controle externo do Judiciário**. Brasília: OAB/Conselho Federal, 1999.

BAHIA, Saulo José Casali. Promoção e Antigüidade de Juízes após a Emenda Constitucional n. 45/2004. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; BRITO, Edvaldo; BAHIA, Saulo José Casali. **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 255-260.

BANDEIRA, Regina Maria Groba. **Democratização e controle externo do Poder Judiciário**. Brasília: Câmara dos Deputados (Consultoria Legislativa), 2002. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1492>>. Acesso em: 22 jul. 2009.

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. **La formación del império americano**. Buenos Aires: Norma, 2007.

BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de direito agrário**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 1-42, abr./jun.2005.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

_____. O Significado Clássico e Moderno de Política. In: BOBBIO, Norberto et al. **Política e ciência política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1982. p. 11-21.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. As quatro crises do Brasil Constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crise e desafio da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 55-76.

BORGES, Paulo Tormini. **Institutos básicos do direito agrário**. São Paulo: Saraiva, 1987.

BORON, Atilio. A. **Estado, capitalismo e democracia na América Latina**. São Paulo: Paz e Terra, 1994.

_____. La sociedad civil después del diluvio neoliberal. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Coord.). **La trama del neoliberalismo: mercado, crisis y exclusión social**. 2. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2003. p. 71-92.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 11. ed. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BRASIL. Ministério da Justiça. Reforma do Judiciário. **Provimento e Vacância**. Fluxograma. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ33E347BBITEMID3B9B3C0426C94F9092631C7A13435EADPTBRIE.htm>>. Acesso em 13 nov. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADC 12-MC. Relator Ministro Carlos Britto. Julgado em 16 fev. 2006, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 01 set. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 1480, Relator Min. Celso de Mello, julgamento em 04 set. 1997, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 18 maio. 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3367, Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em 13 abr. 2005, Pleno, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 22 set. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3395-MC, Relator Ministro Cezar Peluso. Julgamento da liminar em 05 abr. 2006, Pleno, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 10 nov. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3401, Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 26 abr. 2006, Pleno, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 23 fev. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3684-MC Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em 01 fev. 2007, Pleno, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 02 ago. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3823-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgado em 06 dez. 2006, Pleno, Brasília, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 23 nov. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3843-DF, Relator Ministro Cezar Peluso, decisão monocrática em 31 mar. 2008, Brasília, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 09 abr. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. CC 7221, Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 01 jun. 2006, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 25 ago. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 72.172-1-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 23-11-1995, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 01 ago. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 92817, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 16 dez. 2008, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 13 fev. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 95967, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 11 nov. 2008, Brasília, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 28 nov. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. IDC 1, Relator Ministro Arnaldo Esteves, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 10 out. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Notícias do STF. Prisão civil de depositário infiel e progressão de regime em crime hediondo são tema de duas novas súmulas vinculantes. 16dez.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=117926&caixaBusca=N>>. Acesso em: 28 dez. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Notícias do STF. Entidades do Judiciário querem contribuir com o Estatuto da Magistratura. 18 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=103618&caixaBusca=N>>. Acesso em: 16 dez. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl 3.303. Relator Ministro Carlos Britto. Julgado em 19 nov. 2007, Pleno, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 16 maio. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4.785-MC-AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17 dez. 2007, Pleno, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 14 mar. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4.872, Relator para o acórdão Ministro Menezes Direito. Julgado em 21 ago. 2008, Pleno, Brasília, DF, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 7 nov. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 403832. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 11 nov. 2003, Primeira Turma, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 12 mar. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 03 dez. 2008, Pleno, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 04 jun. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 507.153-AgR. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 03 jun. 2008, Pleno, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 20 jun. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 569.056. Relator Ministro Menezes Direito. Julgado em 11 set. 2008, Pleno, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 12 dez. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. CC 69742. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 24 out. 2007, Primeira Seção, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 12 nov. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRG no CC 57866, Relator Ministro Sidnei Beneti. Julgado em 28 maio 2008, Segunda Seção, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 05 jun. 2008.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. ARO 1070. Relator designado Carlos Augusto Ayres de Freitas. Julgado em 12 dez. 2006, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 24 abr. 2007.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RODC 227/2008-000-18-00.2, Rel. Min. Dora Maria da Costa, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Julgamento em 11 maio 2009, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 22 maio 2009.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RODC 370/2008-909-09-00.4, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, Julgamento em 11 maio 2009, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 22 maio 2009.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RODC 478137/1998.0, Relator Ministro Ronaldo Lopes Leal. Julgado em 26 abr. 2001, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 24 maio 2001.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. ROHC 645020/2000.5, Relator Ministro Antônio José de Barros Levenhagen. Julgado em 06 jun. 2000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, de 30 jun. 2000.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RR 521523/1998.0, Relator Juiz Convocado José Antônio Pancotti. Julgado em 11 dez. 2003, 4ª Turma, **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 13 fev. 2004.

BRÍGIDO, Carolina; CARVALHO, Jailton de. À PF, Gilmar detalha suspeita de grampo. 09 set. 2008. **O Globo**, O País, p. 15.

BURDEAU, Georges. **O Estado**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CAMAROTTI, Gerson. Planalto unifica discurso para blindar governo. 15 jul. 2008. **O Globo**, Economia, p. 24.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARNEIRO, Luiz Orlando. Dantas deflagra guerra no Poder Judiciário. 04 dez. 2008. **Jornal do Brasil**, País, p. A4.

_____. STF: Compartilhamento de informações é fato grave. 19 set. 2008. **Gazeta Mercantil**, Política, p. A7.

CARVALHO, Ernani. Controle externo do Poder Judiciário: o Brasil e as experiências dos Conselhos de Justiça na Europa do Sul. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 170, p. 99-109, abr./jun.2006.

CARVALHO, Jailton de. Para MP, grampo contra Gilmar foi feito no Senado. 02 out. 2008. **O Globo**, O País, p. 15.

CARVALHO, Lucas Borges de. **Jurisdição constitucional & democracia** – integridade e pragmatismo nas decisões o Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; KOUCHNER-PISIER. **História das idéias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas?** Neoliberalismo e ordem global. Tradução de Pedro Jorgensen Junior. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

COSTA, Sérgio. Esfera pública, redescoberta da sociedade civil e movimentos sócias no Brasil. **Revista Novos Estudos**, São Paulo, n. 38, p. 44-50, mar.1994.

DALLARI, Pedro. **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994.

DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo**: teoria e casos práticos. 2. ed. São Paulo: Madras, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral e processo de conhecimento. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. v. 1.

_____. Transformações do Recurso Extraordinário. In: **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). São Paulo: RT, 2006. p. 99-123.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 5. ed. Salvador: Juspodvm, 2008. v. 3.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

DOEHRING, Karl. **Teoria do Estado**. Tradução de Gustavo Castro Alves Araújo. Belo

Horizonte: Del Rey, 2008.

FIGARO, André Domingues. **A reforma do Judiciário**: emenda constitucional 45. São Paulo: Premier Máxima, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FONSECA JUNIOR, Gelson. **A legitimidade e outras questões internacionais**. 2 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 12. ed. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1996.

FRANCO, Afonso Arinos de Mello. A Necessidade da Política. In: BOBBIO, Norberto *et al.* **Política e ciência política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1982, p. 23-27.

FREITAS, Graça Maria Borges de. A reforma do Judiciário, o discurso econômico e os desafios da formação do magistrado hoje. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v.42, n.72, jul./dez.2005, p. 31-44.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 10. ed. São Paulo:Saraiva, 2008. v. 1.

GALLUCCI, Mariângela. Ministros foram grampeados, diz Mendes. 02out.2008. **O Estado de São Paulo**, Nacional, p. A15.

GIGLIO, Wagner D. CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito processual do trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. **A proteção internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Estado constitucional de Direito e a nova pirâmide normativa**. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABER, Lilian Mendes. Submissão à jurisdição do tribunal penal internacional. In: VELOSO, Zeno; SALGADO, Gustavo Vaz (Coord.). **Reforma do judiciário comentada**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 11-18.

_____. Instalação das varas especializadas em questões agrárias. In: VELOSO, Zeno; SALGADO, Gustavo Vaz (Coord.). **Reforma do judiciário comentada**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 256-260.

_____. Mudanças no Estatuto Constitucional do Ministério Público. In: VELOSO, Zeno; SALGADO, Gustavo Vaz (Coord.). **Reforma do Judiciário comentada**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 113-117.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 4. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HELD, David. **Modelos de democracia**. Belo Horizonte: Paidéia, 1994.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. O Poder Judiciário e a reforma constitucional. Controle externo do Judiciário: na fracassada experiência européia, uma lição para o Brasil. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 35, p. 145-150, 2001.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira**. Estudo de casos: abordagem interdisciplinar de Sociologia Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

MACEDO, Fausto. Delegado espionou advogado de Daniel Dantas. 16 jan. 2009. **O Estado de São Paulo**, Nacional, p. A4.

_____. Arquivos indicam que ministros e parlamentares caíram em grampos. 17 jan. 2009. **O Estado de São Paulo**, Nacional, p. A4.

_____. Juízes acusam chefe do STF de dividir classe. **O Estado de São Paulo**, 03 jul. 2009, Nacional, p. A12.

_____. Juízes querem alterar nomeação para STF. **O Estado de São Paulo**, 31 out. 2009, Nacional, p. A9.

_____. Juízes pleiteiam participação na gestão da Justiça. **O Estado de São Paulo**, 03 nov. 2009, Nacional, p. A7.

MACHADO, Patrícia Ferreira. **A Constituição e os tratados internacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MACHADO, Agapito. A nova reforma do Judiciário: PEC n. 45/2004. **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, jan./mar.2005, p.64-70.

MADISON, James. Artigo 47: A separação dos poderes – 1. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília:

Universidade de Brasília, 1984. p. 393-399.

_____. Artigo 51: Freios e contrapesos. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 417-421.

MALUF, Carlos. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997.

MARQUES, Franciane de Fátima. **A justiça na constituição: conceito e sua concretização pela prática judicial**. São Paulo: Método, 2009.

MARQUES, Benedito Ferreira. Justiça agrária, cidadania e inclusão social. In: BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen de; SOARES, Mário Lúcio Quintão (Org.). **O direito agrário na Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 101-126.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 1, n. 5, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm>. Acesso em 05 abr. 2009.

MASSOUD, Carolina Ormanes. Mudanças no estatuto da magistratura. Destinação das custas e emolumentos. In: VELOSO, Zeno; SALGADO, Gustavo Vaz (Coord.). **Reforma do Judiciário comentada**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 91-92.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. 5. ed. São Paulo: Ática, 1995. v. 1.

MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. A reforma do Poder Judiciário brasileiro: motivações, quadro atual e perspectivas. **Revista CEJ**, Brasília, n. 21, p. 79-86, abr./jun. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Saraiva: 2008.

MENDES, Vannildo. Diretor da PF reclama do Supremo. 19 ago. 2008. **O Estado de São Paulo**, Nacional, p. A10.

MICELLI, Paulo. **As revoluções burguesas**. São Paulo: Atual, 1987.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça Militar. Disponível em: <<http://www.tjm.mg.gov.br>>. Acesso em: 15dez.2009.

MINATEL, Andressa. Conselho Nacional do Ministério Público. In: ALMEIDA, Jorge Luiz de (Coord.). **A reforma do Poder Judiciário**: uma abordagem sobre a emenda constitucional n. 45/2004. Campinas: Millenium, 2006. p. 231-244.

MIRANDA, Alcir Gurser de. **Teoria do direito agrário**. Belém: CEJUP, 1989.

MONTESQUIEU, Charles L. de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Nova Cultural, 2000. v. 1.

MORAES, Darcy Paulo Gonzalez. Controle externo do Poder Judiciário: forma de politização do direito e de judicialização da política – breve revisão bibliográfica do tema. **Diálogo**, Canoas, n. 2, p. 183-204, 2001.

_____. MORAES, Darcy Paulo Gonzalez. Controle externo do poder judiciário: considerações antecedentes à criação do conselho nacional de justiça. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, , n. 2, v. 6, jul./dez.2005, p. 83-98.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte:** ensaio sobre as alternativas da modernidade. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. **O trabalho de Dionísio:** para a crítica ao Estado pós-moderno. Tradução de Marcello Lino. Juiz de Fora: UFJF-Pauzulin, 2004.

OLIVEIRA, Antonio Carlos Paula de. A nova competência da justiça do trabalho: relação de trabalho x relação de consumo. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; BRITO, Edvaldo; BAHIA, Saulo José Casali. **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 57-64.

OLIVEIRA, Luiz Flávio de. A razoável duração do processo na perspectiva dos direitos humanos. In: ALMEIDA, Jorge Luiz de (Coord.). **A reforma do Poder Judiciário:** uma abordagem sobre a emenda constitucional n. 45/2004. Campinas: Millenium Editora, 2006, p. 89-104.

ORR, Robert. Reflexões sobre o Totalitarismo. In: CRESPO, Anthony; CRONIN, Jeremy. **Ideologias políticas**. n. 37. Tradução de Sérgio Duarte. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 89-126.

PARKER, Phyllis R. **1964:** o papel dos Estados Unidos no golpe de Estado de 31 de março. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1977.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PIERI, Sueli Aparecida de. Princípio da Celeridade Processual. In: ALMEIDA, Jorge Luiz de (Coord.). **A reforma do Poder Judiciário**: uma abordagem sobre a emenda constitucional n. 45/2004. Campinas: Millenium, 2006, p. 105-132.

POPPER, Karl Raymund. **Conjecturas e refutações**. 2. ed. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

_____. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Belo Horizonte: Itatiaia, 1975.

QUADROS, Vasconcelos. O banqueiro e a crise no Judiciário. 12jul.2008. **Jornal do Brasil**, Tema do dia, p. A2.

_____. Grampo faz a PF investigar a PF. 11set.2008. **Jornal do Brasil**, País, p. A11.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 1968.

REBOUÇAS, Francisco de Paula Sena. Os caminhos de uma revolução cultural: obscurantismo e inconstitucionalidade nos temas do controle externo e da súmula vinculadora do poder judiciário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 826, v. 93, p. 69-92, ago.2004.

RECONDO, Felipe. Grupo teme que súmulas virem ‘MPs do Supremo’. **O Estado de São Paulo**, 13set.2008, Nacional, p. A20.

REMÍGIO, Rodrigo Ferraz de Castro. Democracia e anistia política: rompendo com a cultura do silêncio, possibilitando uma Justiça de Transição. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília: Ministério da Justiça, n. 1, p. 178-202, 2009.

REZEK, J. F. **Direito internacional público**: curso elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça Militar. Disponível em:

<<http://www.tjm.rs.gov.br>>. Acesso em: 15dez.2009.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Lei de arbitragem: uma avaliação crítica**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009.

RODRIGUES, Lino. Abin cedeu 56 arapongas para delegado da PF. 11set.2008. **O Globo**, O País, p. 14.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. **La interpretación judicial de la Constitución**. 2. ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2006.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Militar. Disponível em: <<http://www.tjm.sp.gov.br>>. Acesso em: 15dez.2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. Qu'est-ce que Le Tiers État? 4. ed.

Tradução de Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, Leandro Ribeiro. **Propriedade rural**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. **Súmula vinculante**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

THERBORN, Göran. La crisis y el futuro del capitalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Coord.). **La trama del neoliberalismo: mercado, crisis y exclusión social**. 2. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2003. p. 39-49.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. v. I.

_____. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

TULIS, Jeffrey. As duas presidências. In: NELSON, Michael (Org.). **A presidência e o sistema político**: política norte-americana hoje. São Paulo: Alfa-Omega, 1985, p. 79-109.

UCHÔA, Marcelo Ribeiro. **Controle do Judiciário**: da expectativa à concretização (o primeiro biênio do Conselho Nacional de Justiça). Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de Direito**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WALLERSTEIN, Immanuel. Mundialização ou era de transição? Uma visão de longo prazo da trajetória do sistema-mundo. In: CHESNAIS, François *et al.* **Uma nova fase do capitalismo?** São Paulo: Xamã, 2003, p. 71-92.

WEBER, Max. **Conceitos básicos de sociologia**. Tradução de Rubens Eduardo Ferreira Frias e Gerard Georges Delaunay. São Paulo: Centauro, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**: crise, acertos e desacertos. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ZVEITER, Waldemar. O Controle do Poder Judiciário. Solução possível. **RDR**, Rio de Janeiro, n. 30, set./dez.2004, p.1-11.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)