

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PODER JUDICIÁRIO: CRISE E REFORMA

Maria Eunice de Paula

Monografia final apresentada como requisito parcial para a obtenção da aprovação no Curso de Mestrado, do Programa de Pós-Graduação em Direitos Especiais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Junior

Porto Alegre, 2006

*Dedico o presente trabalho à memória de meu pai,
Antônio Ramos de Paula, meu grande incentivador,
meu amigo de fé, meu irmão, camarada...*

Há tantas pessoas a agradecer...

Uma, em especial, o professor Cezar Saldanha Souza Junior, meu querido orientador, fonte de inspiração.

A ele, mais do que um agradecimento: uma homenagem.

Agradeço aos professores abaixo que compartilharam o seu conhecimento comigo no Mestrado e também na qualificação da presente dissertação.

Dr. Cláudio Fortunato Michelin Júnior

Dr. Cezar Sadanha Souza Junior

Dr. Eduardo Dutra Aydos

Dra. Judith Hofmeister Martins-Costa

Dr. Humberto Bergman Ávila

Dr. Luís Afonso Heck

Dr. Luís Fernando Barsotto

Dr. Peter Walter Ashton

Dra. Marília Costa Morosini

Dr. Rodrigo Valin de Oliveira

RESUMO

O objetivo da pesquisa é a análise da instalada e crescente crise do Poder Judiciário no Brasil e da reforma que pretende solucioná-la. Diante do exame perfunctório se verifica que a crise não é somente operacional, ocasionada pelo desaparelhamento do Judiciário, pelo processo, suas excessivas formalidades e por outros motivos apontados pelo meio jurídico. Embora presentes, a principal causa é de ordem institucional, pois trata do exercício de um dos três Poderes de Estado, que já não se apresenta em sintonia com a teoria clássica da separação dos poderes do século XVIII, em face da nova sociedade e da decorrente alteração dos fins do Estado.

O Poder Judiciário vem evoluindo no sentido de administrar a Justiça e prestar a jurisdição de forma substancial, com base na concretização da Constituição, especialmente dos Direitos Fundamentais, o que leva, pelo menos aparentemente, a ditar o Direito e imiscuir-se na atividade política, em contradição à teoria clássica da separação dos poderes. De outro lado, nosso sistema de governo presidencialista, com a hegemonia do Poder Executivo, depõe contra a independência do Judiciário ao centralizar a cooptação dos componentes da mais Alta Corte e ingerir na formação dos Tribunais Superiores. Agora com a adoção do controle externo do Poder Judiciário, aumenta a concentração de poderes no Executivo, fazendo frente à pleora de competência que a Constituição atribuiu ao Poder Judiciário. A conclusão é de que a perda é da sociedade, com a subversão do regime democrático. A história dos países mais desenvolvidos está a indicar o caminho do consenso, como sendo o de um novo agenciamento de poderes, adotando-se o sistema parlamentarista e um Tribunal Constitucional independente.

Palavras-chave: Poder Judiciário – Tribunal Constitucional – presidencialismo – parlamentarismo – agenciamento de poderes

ABSTRACT

The objective of the research is the analysis of the installed and crescent crisis of the Judicial Power in Brazil and the reform that intend to solve it. In front of the perfunctory we verify that the crisis is not just operational, caused by the lack of apparatus of the Judicial, by the process, its excessive formalities or other reasons pointed by the judicial environment. Although present, the main cause is from institutional order, because it's about the prosecution of one of the three Powers of the State, which already is not shown in sintony with the classic theory of the separation of the powers from the XVII century, in regard to the new society and the current alteration of the finality of the State.

The Judicial Power has been developing in the sense of managing the Justice and render the jurisdiction in a substantial way, based on the realization of the Constitution, specially the Fundamental Rights, that takes us, at least apparently, to dictate the Law and insert itself in the political activity, in contradiction to the classic theory of the separation of the Powers. On the other hand, our presidential government system, with the hegemony of the Executive Power, deposes against the independence of the Judicial centralizing the political choice of the components of the Highest Court and ingests the formation of the Superior Courts. Now with the adoption of the external control of the Judicial Power, raises the concentration of the powers in the Executive, initiating the exuberance of competence that the Constitution attributed to the Judicial Power. The conclusion is that the lost is of the society, with the subversion of the democratic regime. The history of the well developed countries is pointing the way of consensus, as been the way of a new placement of the powers, adopting the parliamentary system and a independent Constitutional Court.

Key Word: Judicial Power – Constitutional Court – Presidential – Parliamentary – Replacement of the Powers

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 – A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO	13
1.1 O que se fala hoje sobre a crise do Poder Judiciário?	14
1.2 Remontando à história das crises do Poder Judiciário	17
<i>1.2.1 O período da Constituição Federal de 1891 à Carta de 1937</i>	18
1.2.1.1 O predomínio do Poder Executivo e das questões “políticas”.....	18
1.2.1.2 O problema(?) da dualidade da Justiça	22
<i>1.2.2 O período da Constituição Federal de 1946</i>	26
<i>1.2.3 O período da Constituição Federal de 1967</i>	30
<i>1.2.4 O período da Constituição Federal de 1988</i>	38
1.2.4.1 O dever de demonstração da repercussão geral	48
1.2.4.2 A súmula vinculante	50
1.2.4.3 O controle externo do Poder Judiciário	51
CAPÍTULO 2 – DIAGNÓSTICO PREDOMINANTE E SOLUÇÕES PRESCRITAS ..	57
2.1 O processo	58
2.2 A estrutura do Poder Judiciário	63

2.3 A criação de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos.....	70
<i>2.3.1 Mecanismo de solução extrajudicial ou quase judicial de conflitos no Brasil</i>	<i>73</i>
<i>2.3.2 A jurisdição mista como mecanismo de solução quase judicial ou judicial de conflitos</i>	<i>79</i>
CAPÍTULO 3 – DIAGNÓSTICO PROPOSTO.....	86
3.1 Política e Direito.....	87
<i>3.1.1 A judicialização da Política e a politização do Direito: uma aproximação.....</i>	<i>90</i>
<i>3.1.2 A judicialização da Política e a politização do Direito na Constituição de 1988.....</i>	<i>94</i>
3.2 A alocação dos Poderes Políticos.....	97
<i>3.2.1 Breve esboço histórico da alocação dos Poderes Políticos.....</i>	<i>99</i>
<i>3.2.2 O Tribunal Constitucional.....</i>	<i>108</i>
<i>3.2.3 A involução da alocação de poderes no Brasil.....</i>	<i>111</i>
3.3 O Supremo Tribunal Federal é um Tribunal Constitucional ?.....	114
CONCLUSÃO.....	121
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	125

LISTA DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

ADC - Ação Direta de Constitucionalidade
ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADIn – ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul
ABM – Associação Brasileira de Magistrados
Art. – Artigo
BID - Banco Interamericano de Desenvolvimento
CACB – Confederação Brasileira de Associações Comerciais e Empresariais do Brasil
CBMAE - Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial
CF – Constituição Federal
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público
CPC – Código de Processo Civil
EC – Emenda Constitucional
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente
MESCS - Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias
Min. - Ministro
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
PEC - Projeto de Emenda Constitucional
PL – Projeto de Lei
PROCON - Proteção e Defesa do Consumidor
RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas
SNDC - Sistema Nacional de Defesa do Consumidor

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCU - Tribunal de Contas da União

TFR – Tribunal Federal de Recursos

TRF – Tribunal Regional Federal

UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objeto a análise da instalada e crescente crise do Poder Judiciário no Brasil e da Reforma que pretende solucioná-la. A proposta de racionalização da crise do Judiciário circunscreve-se no curso da História brasileira desde a Primeira República e busca as suas origens. Diante dos dados históricos, logo se verifica que o Poder Judiciário vive em crise constante e que os problemas diagnosticados como a morosidade da prestação jurisdicional e as dificuldades de acesso ao Judiciário repetem-se como as ondas do mar. As causas apontadas estão e estiveram no terreno do processo, do seu formalismo, do excesso de recursos, da crescente crise de litigiosidade, da inadequação das leis, no desaparecimento do Judiciário, na deficiência na formação dos juízes e dos demais operadores do Direito.

O diagnóstico refletido no meio jurídico e na sociedade, portanto, aponta para uma origem da crise no plano operacional, ligada à estrutura do Judiciário e ao processo judicial em si mesmo.

As soluções apontadas nas diversas quadras históricas foram e ainda são de ordem operacional, porém isto tende a gerar uma crescente atividade de incremento da prestação jurisdicional, diretamente proporcional à crescente litigiosidade, - esta inatacada, instalando um círculo vicioso entre o aumento das estruturas e da demanda.

Assim sendo, a sociedade estaria exposta a arbitrariedades e a injustiças, sempre no aguardo da prestação jurisdicional inexoravelmente deficitária, colocando em risco a própria democracia.

Por outro lado, é patente que o Poder Judiciário vem evoluindo no sentido de administrar a Justiça e prestar a jurisdição de forma substancial, o que faz com base na concretização da Constituição, especialmente dos Direitos Fundamentais e o leva, pelo menos aparentemente, a

ditar o Direito em contradição à teoria clássica da separação dos poderes. Além de dispor da norma concreta, passou a imiscuir-se no campo político, ou seja, emitir decisões que exigem prestações estatais, que estariam no campo do Poder Executivo, porém tudo em cumprimento da Constituição, que estabelece inúmeras obrigações do Estado às quais faz corresponder direitos subjetivos e ações que asseguram o seu cumprimento.

Isso ocorre nos moldes da organização tradicional do Poder Judiciário da teoria clássica da tripartição de poderes, engendrada no advento do Estado liberal, ao deter o monopólio da jurisdição e funcionar apenas se provocado; além disso, aplica as ordens gerais e abstratas, produzidas pelo Poder Legislativo, ao caso concreto, objeto do conflito posto, o primeiro Poder não legisla, nem administra, senão em matéria *interna coporis*. Suas funções correspondem à defesa das liberdades individuais, especialmente contra os abusos do Estado, preservando o princípio de que não cabe ao Judiciário o pronunciamento sobre assuntos políticos.

O “Poder Judiciário” está inserido na Constituição da República Federativa do Brasil como um Poder independente, encarregado da função jurisdicional, que se realiza por meio de um processo. Verifica-se que o Poder Judiciário evoluiu na sua função estatal. Enquanto os demais Poderes do Estado encontram-se em aparente crise de credibilidade fundada na hipertrofia do Poder Executivo e na nova modalidade negocial de aprovação das leis, o Poder Judiciário goza de credibilidade por defender os direitos e as garantias de forma substancial, sob o manto da supremacia da Constituição.

Ao mesmo tempo tal Poder estaria frente à irremediável crise operacional e institucional. Operacional, porque a confiabilidade é empalidecida em razão da mora do Judiciário, e institucional, em face de questões ligadas à legitimidade do Poder Judiciário que, pelo menos aparentemente, ao proferir determinadas decisões tidas por “políticas”, estaria a invadir a seara dos demais Poderes do Estado.

Tais ponderações levam às seguintes questões: Quais os problemas que caracterizam a atual crise do Judiciário? São diferentes daqueles que o afligiram em crises anteriores? Além disso, quais são as soluções que já foram sugeridas e experimentadas em outros momentos históricos, se foram satisfatórias, bem como as propostas de reforma posteriores à Constituição de 1988 e a projeção de seus resultados. Quais são as interfaces dessa problemática com a teoria da separação dos poderes e do Estado Democrático de Direito?

A hipótese é de que o agenciamento dos poderes desbordou da teoria clássica da separação dos poderes, necessitando, pois, ser revisitada.

Para responder aos questionamentos, o método de desenvolvimento de pesquisa foi o descritivo-analítico, assim se considerando a abordagem dos problemas e das sugestões apresentadas e implementadas para as históricas crises do Poder Judiciário, com a finalidade de verificar as relações entre as mesmas. Também foi utilizado o método dialético, para permitir a verificação das interações existentes com as mudanças ocorridas no processo de desenvolvimento, da visão e das funções do Estado Democrático de Direito, bem como prognosticar sobre a questão da divisão ou da alocação dos poderes do Estado brasileiro.

A abordagem do tema foi dividida em três capítulos. O primeiro, de características históricas, ou narrativo, descreve a crise do Judiciário ocorrida em diversas épocas. Inicialmente aborda as questões sob o prisma da atualidade, situando o problema e, em seguida, analisa a situação do Poder Judiciário a partir da República, revisitando a História refletida nas Constituições brasileiras, desde a Constituição de 1891. Sublinham-se os problemas e as soluções propostas em cada etapa, ao se analisarem os resultados alcançados e quando tais medidas sugeridas foram implementadas. O segundo capítulo, intitulado “diagnóstico predominante e soluções prescritas”, é destinado à análise atual dos pontos de conflito, ou seja, as razões postas da crise e os meios apontados para solucioná-la. Para uns, está no campo do processo; para outros, na estrutura do Poder Judiciário - tudo evidencia um grave descaso histórico contra o Poder Judiciário que, a par do monopólio da jurisdição, cujo resultado colhido de morosidade na prestação jurisdicional e dificuldade de acesso à jurisdição, leva à criação de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. Por fim, o terceiro capítulo no qual se discute sobre a proposição de um diagnóstico que desce (ou sobe), a questões político-jurídicas, como a relação entre Política e Direito, a existência de predomínio de um campo sobre o outro e a conjugação de ambos na construção do documento político em que se organiza o Poder Estatal e a relação deste com os governados. A pesquisa busca na História a evolução da divisão dos poderes, com o objetivo de verificar a sua eficiência na realização dos valores protegidos. Neste sentido, aponta a convivência do Poder Judiciário dentro do Poder - a sua mobilidade ou a sua imobilidade -, sua capacidade de exercer a função para a qual foi criado em uma demonstração de que a questão institucional da alocação dos poderes políticos é que atende a uma solução mais consentânea com a real crise do Judiciário, no sentido de se estabelecerem novas instituições dentro de um novo quadro de agendamento de Poderes, na tentativa de consolidação da democracia.

1 A CRISE DO JUDICIÁRIO

A crise do Poder Judiciário não é assunto novo. Pela leitura que se pode fazer da História, ambos, o Judiciário e a crise, iniciaram juntos a caminhada republicana. O problema seria a morosidade da Justiça causada pelo acúmulo de processos e pelo escasso número de juízes, além de regras processuais anacrônicas. As soluções apontadas seriam o aparelhamento do Judiciário e alterações no Código de Processo Civil - primeiramente no de 1939; depois no de 1973. Houve Constituições, várias Emendas Constitucionais, porém não ocorreu a solução da crise. Uma análise um pouco mais profunda apontará que os problemas não são apenas de estrutura ou processo: pior do que isso, há uma diferença muito grande entre as “funções ‘manifestas’ e as ‘latentes’, ou seja, funções que realmente são anunciadas no discurso oficial e funções que realmente são cumpridas na sociedade. A disparidade entre ambas é inevitável, mas quando a distância entre o que se “diz” e o que se “faz” chega a ser paradoxal, essa disparidade transforma-se em *disparate*, ou seja, dispara contra a própria instituição, desbaratando-a”¹.

É de se notar, logo na primeira parte, os conflitos entre os problemas e as soluções, entre o novo e o velho, entre o tradicional e o moderno. Como exemplo, a questão da redução da competência do Supremo Tribunal Federal, rechaçada por Victor Nunes Leal², ainda em 1964 e Djaci Falcão³, em 1988, afirmando sobre a Constituinte, então em fase de votação, que a seu juízo “perdem os jurisdicionados ao verem a Corte mais alta afastada, de certo modo, da posição de Tribunal da Federação”, conquanto o problema histórico do STF seja o excesso de

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário - crise, acertos e desacertos*. Trad. de Juarez Tavares. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 21-22.

² LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal Federal. *Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 28, p. 659, jan/fev. 1964.

³ FALCÃO, Djaci. O Poder Judiciário e a nova Carta Constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 174, p. 6, out/dez. 1988.

recursos extraordinários. A dificuldade de lograr um consenso é conotativa. Veja-se o Projeto de Emenda Constitucional da Reforma do Judiciário, que, por mais de uma década, dormitou nos escaninhos do Congresso Nacional. Entretanto, como por um passe de mágica, nós nos deparamos com um caldeirão de normas que modificam profundamente o processo judicial, a estrutura do Judiciário e que criam normas para a solução extrajudicial de conflitos. E tudo como se a função do Poder Judiciário ainda estivesse nos estritos termos de separação dos poderes teorizada no século XVIII.

1.1 O que se fala, hoje, sobre a crise do Judiciário?

A tônica, atualmente, gira em torno da última Reforma do Poder Judiciário promovida pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004. Vários pontos controvertidos vieram no seu bojo, como a criação do Conselho Nacional de Justiça, sendo de pronto atacada pela Associação dos Magistrados do Brasil – AMB - mediante a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.367, em seguida julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal⁴, cortando o mal pela raiz, visto que, sem dúvida, é esse o ponto mais controvertido da Reforma, sem se desprezar a súmula vinculante. Tal súmula, “que assume força de lei interpretativa, correspondendo ao Supremo Tribunal Federal a função paralegislativa,” a teor do que ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁵, e que é inconciliável com a independência judicial. Nesse sentido, uma afasta a outra⁶.

⁴ Decisão: O Tribunal, por unanimidade, afastou o vício formal de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 45/2004, como também não conheceu da ação quanto ao § 8º do artigo 125. No mérito, o Tribunal, por maioria, julgou totalmente improcedente a ação, vencidos o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava integralmente procedente; a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Carlos Velloso, que julgavam parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade dos incisos X, XI, XII e XIII do artigo 103-B, acrescentado pela emenda constitucional; e o Ministro Sepúlveda Pertence, que a julgava procedente, em menor extensão, dando pela inconstitucionalidade somente do inciso XIII do caput do artigo 103-B. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Falaram, pela requerente, o Dr. Alberto Pavie Ribeiro, pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. Relator o Min. Cezar Peluzo, j. em 13/04/2005, DJ 17/03/2006 - ATA n. 7/2006. Disponível em: < [http:// www.stf.gov.br/processos](http://www.stf.gov.br/processos)>. Acesso em 26 de abril de 2006.

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2005. p. 266.

⁶ GOMES, Luiz Flávio. *A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito : independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997. p. 197.

O problema central do volume de processos no STF é o recurso extraordinário. Uma das soluções, além da súmula vinculante, foi a exigência constitucional de demonstração de questão de repercussão geral, requisito para a interposição, que está sendo comparada à da arguição de relevância, inventada pelo STF, por meio da alteração no seu RISTF e posteriormente constitucionalizada pela Emenda Constitucional n. 7, de 1977 - tão combatida pela advocacia e excluída da Constituição de 1988. A questão principal, entretanto, será a fundamentação que o STF dará para a decisão discricionária de “questão de repercussão geral”, bem como a estranheza de atribuir à maioria absoluta do Supremo a competência para rejeitar o recurso extraordinário por inexistência de repercussão geral. É certo que a medida visou expungir centenas ou milhares de recursos das barras do Supremo Tribunal Federal, sem, contudo, acumular poderes nas mãos dos Ministros relatores; no entanto, a medida certamente concentrará e acumulará processos no Plenário. Há também críticas quanto à manutenção da competência do STF para julgar altas autoridades, inclusive sendo aumentada para os novos conselhos, o CNJ e o CNMP. Com a superação da equivalência hierárquica de tratado e lei federal, a competência para julgar a negativa de vigência deve ser interpretada como sendo do STF e não mais do STJ⁷.

Além dos recursos extraordinários, o STF tem como problema sério a sua configuração como um tribunal misto, pois ao mesmo tempo é de jurisdição constitucional e comum de última instância. Além disso, encampa dois modelos antagônicos de controle de constitucionalidade, a saber, o concentrado e o difuso. Também há um problema de legitimidade que é a forma de nomeação dos seus Ministros, completamente dedicada ao Poder Executivo com o beneplácito do Senado Federal. Em outras palavras, o próprio Judiciário não influi na formação de seu órgão máximo⁸.

Seguem-se, como matéria de maior interesse, as leis que regulamentam as novas regras constitucionais, efetivando a implantação do “Novo Judiciário”. Foi formada uma comissão de deputados e senadores, encarregada da regulamentação da reforma do Judiciário, engajados em um anúncio “Pacto de Estado em favor de um Poder Judiciário mais rápido e republicano”, firmado entre representantes dos três Poderes⁹. É importante destacar que existem mais de 400 projetos para a modificação na área judiciária, 26 deles diretamente

⁷ TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88*. São Paulo : Saraiva, 2005. p. 97-104.

⁸ *Ibid.*, p. 90.

⁹ JORGE, José. Agenda. *Jornal do Senado*, Brasília, ano 11, n. 2123/28, p. 2, 25.abr/1º.mai.2005.

relacionados com a regulamentação da Reforma introduzida pela Emenda n. 45, de 2004, sendo esses os que têm preferência na apreciação¹⁰.

A ordem do dia é a legislação infraconstitucional que já foi aprovada, nomeadamente a que trata da adoção de súmula impeditiva de recursos em todos os Tribunais Superiores, impedindo o recurso quando a decisão proferida for análoga às súmulas daqueles e a que trata do controvertido julgamento incontinenti por adoção de sentença proferida em ação idêntica.

O Conselho Federal da OAB argüiu a inconstitucionalidade desta última, a Lei 11.277, de 7 de fevereiro de 2006, que acrescenta o artigo 285-A ao Código de Processo Civil, instituindo uma sentença vinculante que impede o curso de ação em primeiro grau, nos casos em que a matéria, sendo somente de Direito, já tenha decisão de improcedência proferida em outros casos idênticos. Neste caso o juiz poderá dispensar a citação e de pronto proferir sentença idêntica. A inconstitucionalidade estaria no ferir a lei e os princípios da igualdade, da segurança jurídica, do direito de ação, do contraditório e do devido processo legal¹¹.

O Ministro da Justiça Thomaz Bastos fala sobre melhorias no Judiciário em audiência pública na Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. Expõe a prioridade do governo federal para combater a morosidade da Justiça brasileira e a reforma infraconstitucional do Poder Judiciário, centrada nas cinco leis sancionadas recentemente que trarão mudanças significativas ao Processo Civil Brasileiro, como a instituição da súmula impeditiva de recursos e a reformulação do Processo de Execução Civil, que trará maior rapidez à tramitação de ações de cobrança¹².

Como foi referido anteriormente, a reforma infraconstitucional, composta por 26 projetos de lei, foi encaminhada pelo Executivo ao Congresso Nacional em dezembro de 2004, com o objetivo de agilizar a tramitação de processos, racionalizar a sistemática de recursos judiciais e inibir a utilização da Justiça com fins meramente protelatórios. As propostas foram elaboradas pela Secretaria de Reforma do Judiciário, em conjunto com o Supremo Tribunal Federal, o Instituto Brasileiro de Direito Processual e entidades de magistrados, promotores e advogados. São medidas de alcance geral, muitas em desenvolvimento como experiências piloto. Um exemplo é a utilização da Informática em processo virtual.

¹⁰ JORGE, José. Agenda. *Jornal do Senado*, Brasília, ano 11, n. 2123/28, p. 2, 25.abr/1º.mai.2005. Acrescente-se que além dessa legislação de regulamentação, há em tramitação, no Congresso Nacional, propostas de emenda constitucional, PEC 146/2003; 358/2005 e 377/2005.

¹¹ OAB contesta Lei que cria sentença vinculante na primeira instância. *Jornal do Comércio*, jornal da Lei, Porto Alegre, p. 7, 4.abr.2006. Trata-se da ADI 3.695, relator, Ministro Cezar Peluso.

¹² Audiência pública realizada em 3 de março de 2006, conforme publicação no *site* do Ministério da Justiça.

O Ministério da Previdência Social publicou no dia 26 de janeiro de 2006, no Diário Oficial da União, portaria, orientando os procuradores do Instituto Nacional de Seguro Social a não mais recorrer das decisões judiciais referentes à Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional/Obrigação do Tesouro Nacional nos casos em que a Justiça já tiver dado ganho de causa a aposentados e a pensionistas do INSS. Além de beneficiar a categoria, a decisão do governo irá reduzir o acúmulo de processos judiciais em que a União era sempre obrigada a recorrer¹³.

Esse o bosquejo do panorama atual. Vejamos como, a partir da República de 1891, vem “atuando” o Poder Judiciário.

1.2 Remontando à história das crises do Poder Judiciário

Para possibilitar a localização de um fio condutor das crises do Poder Judiciário, é necessário que se revise a História do Poder Judiciário, que é uma parte da História Constitucional do Brasil, pontuada por revoluções, pelo ‘estrelismo’ dos protagonistas e pelas suas ideologias ambíguas. Desse modo, na federação da proclamada República dos Estados Unidos do Brasil, não faltaram intervenções nos Estados. Há, aqui, um paradoxo, pois o instituto, proposto como remédio para as situações extremas e definidas na Constituição, foi utilizado como elemento de luta política. O desequilíbrio entre os três Poderes com a perene prepotência do Poder Executivo foi a tônica. Ocorreram, deste modo, longos períodos de autoritarismo, intercalados de brevíssima efetiva democracia, de efetivo Estado de Direito.

Para propiciar uma análise mais objetiva, divide-se a História em quatro períodos: da Constituição de 1891 à Carta Outorgada de 1937, a Constituição de 1946, a Constituição de 1967 e a Constituição de 1988. A abordagem pretende guiar-se pelo apontamento dos problemas e das soluções que foram sugeridas e tomadas ou não a cada recorte histórico. O agrupamento no primeiro período, que vai desde a Constituição Republicana de 1891 até a Carta de 1937, dá-se em razão de nele se congregarem os mais sérios vícios que ficam plasmados nas ordens futuras de forma expressa ou implícita e se interligarem como causa e efeito, como a Revolução de 1930, que se completará em 1937.

¹³ Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/reforma>>. Acesso em 24 de abril de 2006.

1.2.1 O período da Constituição de 1891 à Carta de 1937

Este período representa a parte mais conturbada da trajetória da República. Os ideais republicanos encontraram na sua realização inúmeras resistências. As forças contrárias, a imaturidade política, o coronelismo, o militarismo, o caudilhismo, o conservadorismo se concertam emperrando o desenvolvimento das instituições democráticas.

É necessário que se diga que a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, estabeleceu-se sobre decretos que, desde já, plasmaram a futura Constituição Republicana. Neste sentido, o Decreto n. 1, que proclama a República, o regime democrático, a Federação e a conversão das Províncias em Estados-Membros, as eleições para a Assembléia Nacional Constituinte e para os Legislativos locais, os Decretos n. 510 e n. 914, de 1890, que institui o Poder Judiciário da União, o Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, que organiza a Justiça Federal, reproduzidos, no que se refere à Justiça, na Constituição de 1891.

A análise deve ser subdividida para atender às questões de fundo político, seguidas pelas que se denominarão de estruturais, embora essas também encerrem um fundo de mesmo teor.

1.2.1.1 O predomínio do Poder Executivo e das questões “políticas”

A História do Supremo Tribunal Federal reflete as crises políticas travadas nas primeiras quadras da República. Osvaldo Trigueiro observa que quarenta foram os seus Ministros nos primeiros sete anos de existência, o que significa que “Deodoro da Fonseca, Floriano Peixoto e Prudente de Moraes aposentaram nada menos de vinte e cinco”¹⁴. Em 1893, ao declarar a nulidade do Código Penal da Marinha de 7 de março de 1891, o STF foi acusado de cometer crime de abuso de autoridade, como historia Lêda Boechat Rodrigues:

...e tendo o Tribunal despertado a ira política de Floriano Peixoto, em razão daquele julgamento, ficou meses sem funcionar, porque o Marechal de Ferro não provia as vagas que iam ocorrendo e recusava-se, como então lhe competia, a dar posse ao Presidente eleito pelo Tribunal¹⁵.

¹⁴ TRIGUEIRO, Osvaldo. O Supremo Tribunal no Império e na República. In MARINHO, Josaphat e ROSAS, Roberto (coord). *Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal: conferências e estudos*, Universidade de Brasília 11 a 14 de setembro de 1978. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1982. p. 16.

¹⁵ RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. T. 1. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1991a. p. 3.

Prudente de Moraes, no final de seu governo, criticou o STF em mensagem ao Congresso Nacional, em virtude de *habeas corpus*, firmando o princípio da imunidade parlamentar durante o estado de sítio. Pela mesma razão sofreu violenta campanha da imprensa governista e houve projeto para o aumento do número de juízes¹⁶. Bem anteviram os constituintes em fixar o número de membros do STF, então de 15 Ministros, e fixar a sua competência, alertados pelos problemas vividos pela Corte Suprema americana¹⁷.

Na exposição de Lêda Boechat Rodrigues, de 1899 a 1910, o STF passa a defender o Federalismo, atacado pela “política dos governadores” inaugurada por Campos Sales, proclamando a soberania dos Estados ao lado da soberania da União, a engendrar “uma legislação antinacional e perturbadora do livre fluxo de comércio interestadual”¹⁸. Osvaldo Trigueiro aponta que

a partir de 1910, o abuso das intervenções, a que muitos Estados tiveram de pagar tributo de sangue, exigiu do Supremo Tribunal algumas decisões de aspectos e efeitos políticos apaixonadamente controvertidos. A esse período seguiu-se, a partir de 1922, o dos sucessivos levantes militares, que culminaram com a Revolução de 30¹⁹.

A Revolução de 30, ao feitiço da Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, que atribuiu conceituação restritiva do *habeas corpus*, com o objetivo de coarctar a teoria do *habeas corpus* desenvolvida pelo STF, também determinou a aplicação restritiva do instituto.

É possível concluir que a crise do Poder Judiciário até 1930 estaria concentrada no seu órgão supremo, sob causas de ordem política das questões controvertidas, partidárias, que, com o advento da Justiça Eleitoral, em 1931²⁰, foram para essa direcionadas, abrindo espaço à função constitucional do Supremo Tribunal Federal, resolvendo, desta forma, a crise.

Contudo, isso não ocorreu, e o seu trabalho foi crescendo incessantemente, como afirma Osvaldo Trigueiro, sendo registrada a entrada de 63 processos em 1892 e 890 em 1931²¹. Também Lêda Boechat Rodrigues expõe a fala de Edmundo Lins, na qualidade de Presidente do STF, ao ler o relatório anual, e dar conta de que “havia nos armários daquela Casa processos de mais de quarenta anos, o que representava uma calamidade do ponto de vista da aplicação do Direito”²².

¹⁶ RODRIGUES, 1991 a, op. cit., p. 4.

¹⁷ Ibid, p. 3.

¹⁸ Id. *História do Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. T. 2. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1991 b. p. 2.

¹⁹ TRIGUEIRO, 1982, op. cit., p. 16.

²⁰ A Justiça Eleitoral foi criada pelo Decreto n. 19.398, de 11 de fevereiro de 1931.

²¹ TRIGUEIRO, 1982, op. cit., p. 20.

²² RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. t. 4. v. 1. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1991 c. p. 23.

A Revolução de 30, no entanto, também colheu os movimentos sociais e

Vargas, com a instituição de novos valores subestimados pelas correntes liberais, inaugurou a era social²³(...) pusera mais fé e mais ardor na tarefa de concretizar no País uma lei social, fazendo assim da administração revolucionária um poder atualizado com as graves questões sociais, as quais em parte da Europa já haviam produzido o fruto de duas ditaduras ideológicas de direita²⁴.

Sob estes ares, instituiu, para as relações trabalhistas, as Comissões Mistas de Conciliação²⁵ a fim de dirimir conflitos coletivos, e as Juntas de Conciliação e Julgamento²⁶, a fim de dirimir os conflitos individuais, integradas por dois vogais e um Presidente, nomeados pelo Ministro do Trabalho, a quem competia instalar as tais Juntas²⁷. História Lêda Boechat Rodrigues que “Até 1930 os conflitos trabalhistas eram considerados *questão de polícia*”²⁸.

A referida Revolução também excluiu da apreciação do Poder Judiciário, os atos do Governo Provisório e dos interventores federais²⁹. Em atos sucessivos reduziu o número de Ministros do STF para 11 e dividiu-os em duas turmas de 5 membros; ratificou a revogação do art. 41, § 2º da Constituição de 1891, que determinava a substituição do Presidente da República pelo Presidente do STF e proibiu o exercício de outra profissão que não fosse do magistério aos magistrados e membros do Ministério Público³⁰.

A Constituição de 1934, acolhendo o projeto da comissão formada pelo Governo Provisório, deu ao Poder Judiciário um estatuto nacional, assegurando as prerrogativas a toda a magistratura, federal e estadual. O STF passou à denominação de Corte Suprema, constituído por 11 membros, podendo ser elevado até 16, por proposta do próprio Tribunal e em nenhum caso diminuído. A Justiça Eleitoral foi constitucionalizada e, em termos, também a Justiça do Trabalho, regulada no artigo 122, no título da “ordem econômica”, excepcionada das garantias da magistratura e formada como uma Justiça administrativa e eletiva.

Sob a Constituição de 1937, o Poder Judiciário foi mantido com sérias limitações à sua independência, notadamente em face da possibilidade de aposentação estabelecida no artigo

²³ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 5. ed. Brasília : OAB Editora, 2004. p. 272.

²⁴ *Ibid.*, p. 273.

²⁵ Decreto n. 21.396, de 12 de maio de 1932.

²⁶ Decreto n. 22.132, de 25 de novembro de 1932.

²⁷ NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência*. v. 2. Brasília : Supremo Tribunal Federal, 2000. p. 68-69, *passim*.

²⁸ RODRIGUES, 1991 c, *op. cit.*, p. 39.

²⁹ Decreto n. 19.383, de 11 de novembro de 1930, art. 5º.

³⁰ Decreto n. 19.656, de 3 de fevereiro de 1931.

177³¹. Foi suprimida a Justiça Federal, ponto a ser abordado a seguir, e também a Justiça Eleitoral, essa restabelecida em 1945. O poder do Presidente da República ficou patenteado no seio da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, em face de a Carta Outorgada investi-lo de amplos poderes para dar a última palavra sobre a lei inconstitucional. Em caso de essa ser “necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”, poderia “submetê-la novamente ao exame do Parlamento” e, no caso em que este a confirmasse “por dois terços de votos em cada uma das Câmaras”, ficaria “sem efeito a decisão do Tribunal”³². Como o Senado Federal e a Câmara dos Deputados foram dissolvidos e as eleições marcadas para após o plebiscito³³ - que nunca se realizou³⁴ -, a decisão sobre a presença dos motivos ensejadores da refutação da inconstitucionalidade e da conseqüente convalidação da lei coube unicamente ao Presidente da República. A par disso, foi sob a Carta outorgada de 1937 que ocorreu a unificação do Direito Processual Civil³⁵ e Penal³⁶, a reformulação do Código Penal³⁷, a organização da Justiça do Trabalho³⁸, bem como restaurada a Justiça Eleitoral^{39,40}.

A par das crises políticas propriamente ditas, ou no sentido mais primitivo de disputa e de afirmação de poder, demonstrando o claro predomínio do Poder Executivo, nasceu com a República a discussão sobre a dualidade do Judiciário, o que, em boa parte, também reflete uma questão política, mas, antes disso de política judiciária, ou seja, de estruturação do Poder Judiciário.

³¹ Art. 177 - Dentro do prazo de sessenta dias, a contar da data desta Constituição, poderão ser aposentados ou reformados de acordo com a legislação em vigor os funcionários civis e militares cujo afastamento se impuser, a juízo exclusivo do Governo, no interesse do serviço público ou por conveniência do regime.

³² Art. 96, parágrafo único, CF de 1937.

³³ Art. 187 - Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República.

³⁴ Art. 178 - São dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. As eleições ao Parlamento nacional serão marcadas pelo Presidente da República, depois de realizado o plebiscito a que se refere o art. 187.

³⁵ Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939.

³⁶ Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.

³⁷ Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940.

³⁸ Decreto n. 1.237, de 2 de maio de 1939, Decreto n. 2.851, de 10 de dezembro de 1940.

³⁹ Decreto-Lei n. 7.586 de 28 de maio de 1945.

⁴⁰ NEQUETE, 2000, op. cit., p. 84-87, passim.

1.2.1.2 O problema(?) da dualidade da Justiça

É consabido que a forma federativa do Estado brasileiro adveio com a República, não sem copiosa evolução histórica, tendo no sistema americano o seu paradigma, embora ali fosse uma Federação por agregação, com a preexistência da organização de cada Estado-Parte, inclusive quanto à Justiça. O corolário lógico foi a criação de órgãos superpostos para desenvolver as funções e os interesses da União, incluindo uma Justiça da União. No Brasil, e também em outros países, isso foi tido como característica indefectível do Federalismo. De acordo com a afirmação de Campos Sales, “não há governo federal sem Poder Judiciário *independente da Justiça dos Estados*, para manter os direitos da União, guardar a Constituição e as leis federais”⁴¹(grifo nosso). Sobre isso, José Frederico Marques, expõe no sentido de que a partilha jurisdicional foi predominantemente em razão da “orientação político-constitucional, tendo em vista, principalmente, o sistema federativo”⁴². Lenine Nequete também expõe que “entendeu-se que o sistema republicano-federal, em essência dualista, obrigava à coexistência de uma dupla Justiça – a federal e a dos Estados, cada uma com a sua esfera própria de atribuições”⁴³.

Castro Nunes revela esse paradigma norte-americano, seguido pelas Federações então existentes da Argentina, da Suíça, da Alemanha, tanto na Imperial quanto na República de Weimar, do México, da Austrália e do Canadá, em função de que determinadas causas relativas às matérias de interesse nacional deveriam ficar ao encargo de órgãos instituídos e mantidos pela União⁴⁴. Aos Estados também competia legislar sobre o direito processual. A competência da Justiça Federal “estava enumerada pela Constituição e partia do princípio geral, nela pressuposto, de assegurar o império da Constituição e outros interesses de relevo nacional mais acentuado”⁴⁵. Do ponto de vista dos Estados, a dualidade da Justiça era justificada por Pedro Lessa, que anotava sofrer “a Constituição Federal, rudes ataques. Preconizam e querem muitos uma só judicatura, um só processo, para todo o paiz e para todas as causas, extinta a faculdade actualmente concedida aos Estados de legislar sobre direito judiciário. É, como se vê, a mutilação do regimem federativo”⁴⁶(sic).

⁴¹ CAMPOS SALES apud NUNES, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro : Forense, 1943. p. 59.

⁴² MARQUES, José Frederico. *A reforma do Poder Judiciário*. v. 1. São Paulo : Saraiva, 1979. p. 61.

⁴³ NEQUETE, 2000, op. cit., p. 20.

⁴⁴ NUNES, 1943, op. cit., p. 58.

⁴⁵ Ibid., p. 60.

⁴⁶ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro : Livraria Francisco Alves, 1915. p. 5.

A Constituição de 1891 estruturou o Poder Judiciário da União, estabelecendo seus órgãos⁴⁷ e competência⁴⁸, bem como as garantias da magistratura federal, nos moldes em que foi implantada a Justiça Federal pelo Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890. A Justiça Estadual, teve a sua competência remanescente deduzida dos artigos 60 e 65, § 2º⁴⁹, com recurso ao Supremo Tribunal Federal, apenas nos casos do artigo 61⁵⁰, e, naturalmente, nas questões constitucionais enumeradas no artigo 59, § 1º. A não-determinação constitucional

⁴⁷ Art 55 - O Poder Judiciário, da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juízes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar.

⁴⁸ Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originária e privativamente:

- a) o Presidente da República nos crimes comuns, e os Ministros de Estado nos casos do art. 52;
- b) os Ministros Diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade;
- c) as causas e conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros;
- d) os litígios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados;
- e) *os conflitos dos Juízes ou Tribunais Federais entre si, ou entre estes e os dos Estados, assim como os dos Juízes e Tribunais de um Estado com Juízes e Tribunais de outro Estado.*

II - julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juízes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60;

III - rever os processos, findos, nos termos do art. 81.

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e Leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- 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.

§ 2º - Nos casos em que houver de aplicar Leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar Leis da União.

Art. 60 - Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar:

- a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal;
- b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, Leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo Governo;
- c) as causas provenientes de compensações, reivindicações. Indenização de prejuízos ou quaisquer outras propostas, pelo Governo da União contra particulares ou vice-versa;
- d) os litígios entre um Estado e cidadãos de outro, ou entre cidadãos de Estados diversos, diversificando as Leis destes;
- e) os pleitos entre Estados estrangeiros e cidadãos brasileiros;
- f) as ações movidas por estrangeiros e fundadas, quer em contratos com o Governo da União, quer em convenções ou tratados da União com outras nações;
- g) as questões de direito marítimo e navegação assim no oceano como nos rios e lagos do País;
- h) as questões de direito criminal ou civil internacional;
- i) os crimes políticos.

§ 1º - É vedado ao Congresso cometer qualquer jurisdição federal às Justiças dos Estados.

§ 2º - As sentenças e ordens da magistratura federal são executadas por oficiais judiciários da União, aos quais a polícia local é obrigada a prestar auxílio, quando invocado por eles.

⁴⁹ Art. 65 - É facultado aos Estados:

1º) celebrar entre si ajustes e convenções sem caráter político (art. 48, n. 16);

2º) em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição.

⁵⁰ Art. 61 - As decisões dos Juízes ou Tribunais dos Estados nas matérias de sua competência porão termo aos processos e às questões, salvo quanto a:

1º) *habeas corpus*, ou

2º) espólio de estrangeiro, quando a espécie não estiver prevista em convenção, ou tratado.

Em tais casos haverá recurso voluntário para o Supremo Tribunal Federal.

quanto à extensão das garantias da magistratura federal à estadual, deu azo a que nos Estados não se obtivessem condições de independência, em face dos baixos vencimentos e da dependência dos poderes locais.

A Justiça Federal foi implantada apenas nas capitais dos Estados, formando, em cada um deles, uma seção judiciária. O aparelhamento foi deficitário, o que era fundamento de defesa da unidade da Justiça. Não havia tribunais intermediários, e os recursos desaguavam no Supremo Tribunal Federal, isto porque o art. 55 da Constituição de 1891 não admitia a criação de tribunais intermediários – de acordo com a interpretação de juristas de nomeada, a contar com Pedro Lessa que professava que os artigos 55, 60 e 61 foram claros ao estabelecer os órgãos em que se poderia estruturar a Justiça Federal, o Supremo Tribunal Federal, Juízes ou Tribunais. Mas, ao atribuir competência ao STF para julgar, em grau de recurso, “as questões resolvidas pelos Juízes e Tribunais Federais”, a instituição de tribunais intermediários levaria à criação de três instâncias⁵¹. Isso impediu a criação de instâncias intermediárias, causando o abarrotamento do STF que funcionava com competência recursal para as decisões proferidas pelos Juízes Federais, as de última instância estadual, pela via do extraordinário, além da já ampla competência originária.

De fato, a dualidade da Justiça não era questão pacífica. Como noticia Castro Nunes, José Higino tinha-a por desnecessária e insuficiente em seu aparelhamento, além de outros motivos que iam desde o conservadorismo imperial, a unidade de direito material e a pluralidade processual, a penúria das Justiças Estaduais, sujeitas à hostilidade dos poderes políticos locais em face da ausência de garantias constitucionais; esse último aspecto foi sendo solvido pelo Supremo Tribunal Federal que estendeu as garantias da magistratura federal⁵² à dos Estados, por fim incorporadas na Emenda Constitucional de 1926⁵³.

Havia mesmo um movimento de unificação da Justiça e do Processo, uma Justiça Nacional organizada e mantida pela União. Expõe Castro Nunes que eram três as correntes de pensamento e, de mesmo número, as soluções propostas: a) ou manter a Justiça Federal de primeira instância melhor aparelhada e articulada com as Justiças locais para as diligências e para a instrução probatória no interior, dilatada a sua competência, em correspondência com o

⁵¹ LESSA, 1915, op. cit., p. 19-22, passim.

⁵² A Justiça Federal foi criada pelo Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890. Nem esse Decreto e nem a Constituição de 1891 cuidou de organizar a Justiça dos Estados - apenas a Justiça Federal -, com a indicação dos órgãos e das garantias da Magistratura Federal nos artigos 55 e 57, o que, na exposição de José Frederico Marques ocasionou “calamitosa situação da magistraturas estaduais” levando “um grande número de juristas a propugnar pela unificação da justiça” (MARQUES, 1979, ob. cit., p. 115).

⁵³ NUNES, 1943, op. cit., p. 62.

desenvolvimento dos interesses e dos serviços da União nos Estados; b) ou *federalizar* toda a Justiça, unificando-a no *plano nacional*; c) ou, não sendo isso possível, unificá-la no *plano estadual*, isto é, confiar às Justiças locais todas as causas, inclusive as atribuídas à Justiça Federal de primeira instância. Com a Revolução de 1930, o tema foi retomado e igualmente as três matrizes se colocaram: a) a da unidade completa; b) da unidade mista; c) da dualidade, sendo essa última que foi adotada pelo plenário da Assembléia Constituinte de 1934, juntamente com a unidade processual. Castro Nunes também era devoto da dualidade e afiançava o dito de Campos Sales, anotando o alargamento da competência da União e a especial importância da primeira instância como a grande aplicadora da legislação federal⁵⁴.

Na Carta outorgada de 1937, a jurisdição foi unificada nos Estados⁵⁵, sob o princípio de que “*nacional* é a distribuição da Justiça, mas *estadual* a sua organização”⁵⁶, a depender de um aparelhamento preso às condições peculiares de cada Estado, ligado à respectiva autonomia, que necessitava de algumas limitações de ordem constitucional sob o fundamento a) do caráter nacional da prestação jurisdicional; b) do exercício de atribuições de grande interesse da União; c) da prevenção de abusos contra a independência e regular funcionamento da magistratura, que ocorria em alguns Estados. Tais fundamentos consagram o quadro de princípios já adotado na Constituição de 1934 relativamente à unidade funcional da magistratura⁵⁷ bem como a característica eminentemente nacional do Poder Judiciário⁵⁸.

Na exposição de Victor Nunes Leal, o pensamento que inspirou a supressão da Justiça Federal ordinária foi o atendimento da conveniência pública no tocante às questões constitucionais e outras de alta relevância nacional:

“com a submissão dessas causas ao Supremo Tribunal, ou a estes outros Tribunais Federais, umas em primeira ou única instância, outras em grau de recurso. Em tal hipótese, não seria necessário criar uma Justiça especial de primeira instância para todos os feitos federais, encarecendo e complicando o sistema, sobretudo quando o direito processual seja da competência legislativa da União”⁵⁹.

As razões, portanto, de criação da Justiça Federal foram políticas, ao passo que sua extinção não, ocorrendo por razões práticas.

⁵⁴ NUNES, 1943, op. cit., p. 63-65, passim.

⁵⁵ Porém, com recurso para o Supremo Tribunal Federal. Foram mantidas as jurisdições especiais do trabalho, a militar e a do Tribunal de Segurança Nacional (arts. 139, 111 e 172), sendo esse último criado pela Lei Constitucional n. 7 de 30/09/1942.

⁵⁶ Conforme Castro Nunes, são idéias do Ministro Artur Ribeiro no anteprojeto da Constituição de 1934, que não vingaram à ocasião. Ver: NUNES, 1943, op. cit., p. 73.

⁵⁷ Ingresso por concurso, perpetuidade, dualidade de instâncias, irredutibilidade dos vencimentos...

⁵⁸ NUNES, 1943, op. cit., p. 75 a 77, passim.

⁵⁹ LEAL, Victor Nunes. Justiça Ordinária Federal. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 34, p. 51-52, jul. 1972.

1.2.2 O período da Constituição Federal de 1946

A Constituição de 1946 não restaurou a Justiça Federal de primeiro grau. Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta que a supressão da Justiça Federal visava à simplificação da estrutura do Poder Judiciário pelo inconveniente da multiplicidade dos órgãos. Todavia, a incumbência aos Estados da matéria do interesse da União pesou à Administração da Justiça e aos cofres estaduais, que se viram obrigados a

manter juízes e cartórios, em número sempre crescente, para atender a casos de interesse exclusivo da União, como as questões referentes a seus tributos (bem como) a importância e o valor de inúmeras questões de interesse federal não encontravam juízes à altura em certas justiças estaduais, ou, ao menos, não recebiam o tratamento adequado em algumas regiões do País⁶⁰.

A Justiça Federal ressentia-se também da falta de instâncias intermediárias, que desafogassem o Supremo Tribunal Federal. O socorro vem com a Constituição de 1946, que institui mais um órgão do Poder Judiciário: o Tribunal Federal de Recursos, com sede na Capital Federal, com competência para julgar em grau de recurso ordinário as causas de interesse da União, que continuaram sendo decididas pela Justiça dos Estados, do Distrito Federal ou dos Territórios, bem como autorizou que outros fossem criados em outras regiões do País⁶¹. A instalação do TFR deu-se em 1946, porém o efeito de desafogar o Supremo Tribunal Federal não foi atingido. Por outro lado, a permanência da competência para julgar as causas de interesse da União na Justiça estadual não ficava resolvida, assoberbando essa Justiça e também os cofres estaduais. A solução veio justamente com o restabelecimento da Justiça Federal de primeiro grau pelo Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965 e da estruturação pela Emenda Constitucional n. 16 à Constituição de 1946.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que a Constituição de 1946 criou o TFR, reintegrou o mandado de segurança ao quadro das liberdades e das garantias⁶², com recurso ordinário das decisões denegatórias para o Supremo Tribunal Federal⁶³, pois, segundo Aliomar Baleeiro, preponderava a desconfiança “contra os abusos das autoridades (...) em quase todos, palpitava a confiança no Poder Judiciário, para a efetividade dos direitos e garantias restaurados”. O mesmo autor noticia a concreção de temidos abusos no uso do mandado de segurança, o que ocorreu em matéria alfandegária, em face da liberalidade na concessão de liminares por Juízes

⁶⁰ FERREIRA FILHO, 2005, op. cit., p. 254.

⁶¹ Artigos 103 e 104, II, *a*, art. 105, CF de 1946.

⁶² Art. 141, § 24, CF de 1946.

⁶³ Art. 101, II, *a*, CF de 1946.

de primeira instância, causando embaraço à ação das autoridades “sobretudo em matéria fiscal”, até porque o “congestionamento crônico dos Juízes singulares e dos Tribunais” implicava a passagem de anos até o trânsito em julgado das decisões⁶⁴.

Da palestra proferida em 1964 por Victor Nunes Leal, na época, Ministro do Supremo Tribunal Federal, colhe-se que, em 1950, foram julgados 3.511 processos e, em 1962, foram julgados 7.437 processos por aquela Corte⁶⁵.

O referido autor decanta as soluções para o grave acúmulo de processos sob o qual se via o STF. O problema do aparelhamento do Supremo foi colocado como de urgente solução, sendo combatida a idéia, então propalada, de redução da sua competência. Comenta que “O Projeto de Reforma Constitucional de 1956, encaminhado pelo Ministro da Justiça, o saudoso Nereu Ramos, e subscrito por Carlos Medeiros Silva, San Tiago Santos, Gonçalves de Oliveira, Brochado da Rocha e Hermes Lima, documenta com abundância as opiniões em tal sentido”. Refere também a um ousado estudo do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, da lavra de Seabra Fagundes. A solução estaria na exploração das possibilidades de se organizar adequadamente o trabalho do Supremo, como utilizar os modernos métodos da tecnologia - embora sem recursos adequados para tanto. Essa eficiente organização do trabalho do Supremo Tribunal Federal desdobrava-se em duas questões: a da relativa estabilidade da jurisprudência e a do imediato conhecimento das decisões. Com respeito à estabilidade da jurisprudência, o referido autor afirma que as questões de

razões práticas, inspiradas no princípio da igualdade, aconselham que a jurisprudência tenha relativa estabilidade. Os pleitos iguais, dentro de um mesmo contexto social e histórico, não devem ter soluções diferentes. A opinião leiga não compreende a contrariedade dos julgados, nem o comércio jurídico a tolera, pelo seu natural anseio de segurança⁶⁶.

Para tanto, propugna como condição para a desejável firmeza da jurisprudência o imediato conhecimento dos precedentes aos interessados e aos julgadores, aduzindo a necessária distinção entre precedentes que exprimissem o entendimento firme do STF daqueles em que a jurisprudência se achasse em vias de fixação, bem como discernir as causas repetitivas das raramente submetidas ao julgamento; anota que o que mais assoberba o Supremo Tribunal Federal são as causas repetitivas, típicas, impondo-se um método de

⁶⁴ BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, êsse outro desconhecido*. Rio de Janeiro : Forense, 1968, p. 80-82, passim.

⁶⁵ LEAL, 1964, op. cit., p. 659.

⁶⁶ LEAL, loc. cit.

trabalho, que permitisse o “juízo seguro, mas rápido, abolindo formalidades e desdobramentos protelatórios”. São casos que perdem a importância jurídica e absorvem o tempo que deveria ser gasto com exame mais acurado dos casos difíceis, seguindo o modelo americano, em que a Suprema Corte seleciona os feitos a serem julgados pela relevância da causa. O efeito seria alcançado graças ao julgamento dos processos rotineiros com a indicação do precedente, para o que seria necessário um sistema oficial de remissão dos precedentes, um repositório dos precedentes, que preservaria o princípio da fundamentação do julgado. Por outro lado, poderiam ser estabelecidos pressupostos regimentais impeditivos de recursos protelatórios, como autorizado em lei para o recurso extraordinário, agravo de instrumento ou embargos. Refere-se à *Súmula da Jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal*, cuja qualidade seria de a simples citação do número convencional estremar a jurisprudência firme daquela em formação e atribuir efeitos processuais, abreviando o julgamento de casos repetitivos e protelações deliberadas, e resguardar a ampla defesa, pois a parte que se sentisse prejudicada poderia manejar o agravo regimental para o julgamento do feito pela Turma ou pelo Pleno, conforme o caso. “Ela não estanca o fluxo criador da jurisprudência, nem impede a sua adaptação às condições emergentes. Apenas exige, para ser alterada, mais aprofundado esforço dos advogados e juizes. Deverão eles procurar argumentos novos, ou aspectos inexplorados nos velhos argumentos, ou realçar as modificações operadas na própria realidade social e econômica”. O mesmo autor coloca também a idéia de remeter as decisões aos professores das Faculdades de Direito do país, “para a utilização em trabalhos de classe, em comentários de revista ou nas suas obras de doutrina, colaborar mais ativamente com a Justiça na elaboração do Direito Aplicado”⁶⁷. Reconhecendo a importância da cátedra, da advocacia e da judicatura como laboratórios de Direito, aponta a primeira como de visão mais abrangente e sistemática, porque não está vinculada a casos concretos.

Para Aliomar Baleeiro, a causa principal da “plethora de feitos no Supremo” foram os recursos extraordinários, pois “até 1950, eles não chegavam a 17.000. No fim de 1965, o número total já excedia de 60.000. Nos últimos 15 anos, portanto, entraram causas em volume quase igual ao quádruplo dos primeiros 60”. Foram julgados, em 1965, 6.282 processos, de forma que o estoque de processos aguardando julgamento era invencível.

A solução perpetrada foi a emenda ao Regimento Interno pelo artigo 309-A, de 29 de maio de 1964, de duvidosa legalidade, determinando providência de demonstração de interesse das partes no prosseguimento de feito de recurso extraordinário, agravo de

⁶⁷ LEAL, 1964, ob. cit., p. 661.

instrumento ou embargos quando paralisados há mais de dez anos. Também houve o rigor dos Presidentes de Tribunais estaduais, na admissão de recursos extraordinários infundados, e dos próprios Ministros Relatores, em negar seguimento a recurso extraordinário ou a agravo manifestamente infundados e contrários à súmula do STF, baseada, essa, na predominância da jurisprudência⁶⁸.

Com o Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965 e a Emenda Constitucional n. 16, de 26/11/65, que alteraram a Constituição de 1946, foi aumentado o número de Ministros do STF de onze para dezesseis, sendo determinado o seu funcionamento em plenário e em três Turmas. Foi alterada também a composição do TFR de nove para treze Ministros, além de se ter restabelecido a Justiça Federal de primeira instância, como já foi referido, e determinado que a nomeação dos juízes competisse ao Presidente da República⁶⁹.

Embora mantido o mandado de segurança e a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar o recurso ordinário de decisão denegatória nele proferida - sob a desconformidade de alguns quanto à existência desse recurso -, foi modificada a competência, antes do pleno, para as Turmas, exceto quando o coator fosse alta autoridade. Também ficou positivado que o STF somente fosse alcançado pelo recurso extraordinário mediante demonstração de questão de Direito Federal, o que o desafogaria de milhares de recursos por fundamentos irrelevantes⁷⁰, bem como determinada a limitação dos recursos interpostos de decisões das Turmas aos casos de divergência entre elas, desaparecendo os embargos infringentes e de nulidade. Por fim, foi preceituada a irrecorribilidade das decisões da Justiça Eleitoral e do Trabalho, exceto a inconstitucionalidade, o mandado de segurança e *habeas corpus* e a extensão da representação do Procurador-Geral da República contra inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em tese, para os diplomas federais⁷¹.

O impacto inicial foi positivo. O Ministro Aliomar Baleeiro testemunha que se foi reduzindo a entrada de recursos e o congestionamento crônico, sendo arquivados ou julgados, “mais feitos em quatro meses de 1966 do que nos 12 de 1965”⁷².

A Justiça Federal de primeiro grau foi regulada pela Lei n. 5.010, de 30 de maio de 1966, com alterações posteriores, estabelecendo atividades de orientação, coordenação, fiscalização

⁶⁸ BALEEIRO, 1968, op. cit., p. 124-128, passim.

⁶⁹ Art. 6º do AI 2, de 1965.

⁷⁰ BALEEIRO, 1968, op. cit., p. 83.

⁷¹ Id. O Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 34, p. 19, jul. 1972.

⁷² BALEEIRO, 1968, op. cit., p. 133.

administrativa pelo Conselho da Justiça Federal e por um Ministro Corregedor-Geral,⁷³ bem como determinando a especialização das Varas quando houver mais de uma, e outras normas de maior celeridade aos feitos na Justiça Federal⁷⁴.

1.2.3 O período da Constituição Federal de 1967

A Constituição de 1967 constitucionalizou toda a competência da Justiça Federal de primeiro grau, o que se manteve com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969. Determinou o foro privilegiado do Supremo Tribunal Federal para julgar os juízes federais nos crimes comuns e nos de responsabilidade⁷⁵. Além disso, acrescentou a competência para o julgamento da suspensão de direitos políticos, até 10 anos, em caso de abuso de direitos individuais ou políticos contra a ordem democrática ou a prática de corrupção e a competência para julgar recurso ordinário das decisões da Justiça Militar nos crimes de civis contra a segurança nacional ou as instituições militares, inclusive governadores e seus secretários, cuja competência originária era do Superior Tribunal Militar.

Como ponto positivo, atribuiu faculdade ao STF para regular a competência do Pleno e das Turmas, da composição dessas e do processo e do julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal, bem como permitiu a criação de Seções da Justiça Federal fora das Capitais⁷⁶. A estas alterações somaram-se as promovidas pelo Ato Institucional n. 6, de 1º de fevereiro de 1969, que, a par de reduzir o número de Ministros de 16 para 11, restringiu a competência para os *habeas corpus*, vedando que o pedido originário substituísse o recurso ordinário; limitou o recurso extraordinário às decisões de outros tribunais, ficando irrecuráveis, pois as singulares que a Constituição de 1967 havia colocado entre as recorríveis. Além disso, aboliu o recurso *ordinário* das decisões denegatórias de mandados de segurança pelos outros tribunais⁷⁷.

Como as soluções apresentadas nunca resolveram os problemas apontados do Poder Judiciário, porque extemporâneas ou mesmo não-implantadas, segue-se o círculo vicioso: os

⁷³ LEAL, 1972, op. cit., p. 60.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 62.

⁷⁵ Art. 114, I, *b*, da CF de 1967.

⁷⁶ Art. 118, § 1º, da CF de 1967.

⁷⁷ BALEEIRO, 1972, op. cit., p.20-21.

processo aumentam, e o Judiciário sugere, por suas instâncias, fórmulas para curar o mal. Aliomar Baleeiro noticia que o próprio Supremo Tribunal Federal apresentou suas sugestões, anotando, de pronto, a opinião de Seabra Fagundes, sobre a ineficácia das sugestões e o discricionarismo na apreciação do que é "questão federal de alta relevância". As sugestões foram as seguintes:

- a) manutenção da competência do S. T . F. para os recursos extraordinários e para questão federal de alta relevância;
- b) limitação do recurso ordinário de mandado de segurança e de *habeas corpus* à ocorrência de questão federal de alta relevância;
- c) competência de um grupo de desembargadores para decidir do cabimento do recurso extraordinário contra decisões definitivas de primeira instância ou de juízes singulares;
- d) limitação dos efeitos do recurso extraordinário apenas à remessa da causa ao Tribunal de origem para proferir nova decisão, como nas Cortes de Cassação da Europa;
- e) competência do T. F. R. para recursos em crimes políticos;
- f) prejudicial de inconstitucionalidade suscitada pelo S.T.F. ou pelo procurador-geral da República nos processos em curso noutros juízos⁷⁸.

A Emenda n. 1, de 1969, acolhe alguns instrumentos de solução, especialmente ao “problema” do STF. Manteve a redução de dezesseis para onze Ministros na composição do STF, porém atribuiu-lhe a competência normativa para, no regimento interno, indicar as causas passíveis de recurso extraordinário quando a decisão recorrida contrariasse dispositivo da Constituição ou negasse vigência de tratado ou lei federal ou desse à lei federal interpretação divergente da que lhe tivesse dado outro tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal⁷⁹; acrescentou-se a isso, regular a competência do plenário, além das indicadas no artigo 119, I, *a, b, c, d, i, j e l*; transferiu para o Tribunal Federal de Recursos o foro competente para julgar os juízes federais de primeira instância e outras autoridades e matérias, dantes reservadas ao STF, incluindo os recursos de anulação de atos administrativos de natureza tributária, decididos em *contencioso administrativo* previsto no artigo 111, (mas que não chegou a ser organizado); autorizou a criação de varas com localização determinada conforme a lei⁸⁰ e estabeleceu exceções ao monopólio da Justiça Federal, atribuindo a competência de determinadas matérias à Justiça local, onde não houvesse Vara Federal, facultando que a lei estendesse a atribuição de competência a outras matérias⁸¹. Determinou que a investidura dos juízes substitutos se desse por concurso de provas e títulos e dos juízes

⁷⁸ BALEEIRO, 1968, op. cit., p. 130.

⁷⁹ Art. 119, parágrafo único da EC 1/1969.

⁸⁰ Arts. 122, I, *b* e 124 da EC 1, de 1969.

⁸¹ LEAL, 1972, op. cit., p. 66-67.

federais por nomeação pelo Presidente da República, sob o critério de merecimento, escolhido o candidato em listra tríplice elaborada pelo TFR e por antiguidade⁸².

A Emenda Constitucional n. 7, de 1977 atendeu os pleitos do STF noticiados por Aliomar Baleeiro nas letras *a*, *c* e *f*, esses últimos pelos poderes normativos conferidos ao STF através do seu regimento interno.

Essa emenda, considerada como autoritária, na mesma linha de pensamento dos Atos Institucionais produzidos pelo golpe de 1964 e para cuja aprovação o Congresso Nacional foi fechado, instituiu um órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Conselho Nacional da Magistratura, com competência para 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 (arts. 112, II e 120, § 1º).

Dois anos após, veio o Estatuto da Magistratura, cuja validade de muitas disposições decorreu de provirem de sugestões dos tribunais. Sobre essa emenda, Paulo Boeckel Velloso afirmou que:

Não era preciso ser bacharel para se aperceber do caráter extremamente limitado, parcial e até faccioso que a elaboração tomou, editada que foi, especificamente, contra a Federação, arrebatando da competência legislativa dos Estados a matéria de organização judiciária e procurando disciplinar os tribunais, avocando-se a confecção de normas regimentais e pretendendo cobrar-lhe minúcias de ridículo atroz. Esqueceu-se de um todo a calamitosa situação da Justiça de primeiro grau, assim definida em muitos Estados na época e ainda hoje se olvidou da causa fundamental das dificuldades de reaparelhamento do Judiciário, que é a dotação orçamentária insuficiente, a ausência de gestão própria de seus recursos, o resguardo de um limite mínimo de participação no orçamento estadual. Em suma: a situação retratada entre 1977 e 1979 só não se agravou, porque alguns tribunais, em suas circunscrições, tiveram descortino e coragem bastante para deixar de aplicar algumas das malsinadas novas prescrições, julgando-as inconstitucionais⁸³.

Apesar de garantir a autonomia administrativa do Poder Judiciário no papel (art. 115), essa Emenda Constitucional continuou a negar autonomia orçamentária e financeira, mantendo o jugo do Poder Executivo. Estendeu a competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer “a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual” (art. 119, I, *l*); também,

⁸² Art. 124, parágrafo único, arts. 125, §§ 3º e 4º e 126, da EC 1, de 1969.

⁸³ VELLOSO, Paulo Boeckel. Poder Judiciário e a convocação da Assembléia Constituinte. In: CHIARELLI, Carlos Alberto. *O Poder Judiciário e a nova Constituição*. Porto Alegre : AJURIS (Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul : Escola Superior da Magistratura), 1985 c, p. 2.

com grande repercussão, atribuiu ao STF do poder de “avocar as causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais”, a pedido do Procurador-Geral da República, em casos de “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas”, suspendendo os efeitos da decisão proferida e devolvendo o integral conhecimento lide (art. 119, I, *o*), sobrepondo-se a toda e qualquer instância da Justiça comum e especializada, federal e estadual, coartada a tramitação regular e suprimidos eventuais recursos típicos e que certamente poderia ser usada como arma política, causando o aumento do número de processos no STF⁸⁴. Em contrapartida, autoriza o STF a normatizar, mediante o seu regimento interno, especialmente “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal” (art. 119, § 3º, *c*).

O Ministro Carlos Velloso comenta que a Emenda Constitucional n. 7/77, seguida pela Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979, Lei Orgânica da Magistratura – LOMAN -, aumentou o número de Ministros do TFR de 13 para 27, sendo seis vagas preenchidas em dezembro de 1977 e as restantes nove vagas em junho de 1980, além de instituir duas seções constituídas pelas Turmas da respectiva área de especialização. O Ministro também observa que por ocasião da implantação da reforma no TFR, com a posse dos restantes nove Ministros, em 23 de junho de 1980, existiam no Tribunal Federal de Recursos, aguardando julgamento, 21.786 processos. Da data citada até 31 de março de 1985, foram distribuídos mais 88.157 processos. Somados aqueles e estes, resultam, no período, 109.634 feitos, sendo julgados 90.309, cerca de 18.500 processos por ano ou 800 processos por Ministro. Restavam, pendentes, na mesma data, 19.634. Desse total de 19.634 pendentes de julgamento, 8.677 encontravam-se nos gabinetes dos Ministros e 10.957 estavam na Subprocuradoria-Geral da República para parecer⁸⁵. A conclusão do então Min. Carlos Velloso é que a reforma não foi a melhor, permanecendo sem solução a “situação de crise no órgão de cúpula da Justiça Federal”.

A Emenda n. 7, de 1977 estabeleceu a possibilidade de esgotamento das vias administrativas como condição de acesso ao Judiciário (art. 153, § 4º); manteve a possibilidade de criação de contencioso administrativo para causas decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, das autarquias e das empresas públicas federais, acrescentando questões fiscais e previdenciárias, inclusive relativas a acidente de trabalho,

⁸⁴ LIMA, Alcides de Mendonça. A evolução da competência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 266, p. 3-4, abr./mai./jun. 1979.

⁸⁵ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Poder Judiciário na Constituição : uma proposta de reforma. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 160, p. 46, abr./jun. 1985 a.

essas possibilitadas também aos Estados e aos Municípios (art. 203). Autorizou a lei permitir que a parte vencida na via administrativa requeresse a revisão da decisão diretamente ao Tribunal competente (art. 204), sendo já definido como competente o TFR para a matéria federal (art. 122, II). Cabe ressaltar que tais medidas não se efetivaram. Poderiam ter originado um Tribunal Administrativo ou de Direito Público, como foi sugerido por Carlos Mário da Silva Velloso⁸⁶, apontando, deste modo, um outro desenvolvimento da estrutura do Poder Judiciário.

Na Justiça Federal de primeira instância, de 1967 até 1984, foram distribuídos 1.535.654 processos, sendo julgados 1.065.084, remanescendo 470.570 processos sem julgamento. entretanto é a estrutura da Justiça de segundo grau que mais afligia o Judiciário Federal, pois continuava concentrado na Capital Federal. O aumento de nove para treze Ministros e de treze para vinte e três não se mostrou suficiente para a solução do crescente número de demandas, originando o pleito da criação de uma justiça federal de segundo grau regionalizada, nos moldes da Justiça Eleitoral e do Trabalho⁸⁷.

A tônica da análise da Emenda n. 7, de 1977 era no sentido de sua contrariedade aos princípios democráticos, inclusive recrudescendo a centralização e a submissão do Poder Judiciário ao Poder Executivo. Com tal bagagem, Paulo Boeckel Velloso sugere, para a Constituinte de 1988, que essa promova o expurgo “dessas normas, algumas atentatórias à federação, outras, matéria de lei ordinária, de organização ou estatuto e outras, enfim, meras normas regimentais, de conveniência dos próprios Tribunais interessados e pelo tempo estritamente necessário”. Sugere que passe a constar na Constituição Federal a garantia mínima de um percentual orçamentário de 5%⁸⁸.

No alvorecer da redemocratização do País, com vistas ao estabelecimento de uma Nova Ordem, as soluções propostas partem já de uma luta pela autonomia do Poder Judiciário que, como se disse, é princípio necessário à realização daquilo que se pretendesse.

Nesta quadra, Manoel Gonçalves Ferreira Filho indica como pontos a serem reformados: “Deverá, pelo menos, estabelecer a autonomia financeira do Poder Judiciário a fim de lhe assegurar, realmente, a independência. Não deverá manter a ingerência do Executivo na composição dos tribunais, nem na carreira dos juízes. Terá de aperfeiçoar as garantias do processo, no tocante aos princípios da ampla defesa, do juiz natural, da igualdade processual.

⁸⁶ VELLOSO, 1985 a., op. cit., p. 52.

⁸⁷ Ibid., p. 45.

⁸⁸ VELLOSO, 1985 c., op. cit., p. 17-18.

Não poderá olvidar-se da necessidade de garantir a efetividade da Justiça em todos os campos em que essa se exerce, inclusive eliminando normas que restringem sua atuação”; refere-se, pois, ao exaurimento prévio das vias administrativas, à execução das penas e ao cumprimento dos precatórios⁸⁹.

Quanto à independência do Judiciário, a questão orçamentária é então colocada como fundamental, sendo solucionada por meio da previsão de proposta orçamentária pelo próprio Judiciário diretamente ao Legislativo, evitando os meios de pressão do Executivo, bem como a alteração do artigo 68 da Constituição de 67⁹⁰, a fim de impedir o bloqueio de verba orçamentária do Judiciário⁹¹.

Miguel Reale aponta a crise na primeira instância e no STF, aquela precisando ser dinamizada e este, aliviado de sua vasta competência para exercer seu papel de alta Corte Constitucional, de julgar a inconstitucionalidade quer em tese, quer em concreto. Também observa que se deveria ter bem claro que a Procuradoria-Geral da República não tem poder discricionário para escolher se encaminha ou não ao STF as representações de inconstitucionalidade de lei, “a última palavra, sempre, só pode caber ao STF. Necessitamos acabar com o sistema pelo qual é o Governo, em última instância, quem decide o que é ou não inconstitucional, pois o Procurador-geral da República é nomeado pelo Presidente da República”⁹².

Ainda sob essa rubrica da independência do Poder Judiciário, Manoel Gonçalves Ferreira Filho propõe que a composição do Supremo Tribunal Federal não fique exclusivamente sob a custódia do Poder Executivo com a participação do Legislativo, sem qualquer voz para o próprio STF. Tal participação na nomeação e na promoção de juízes pelo Executivo não se ajusta à independência do Judiciário. O mesmo autor não vê explicação satisfatória, ou, pelo menos lógica para este fato, vaticinando que ele inexoravelmente leva à uma interferência de critérios políticos, mesmo que atenuados pelas listas tríplices para a nomeação ou para a promoção, pelas promoções por antigüidade e pelas limitações à discricção governamental no que tange às promoções por merecimento. Também pondera que a incidência do imposto de renda sobre os vencimentos dos juízes prejudica a irredutibilidade dos vencimentos e, por

⁸⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado de Direito, o Judiciário e a nova Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 160, p. 76, abr./jun. 1985.

⁹⁰ O referido artigo 68, com a redação dada pela EC 1, de 1969, estabelece: “O numerário correspondente às dotações destinadas à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal e aos Tribunais Federais será entregue no início de cada trimestre, em quotas estabelecidas na programação financeira do Tesouro Nacional, com a participação percentual nunca inferior à estabelecida pelo Poder Executivo para os seus próprios órgãos.

⁹¹ FERREIRA FILHO, 1985, op. cit., p. 71.

⁹² REALE, Miguel. *Por uma Constituição brasileira*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985, p. 28-29.

consequência, a independência dos juízes; sugere que talvez devesse haver um limite para a tributação dos vencimentos do trabalho, inclusive do magistrado⁹³.

O referido autor propõe um retorno integral ao princípio do juiz natural, com a extinção da previsão de alcance do foro da Justiça Militar aos civis nas condições indicadas no art. 129, § 1º da Constituição de 1967, bem como o tratamento isonômico das partes, proibindo o favorecimento a qualquer delas, notadamente ao Estado, por exemplo, a estipulação de honorários nas condenações judiciais⁹⁴. No plano da efetividade da Justiça, aponta a extinção da exigência de esgotamento das vias administrativas, imposta pela Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977; a integração da execução das penas ao Poder Judiciário, que “não esqueceria de incluir no orçamento as verbas indispensáveis para a construção de novos estabelecimentos, reparação dos velhos, aprimoramento de suas instalações etc.”; aborda também a questão dos precatórios, “cuja mora é desprestígio para o Judiciário, eis que configura descumprimento de decisão judicial”, sendo a solução apontada “incluir na disposição constitucional que impõe a inclusão orçamentária o óbvio esclarecimento de cumprimento da obrigação”⁹⁵.

Carlos Mário da Silva Velloso propõe, à época, como pontos de reforma: a) A atribuição de poder normativo aos tribunais e a atribuição a esses de decidir sobre a nomeação, a movimentação e a promoção dos juízes como novas garantias de independência ao Poder Judiciário. O poder normativo seria procedimental, oportunizando aos tribunais estaduais “ajustar normas de procedimentos às características locais, inclusive instituir juizados de pequenas causas e medidas judiciais expeditas, exercitando, cada um dos tribunais, destarte, sua imaginação criadora” - o que teria em contrapeso o direito de representação ou a ação direta de inconstitucionalidade junto ao STF (art. 118, I, I) e ainda o recurso especial para o caso de negativa de vigência da lei federal. b) A atribuição de nomeação e de promoção dos juízes a ser realizada por um Conselho Superior da Magistratura Federal, presidido pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, integrado pelo vice-presidente, pelos presidentes dos Tribunais Superiores Federais, pelo Procurador-Geral da República e pelo presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Nos Estados-Membros, haveria um Conselho Superior da Magistratura Estadual, de formação simétrica ao Conselho Federal. (Mais adiante se verá que o Ministro alterou seu entendimento quanto à participação de membros externos ao Poder Judiciário). As demais movimentações dos magistrados, como a

⁹³ FERREIRA FILHO, 1985, op. cit., p. 72.

⁹⁴ Ibid., p. 72-74, passim.

⁹⁵ Ibid., p. 74-75, passim.

remoção e a permuta, ficariam a cargo dos respectivos tribunais, na forma da legislação aplicável,

os Conselhos Superiores da Magistratura Federal e Estadual seriam competentes para recomendar, aos respectivos tribunais, a instauração de procedimentos disciplinares contra magistrados, na forma estabelecida em lei, competindo-lhes, outrossim, a formalização dos atos de exoneração, aposentadoria e colocação em disponibilidade de magistrados.

Neste ponto, refere-se ao fato de que, em certos Estados-Membros, a nomeação ou a promoção de juízes dependem de indicação ou de apoio de lideranças políticas. Também considera imprescindível a autonomia financeira, com dotação orçamentária própria do Poder Judiciário, propondo que “os tribunais elaborariam e executariam os seus orçamentos, que abrangeriam, se fosse o caso, as justiças inferiores administradas pelo Tribunal”⁹⁶.

O mesmo Ministro ressalta, também, a reforma da Justiça Federal de segunda instância, com a criação de tribunais regionais federais no modelo já utilizado pela Justiça Eleitoral e do Trabalho, passando o TFR a funcionar como unificador da jurisprudência, podendo ainda receber competência de matéria atribuídas ao STF, desafogando-o do excesso de trabalho. A preocupação na diminuição da competência do STF seria resolvida graças à possibilidade de apreciação de qualquer matéria que considerasse relevante, o que parece ser uma proposta de advocatária de interesse. Além disso, propõe a criação de Tribunais Superiores de Direito Público, de Direito Privado e de Direito Criminal, que serviriam à Justiça Comum Federal e Estadual, nas respectivas matérias de especialização, uniformizando a jurisprudência dos Tribunais Federais e Estaduais de segundo grau e garantindo a correta aplicação da lei federal, com decisões irrecuráveis, exceto se a) contrárias à Constituição, b) denegatórias de *habeas corpus*, c) divergentes de súmula do STF e d) em caso de questão federal considerada relevante pelo Supremo Tribunal Federal⁹⁷.

Dessas sugestões, várias vicejaram na Constituição de 1988, a saber, foram criados e instalados os Tribunais Regionais Federais, foi atribuída uma maior competência normativa, maior autonomia administrativa e autonomia financeira.

⁹⁶ VELLOSO, 1985, op. cit., p. 35-40, passim.

⁹⁷ Ibid., p. 47-54, passim.

1.2.4 O período da Constituição Federal de 1988

A Constituição de 1988, denominada de Constituição Cidadã, surge como redentora do Poder Judiciário. Primeiramente, atribuiu-lhe a sonhada autonomia administrativa e financeira⁹⁸, indispensável à própria independência. Com esses poderes, ficaria possibilitado o planejamento da organização judiciária, a determinação dos investimentos necessários, a instalação de Foros e Varas, a determinação do número de juízes, a instalação de cursos de aperfeiçoamento para esees, previstos diretamente na Constituição, o aparelhamento do Judiciário - tudo conforme previsão orçamentária a seu exclusivo encargo, obedecida a lei de diretrizes orçamentárias.

Na cúpula do Poder Judiciário surge um novo STF, que alguns doutrinadores, como Ada Pellegrini Grinover, dizem ser uma Corte Constitucional, ao feito das européias, isso em face da bárbara competência encerrada na “guarda da Constituição”, com as nomeadas ações do controle concentrado de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade (ADI) de lei ou ato normativo federal ou estadual e as medidas cautelares nelas feitas⁹⁹, legitimando representantes de todos os estamentos sociais¹⁰⁰; a argüição de descumprimento de preceito fundamental¹⁰¹, a ação de inconstitucionalidade por omissão de medida necessária a fim de tornar efetiva norma constitucional¹⁰². Acresça-se a esse rol por pertinência a competência para processar e julgar o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal¹⁰³.

Essa competência leva o STF à função de legislador negativo, nas ações de inconstitucionalidade e positivo, nas ações de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção, embora, quanto a essa última não se tenha verificado por parcimônia do próprio Supremo.

⁹⁸ Artigos 96 e 99, da CF de 1988.

⁹⁹ Art. 102, I, *a e p*, da CF de 1988.

¹⁰⁰ Art. 103, I a IX, CF de 1988.

¹⁰¹ Art. 101, parágrafo único da redação original da CF de 1988 e § 1º da Emenda n. 3, de 1993.

¹⁰² Art. 103, § 2º, CF de 1988.

¹⁰³ Art. 102, I, *q*, CF de 1988.

À lista de ações do controle concentrado de constitucionalidade, a Emenda Constitucional n. 3, de 1993, acrescentou a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, atribuindo a legitimidade ativa ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República¹⁰⁴, posteriormente alargada para todos os legitimados à ADI¹⁰⁵. Cabe frisar que o Processo também é regulado pela Lei 9.868/99. Tal ação serve para atacar as do controle difuso, as quais causam grande instabilidade e insegurança jurídica em face de decisões divergentes na primeira e na segunda instâncias, levando muitos anos para chegarem ao STF e terem uma decisão definitiva. Apesar dessa importância, em 13 anos de existência, foram ajuizadas apenas nove ações diretas de constitucionalidade: três delas não-conhecidas, duas procedentes e quatro em tramitação.

De 1988 até 2005 foram ajuizadas 3.640 ações diretas de inconstitucionalidade, sendo julgadas 2.536 e, recém passado o primeiro trimestre de 2006, já conta mais 60 ações dessa natureza; somam-se a isso as medidas cautelares em número de 1.482. Dessas ações apenas uma foi argüida pelo Presidente da República, em 2005, e uma pela Mesa do Senado Federal, também de 2005. A maioria delas é do Procurador-Geral da República, seguindo-se, de perto, os partidos políticos, a Ordem dos Advogados do Brasil e as confederações sindicais ou as entidades de classe.

Além da enorme competência no controle concentrado de constitucionalidade, permaneceu no nosso sistema, como já foi referido, o controle difuso, que chega ao Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário, quando a decisão recorrida, nas causas decididas em única ou última instância, a) contrariar dispositivo desta (da) Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta (da) Constituição¹⁰⁶.

Na Constituição de 1988, a estrutura do Poder Judiciário é enriquecida pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁷, que absorve boa parte da competência antes do STF, notadamente a competência para processar e julgar em recurso, (agora denominado de especial), as causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, nos casos em que a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal ou negar-

¹⁰⁴ Art. 102, I, *a* e 103, § 4º, CF de 1988.

¹⁰⁵ A Emenda Constitucional n. 45, de 31 de dezembro de 2004 alterou os arts. 102, I, *a* e 103, caput e incisos e revogou o § 4º desse artigo 103.

¹⁰⁶ Art. 102, III, CF de 1988.

¹⁰⁷ Art. 92, II e 104, CF de 1988.

lhes a vigência; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal e der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal¹⁰⁸, instituiu-se, desta maneira, o Tribunal da Federação. O TFR é extinto e são criados os Tribunais Regionais Federais¹⁰⁹, para funcionar como órgãos de segunda instância dos feitos da competência da Justiça Federal. Foram criados cinco tribunais com jurisdição regional, que vieram a atender a pleitos que já se verificavam na Primeira República. É determinada a criação, pelos Estados e pela União, dos juizados especiais, com competência nas causas cíveis de menor complexidade e nas infrações penais de menor potencial ofensivo, bem como da Justiça de Paz, com competência para celebrar casamentos e medidas que lhes são atinentes, exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional e outras previstas em legislação.

Com essa nova “máquina judiciária”, pensava-se que o grave problema da morosidade do processo estivesse resolvido. Contudo os esforços envidados não foram suficientes, como se pode notar das estatísticas, que demonstram, por exemplo, que os recursos extraordinários formam, juntamente com os agravos de instrumento da decisão que lhes nega seguimento, a grande massa de processos sob a qual se soterra o STF.

O Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário contabiliza que, de 1990 até 2005, foram distribuídos 342.757 recursos extraordinários e 438.608 agravos de instrumento, interpostos justamente de decisões que negaram seguimento aos recursos extraordinários, com um total de 781.365, representando 43% de recursos extraordinários e 51,2 % de agravos de instrumento – são, ao todo, 94,2 % dos processos distribuídos ao STF¹¹⁰. Nos primeiros dez anos considerados, o percentual iniciou em 81,6% e bateu a casa dos 95,4%. De 2000 a 2004 chegou a 97,3%, diminuindo para 93,2% em 2005, ou seja, quase nada. Em números absolutos, só em 2005 foram distribuídos um total de 74.174 processos!

Constata-se, deste modo, que nada mudou na plethora de processos que assoberba o STF. O trabalho na estiva¹¹¹ vai de mal a pior!

Pasme-se, porém, que em 2005 foram julgados 57.317 agravos de instrumento e 39.768 recursos extraordinários! Em 1964 Victor Nunes Leal chocava-se com os 7.000 processos julgados pelo STF¹¹²!

¹⁰⁸ Art. 105, III, CF de 1988

¹⁰⁹ Art. 92, III, 106, I e 107, CF de 1988.

¹¹⁰ Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/bndpj/stf/PercREeAg.asp>>. Acesso em 13 de abril de 2006.

¹¹¹ Victor Nunes Leal assim se referiu ao excessivo número de processos que é destinado aos Ministros do STF, como se fossem estivadores.

O STJ foi instalado já em 1989, quando teve distribuídos 6.103 processos - julgou 3.711. O número de processos ajuizados foi dobrando - ou mais do que dobrando - ano a ano, chegando à estratosfera em, 2003, com 216.493 processos distribuídos e 216.999 julgados! A grande massa é de recursos especiais e de agravos de instrumento. Foram distribuídos 116.813, ou 53% de recursos extraordinários e julgados 100.096, ou 46%. A distribuição de agravos de instrumento foi de 80.062, ou 36,9%, sendo julgados 72.968, ou 33,6%

Ainda em 1991 o então Ministro José Néri da Silveira propugnava que a celeridade na prestação jurisdicional não seria alcançada sem “alterações nas leis do processo e a ampla utilização dos Juizados Especiais de Pequenas Causas e da Justiça de Paz, previstos no art. 98 da Constituição”¹¹³.

De fato, o art. 98 dispõe que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão os Juizados Especiais e a Justiça de Paz. Os primeiros a serem providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, para o julgamento e para a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. Também dispõe sobre a criação da justiça de paz, “remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação”.

Infelizmente os Juizados Especiais demoraram muito a ser instalados. Na Justiça Comum Estadual havia os Juizados de Pequenas Causas, sendo absorvidos pelos Juizados Especiais, regulados pela lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, ou seja, sete anos após a previsão constitucional. Na Justiça Federal a previsão constitucional de sua criação decorreu da emenda Constitucional 22, de 18 de março de 1999, sendo que a implantação somente se deu com a lei 10.259, de 12 de julho de 2001, primeiramente limitado à causas previdenciárias e em 2004 com competência ampliada para as demais causas previstas na lei referida. Já a justiça de paz não frutificou, senão para as questões do casamento.

¹¹² LEAL, 1964, op. cit., p. 659.

¹¹³ SILVEIRA, José Néri da. Aspectos institucionais e estruturais do Poder Judiciário brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 21.

Aqui é necessário ressaltar que a demora no aproveitamento de todas as possibilidades que a Constituição oferece também é um sintoma da crise do Judiciário, pois denota a falta de vontade política para a sua solução.

Ada Pellegrini Grinover pontifica sobre a crise do Judiciário, que:

A crise da Justiça está na ordem do dia: dissemina-se e serpenteia pelo corpo social, como insatisfação dos consumidores de Justiça, assumindo as vestes do descrédito nas instituições; atinge os operadores do direito e os próprios magistrados, como que impotentes perante a complexidade dos problemas que afligem o exercício da função jurisdicional; desdobra-se em greves e protestos de seus servidores; ricocheteia, enfim, pelas páginas da imprensa e ressoa pelos canais de comunicação de massa, assumindo dimensões alarmantes e estimulando a litigiosidade latente. A Justiça é inacessível, cara, complicada, lenta, inadequada. A Justiça é denegação de Justiça. A justiça é injusta. Não existe Justiça. (...) A crise que se generaliza apresenta vários aspectos: a crise estrutural, a crise institucional do equilíbrio entre os poderes, a mentalidade dos operadores da Justiça, inadequação dos controles sobre o exercício da função jurisdicional¹¹⁴.

A referida autora coloca o Judiciário na crise de macrocefalia do Estado moderno. “A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da Justiça, a complicação procedimental, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários.” Além disso, as mudanças sociais da “sociedade de massa”, com novos conflitos metaindividuais ou mesmo intersubjetivos clássicos multiplicados, não encontram estrutura processual adequada.

Nessa fase, encontra-se o País dirigindo-se para uma marcha de Reforma do Poder Judiciário. Mais do que nunca, o meio jurídico e o meio político não estão satisfeitos com a Constituição de 1988. Neste sentido, a OAB elabora a principal proposta que será discutida no Congresso Nacional por dez anos¹¹⁵.

Já após a Constituição de 1988, as propostas da OAB eram as seguintes, conforme o relatório e voto do conselheiro relator Fran Figueiredo, no processo n. 4.099/95, do Conselho:

“I- criação de uma Corte Constitucional no Brasil, como órgão de Estado e exclusiva atribuição de julgar matéria constitucional;

II- instituição de Conselhos de Controle Administrativo da Justiça;

III- restrição da competência da Justiça Militar a crimes de natureza essencialmente militar;

¹¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do Poder Judiciário. *Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo*, São Paulo : Centro de Estudos. n. 34, p. 11-12, dez. 1990.

¹¹⁵ PEC 96, de 1992, PEC 517, de 1997.

IV- eliminação dos vogais da Justiça do Trabalho e das Juntas de Conciliação e julgamento, convertidas estas em instância administrativa prévia, com fins de arbitragem;

V- responsabilidade civil do Estado por danos causados pelos Juízes com erro inescusável ou dolo;

VI- mandato de dez anos para todos os integrantes dos tribunais;

VII- indicação uninominal de advogado para integrar o denominado “quinto constitucional”;

VIII- extinção do foro privilegiado;

IX- indicação de advogados para integrar o Tribunal Superior Eleitoral e os Tribunais Regionais Eleitorais pelo Conselho Federal e pelos Conselhos Seccionais da OAB, respectivamente;

X- vedação de interposição de recurso por parte da Administração Pública quando a matéria já dispuser de decisão sumulada pelo Supremo Tribunal Federal”.

Dessas sugestões vale frisar que a Emenda Constitucional n. 24, de 9 de dezembro de 1999, extinguiu os juízes classistas da Justiça do Trabalho, porém não instituiu a sua conversão em instância administrativa prévia. Tal ponto deve ser considerado como uma oportunidade perdida de se resgatar as instâncias administrativas como instrumento para a prevenção e para a agilização da solução de conflitos. Também foi acolhida a criação do Conselho de Controle externo do Poder Judiciário, pela Emenda n. 45, de 8 de dezembro de 2004, como adiante se abordará.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por sua vez, coloca, como solução prática para o pleno funcionamento do Poder Judiciário, a unidade jurisdicional com a unificação da Justiça Federal e da Justiça Estadual. Pondera que, embora a Federação, nosso Poder Judiciário é unificado por vários princípios e regras constitucionais, uma lei orgânica nacional e um sistema recursal centralizado e um Conselho Nacional da Magistratura. Conclui, com isto, que nenhum óbice existe ao federalismo se a Justiça viesse a ser integralmente nacional, o que acarretaria várias e benéficas conseqüências em razão da redução do número de tribunais, de limitação e de simplificação dos recursos, de homogeneização da jurisprudência, bem como a elevação do nível técnico da magistratura, de dignificação de seus vencimentos, de racionalização de suas carreiras e de superior estruturação de suas garantias, isso porque a simplificação seria espontânea em face de a Justiça Comum concentrar todos os feitos, ao se

extinguir as Justiças especializadas e especializando as Varas da Justiça comum, bem como os tribunais. Além disso, já tínhamos a forma de aproximação da Justiça aos jurisdicionados com a previsão constitucional dos Juizados Especiais e da Justiça de Paz¹¹⁶.

Em posição diametralmente oposta, Adroaldo Furtado Fabrício defendia a descentralização do Poder Judiciário e apontou que o que se cogitava a propósito da revisão, dizia “respeito à cúpula nacional do Poder e orienta(va)-se para uma centralização ainda maior de uma estrutura já intoleravelmente macrocefálica”, ilustrando com a questão do que chama de “obsessão pela uniformidade da jurisprudência”, em um país continental de acentuadas diferenças culturais e onde apenas 10% das decisões de primeiro grau são objeto de apelação e dessas, apenas 20% resultam em recursos extraordinários *lato sensu*, ou seja, entre um e três por cento dos processos julgados no primeiro grau. Credita isso à desatentação à realidade da jurisdição de primeiro grau e vaticina que

Qualquer iniciativa séria, bem-informada e bem-intencionada de reforma do Poder Judiciário no Brasil não pode prescindir da simplificação processual com ênfase absoluta na redução do elenco pletórico de recursos, na limitação de sua eficácia suspensiva, no enxugamento quantitativo e qualitativo dos meios de impugnação, incluindo a irrecorribilidade das interlocutórias e a drástica redução dos remédios excepcionais de revisão¹¹⁷.

Como se verificará, nenhuma dessas importantes idéias foi considerada. A primeira, da unidade jurisdicional, é solitária e não consta que tenha sido tomada em conta, visto que o que ocorreu foi o fortalecimento da Justiça Federal com a criação dos Tribunais de segundo grau. A segunda foi em parte soterrada pela implantação da súmula vinculante e pela instituição do Conselho Nacional de Justiça e em parte vem sendo colhida pela legislação infraconstitucional.

Por outro lado, os autores mais modernos plantaram a semente do Tribunal Constitucional, com o afastamento do modelo americano e a aproximação ao modelo alemão. Entretanto, não haveria uma alteração na alocação dos poderes, mas sim uma competência ainda mais enxuta do que àquela atribuída pela Constituição de 1988 ao Supremo Tribunal Federal, e principalmente a questão do recrutamento dos seus membros, “examinando soluções de maior segurança, como o comprometimento dos três Poderes na nomeação de um novo Ministro (ou designação que a eles se viesse a dar), e de maior flexibilidade, como o

¹¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O sistema judiciário brasileiro e a reforma do Estado*. São Paulo : Celso Bastos Editor, 1999. p. 65-68, *passim*.

¹¹⁷ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Poder Judiciário: flagrantes institucionais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997. p. 81-91, *passim*.

termo de serviço, que não deveria passar dos dez anos, para facilitar a renovação jurisprudencial. (...)”¹¹⁸. É sugerido, ainda, uma jurisdição discricionária, com a avaliação, pelo tribunal, da relevância da questão constitucional invocada, limitando os julgamentos de decisões de outros tribunais. Neste ponto, não há desenvolvimento significativo, embora tramite o Projeto de Emenda Constitucional¹¹⁹ no sentido de criação de uma Corte Constitucional. Os motivos de sua criação não estariam ainda muito claros e, como se verá adiante, o sucesso da adoção de um Tribunal Constitucional no nosso País depende da realocação de poderes.

Carlos Mário da Silva Velloso defende que a competência atribuída pela Constituição de 1988 ao STF continua repleta de matéria de Direito Federal, como a competência para julgar recurso em *habeas corpus*, que poderia ser limitada aos casos da competência originária da Corte e aos dos Tribunais Superiores, e retiradas as de julgamento de membros do Congresso Nacional, dos Ministros de Estado, dos Comandantes das Forças Armadas e dos membros do Tribunal de Contas da União. Também propugna pela exclusão de mandado de segurança contra ato do TCU, de litígio de Estado estrangeiro, de litígios das entidades da administração indireta, extradição, homologação de sentença estrangeira e concessão de *exequatur* às cartas rogatórias. Embora defenda a coexistência do controle de constitucionalidade difuso e do concentrado, ao afirmar que tal controle possibilita ao STF realizar o equilíbrio entre ambos e que isso faz o sistema misto brasileiro um dos mais avançados e democráticos do mundo; no entanto, o recurso extraordinário deveria caber de decisão de tribunal, como ocorre com o recurso especial do STJ, pois, do modo que está redigido, cabe recurso de decisão dos órgãos recursais dos Juizados Especiais, contrariando a sua própria concepção. Além disso, como já se repetiu inúmeras vezes, a crise do Supremo “situa-se no controle difuso, já que inexistem óbices ao recurso extraordinário. Daí a necessidade de serem instituídos mecanismos aptos para impedir a subida de recursos sem relevância social e para acabar com a massa inútil de recursos que repetem a mesma tese de Direito mais de mil vezes”.¹²⁰

Em outra ponta, a sugestão de impor um controle externo ao Poder Judiciário - uma antiga luta da OAB-¹²¹ gerou muita controvérsia. A rejeição ao controle externo explica-se

¹¹⁸ MOREIRA NETO, 1999, op. cit., p. 68.

¹¹⁹ É o Projeto de Emenda Constitucional n. 252, de 2004, de autoria do Sr. Almir Moura e outros.

¹²⁰ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Supremo Tribunal Federal: do Império à República. *Revista Del Rey Jurídica*, Belo Horizonte : Del Rey, n. 12, p. 18-19, 2003.

¹²¹ É curioso observar que a sugestão dada pela OAB não envolve a si mesma, pois essa é contra a fiscalização de suas contas pelo Tribunal de Contas da União, conforme artigo do jornalista Josias de Souza. Intitulado “O controle externo na OAB dos outros é refresco”, publicado na *Folha de São Paulo*, de 23 de novembro de 2003, e referido pelo Ministro Domingos FRANCIULLI NETTO, no artigo publicado sob o título Reforma do Poder

pela longa história de submissão do Poder Judiciário nos regimes autoritários que vigoraram no País, mormente quando se vê a leitura que o próprio Senado Federal faz sobre a finalidade e a função do órgão, sumulada como de “controle do Judiciário. Irá investigar denúncias contra juízes ou servidores, podendo até removê-los ou aposentá-los”. Ajuntando-se a isso, tem-se a questão da “razoável duração do processo”, que impedirá a promoção do juiz que descumprir os prazos legais,¹²² como se fosse suficiente a previsão legal - o que se sabe, não o é. Aqui cabe a indagação do professor Aloízio Gonzaga de Andrade Araújo, da Faculdade de Direito da UFMG: “O que vamos fazer para controlar o órgão de controle externo do Poder Judiciário se ele for criado?”¹²³

A AJURIS é contra tal controle, pois avalia que fere o princípio da separação dos poderes, e do ponto de vista ideológico, busca vincular a figura do juiz e leva à interferência do Executivo na administração do Judiciário. Além disso, o Judiciário já possui controle externo pelo Ministério Público, pelos advogados e pela sociedade¹²⁴. Tal posicionamento se assemelhando ao do professor Aloízio, citado acima. Também se posicionam dessa maneira a Associação dos Magistrados do Brasil e a do Ministério Público. A favor, encontramos a OAB, o Presidente do STF, Ministro Nelson Jobim, e do STJ, Ministro Edson Vidigal, sob o fundamento de formulação de política estratégica nacional de governabilidade, de governo para o Judiciário¹²⁵.

As mesmas autoridades que são a favor do controle externo são a favor da súmula vinculante, com o único fundamento da agilidade da Justiça; porém as organizações, inclusive a OAB, são contrárias à súmula vinculante, sob o fundamento de engessamento do juiz, de sua criatividade, que move a jurisprudência e auxilia a construir o Direito na adaptação à evolução natural da sociedade. Observa-se que uns consideram apenas o aspecto da funcionalidade; outros, apenas a questão política.

Há, ainda, a questão da capacitação da magistratura. Diogo de Figueiredo Moreira Neto sugere a obrigatoriedade de os candidatos à Magistratura cursarem previamente a Escola da

Judiciário. Controle Externo. Súmula Vinculante. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et alii.. *Reforma do Judiciário* - primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005. p. 149, nota 30.

¹²² O QUE ENTRA EM VIGOR LOGO. Decisões. *Jornal do Senado*. Brasília, ano 10, n. 2.053/13, p. 3, 22.nov./28.nov.2004.

¹²³ ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. O controle externo do Judiciário. *Jornal da Faculdade de Direito da UFMG “O sino do Samuel”*. Belo Horizonte, n. 64, ano 9, p. 3, abr. 2003.

¹²⁴ AJURIS É CONTRÁRIA AO CONTROLE EXTERNO DO PODER JUDICIÁRIO. *Jornal da Ajuris*, Porto Alegre, n. 209, ano 10, p. 2, out./2003

¹²⁵ DUARTE, Ricardo. O PODER DO CIDADÃO. *Jornal Zero Hora*, Porto Alegre, p. 17, 19 de agosto de 2004, Caderno Justiça & Cidadania.

Magistratura, suprimindo a deficiência da Graduação, a efetiva experiência na advocacia, o regime inicial de trabalho em cooperação com juízes de entrância final nas diversas especialidades, sempre sob a orientação e a avaliação de juiz-corregedor, bem como o constante aperfeiçoamento dos magistrados, baseado na interdisciplinaridade e na integração dos juízes e tribunais com elementos leigos, conciliadores, árbitros, assessores, egressos da advocacia e Ministério Público¹²⁶.

Na Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, vingou a forte questão do controle externo e da súmula vinculante, que geraram importantes posicionamentos, a favor e contra; tal Emenda remodelou todo o Judiciário, a começar pelo ingresso na Magistratura.

Atuando na raiz do problema da capacitação da Magistratura, estabelece-se como requisito para o ingresso na carreira três anos, no mínimo, de atividade jurídica e curso de preparação, assim entendida a regra do inciso IV do art. 93 e do art. 105, parágrafo único, inciso I e também 111-A, § 2º, I, da CF.

Extinguiram-se as férias forenses ou coletivas nos juízos e nos tribunais de segundo grau, além de constitucionalizar os seguintes temas:

- a) a existência de plantão judicial permanente para o funcionamento nos dias em que não há expediente forense normal;
- b) o número de juízes deverá ser proporcional ao volume de demandas e à população;
- c) a delegação aos servidores para a prática de atos administrativos e os de mero expediente, sem caráter decisório;
- d) a imediata distribuição dos processos em todos os graus de jurisdição.

O STF teve alterada a sua competência, reduzida mediante a transferência ao STJ para a homologação de sentença estrangeira e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias, porém acrescida pelas ações contra o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público além de recurso extraordinário contra decisão que *julgar válida lei local contestada em face de lei federal*¹²⁷(grifo nosso).

A Justiça Federal de primeiro e segundo graus, além do Conselho da Justiça Federal que exerce supervisão administrativa, passou a ter prevista a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos

¹²⁶ MOREIRA NETO, 1999, op. cit., p. 71-75, passim.

¹²⁷ Art. 102, III, *d*, da CF de 1988, após a EC 45, de 2004.

oficiais para o ingresso e à promoção na carreira, providência que se repete à Justiça do Trabalho, a funcionar junto ao Tribunal Superior do Trabalho¹²⁸.

A EC n. 45, de 2004, autoriza a instalação, pelos Tribunais Regionais Federais, pelos Tribunais Regionais do Trabalho e pelos Tribunais de Justiça, de Câmaras Regionais e da Justiça itinerante, para a realização de funções da atividade jurisdicional, dentro dos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários. Autoriza também aos Tribunais de Justiça à proposição da criação de varas especializadas em questões agrárias.

Três inovações, entretanto, são as que mais desassossego causam: o dever de demonstração da *repercussão geral*¹²⁹ da questão constitucional discutida para viabilizar o recurso extraordinário, a *súmula vinculante*¹³⁰, sendo essa última das mais polêmicas, juntamente com a criação de um *órgão de controle externo* do Poder Judiciário.

1.2.4.1 O dever de demonstração da repercussão geral

O dever de demonstração da repercussão geral impõe dever do recorrente em recurso extraordinário de demonstrar a *repercussão geral* da questão constitucional discutida, destinando-se a por fim à plêiade de recursos extraordinários que, como foi visto, historicamente soterra a mais alta Corte da Justiça. A depender de lei que defina a repercussão geral, está a doutrina¹³¹ de antemão em aproximá-la do instituto da arguição de relevância, instituído pelo STF, em alteração ao regimento interno¹³², mediante o permissivo da Emenda

¹²⁸ Art. 105, parágrafo único, I e art. 111-A, § 1º, CF de 1988, após a EC 45, de 2004.

¹²⁹ Art. 102, III, § 3º, da CF de 1988, após a EC 45, de 2004.

¹³⁰ Art. 103-A, da CF de 1988, após a EC 45, de 2004.

¹³¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 8 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003. p. 71, ALVIM, Arruda. A EC 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et alii. *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005. p. 67, especialmente a nota 9.

¹³² Emenda n. 3, de 12 de junho de 1975, alterando o art. 308 do RISTF. Art. 308 - Salvo nos casos de ofensa à Constituição ou relevância da questão federal, não caberá o recurso extraordinário, a que alude o art. 119, parágrafo único, das decisões proferidas. (Art. 119, par. único: As causas a que se refere o item III, alíneas a e d, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá a sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal). Art. 321, § 1º: Entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo tribunal.

Constitucional n. 1, de 1969¹³³ e posterior constitucionalização pela Emenda Constitucional n. 7, de 1977.¹³⁴ Sobre o tema, expôs Aliomar Baleeiro que finalmente, a Constituição de 1969 armou o próprio Supremo de meios para comprimir a avalanche de recursos extraordinários: "êsses recursos, pelas letras 'a' (denegação de vigência) e 'd' (divergência entre Tribunais) serão indicados pelo S. T. F. no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie ou valor pecuniário"¹³⁵.

A Emenda Constitucional n. 7, de 1977, é que incluiu nessa competência normativa do STF o poder de definir o que fosse "questão federal relevante", normatizada como "argüição de relevância". Victor Nunes Leal expõe-na como sugestão do STF, como requisito novo para a admissibilidade do recurso extraordinário e respectivos agravos de instrumento e recursos em mandados de segurança, porque, dos 7.849 processos julgados em 1964, em torno de 6.500 eram dessas classes. Como hoje, o instituto causou incompreensão, e foi então explicado como as causas de interesse público, ou seja, aquelas de repercussão ou de reflexo além do interesse das partes¹³⁶, cujo contrapeso seria a "adequada apresentação da questão federal relevante, e o número de votos necessários ao reconhecimento dessa relevância pelo Tribunal"¹³⁷.

Os motivos de sua introdução no sistema constitucional permanecem os mesmos, por isso, procede a aproximação da *demonstração da repercussão geral* e da *argüição de relevância*, especialmente se considerado o conceito de relevância então definido pelo art. 321, § 1º do RISTF como "a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo tribunal". Esse conceito, parcialmente, foi acolhido na Medida Provisória n. 2.226, de 2001, que introduziu o artigo 896-A à Consolidação das Leis do Trabalho, por conta do conhecimento do recurso de revista: "O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica".

¹³³ Art. 119, parágrafo único, Emenda Constitucional n. 1, de 1969. O Parágrafo único passou a ser o § 1º, após a Emenda Constitucional n. 7, de 1977.

¹³⁴ Art. 119, § 3º, c, da Constituição de 1967, com a redação dada pela emenda Constitucional n. 7, de 1977.

¹³⁵ BALEEIRO, 1972, op. cit., p. 23.

¹³⁶ LEAL, Victor Nunes. Aspectos da reforma judiciária. *Revista de Informação Legislativa*, ano 2, n. 7, p. 38, set. 1965.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 42.

1.2.4.2 A súmula vinculante

A segunda questão polêmica da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, é a súmula vinculante que funcionaria como uma decisão prévia quanto à validade como um *standard* da interpretação e da eficácia de determinadas normas, com efeito vinculante, ou seja, deve ser respeitada como uma lei. É hipótese que autoriza súmula a controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

É necessário ressaltar que ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar está sujeita à reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, *anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada*, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Domingos Franciulli Netto propugna que a súmula impeditiva de recursos melhor atenderia aos postulados de Direito e aos ideais de Justiça; no entanto, em face do número de recursos que chegam aos tribunais superiores, não haveria como examiná-los um a um para a verificação e para a aplicação da súmula impeditiva dos recursos absolutamente protelatórios, interpostos contra decisões fundamentadas no entendimento pacificado dos tribunais superiores. Representa, pois, a súmula vinculante, um “quase estado de necessidade”, devendo-se preferir o ideal realizável¹³⁸.

Essa questão da súmula também vem de longa data. Ela foi um dos primeiros recursos utilizados pelo STF e também propugnada por Victor Nunes Leal, como expôs Oscar Dias Corrêa, sob a denominação de *súmula de jurisprudência predominante*, que visava impedir que “em hipóteses já largamente discutidas, com solução assentada em vários julgados, se obrigue a parte a esforços e ônus para a ver proclamada, quando a Corte a afirmou, e outro juízo insiste em recusá-la”¹³⁹ - isso veio a coincidir com a função do STF de uniformização da interpretação do Direito Federal.

Por um lado, a análise das funções do STF revela-nos que a súmula vinculante, da maneira como está posta no texto constitucional, coincidiria justamente com a sua função de intérprete último da Constituição, pois cristalizaria posição pacificada, beneficiando a parte

¹³⁸ FRANCIULLI NETTO, 2005, op. cit., p. 150.

¹³⁹ CORRÊA, Oscar Dias. *A crise da Constituição, a Constituinte e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 76.

que somente obteria decisão após longos anos de luta processual, ao atender à segurança jurídica em face das decisões homogêneas; seria também um lenitivo para salvar o STF das avalanches de processos idênticos que, ao chegarem a ele, terão idêntica decisão, já que o Senado Federal não se utiliza da competência de “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”¹⁴⁰.

Por outro lado, será o casamento da cobra com o lagarto, pois estaríamos engendrando o *stare decisis* em ordenamento jurídico filiado ao Direito Romano-Germânico. O STF seria um Tribunal Constitucional à força, implantado no sistema presidencialista, que carece de mecanismos de consenso intrínseco, que faz “o Chefe de Estado, o Chefe politicamente irresponsável do Governo”, deslocando “a primeira necessidade política nacional: da representação em parlamento, dos interesses divergentes da sociedade, para a eleição do ocupante da Presidência”, que redundaria na idéia “perigosamente autoritária - de que o presidente eleito representa o povo”¹⁴¹. Ainda mais, a problemática da composição do STF, integralmente de nomeação presidencial, restaria potencializada para o melindre da democracia.

1.2.4.3 O controle externo do Poder Judiciário

O terceiro ponto de alta controvérsia é órgão de controle externo. Foi instituído topograficamente como órgão do Poder Judiciário, denominado de Conselho Nacional de Justiça,¹⁴² instituição controvertida na doutrina em face da participação de membros externos à Magistratura. Composto por quinze membros para o mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo nove deles representativos de todas as instâncias da Justiça, (Comum e Especializada), dois membros representativos do Ministério Público Federal e Estadual, dois advogados, dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, esses indicados, um pela Câmara dos Deputados e outro, pelo Senado Federal. Os membros do Conselho são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

¹⁴⁰ Artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988. Essa competência é tida como de uso discricionário.

¹⁴¹ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Consenso e Constitucionalismo no Brasil*. Porto Alegre : Sagra Luzzatto, 2002 a. p. 82.

¹⁴² Art. 92, I-A, CF de 1988, após a EC 45, de 2004.

A Competência do CNJ é determinada na Constituição, porém pode ser ampliada pelo Estatuto da Magistratura. A Constituição estabelece a competência de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, centralizando a função dos Conselhos da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho e também o controle do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, podendo, inclusive, *avocar processos disciplinares, rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano.*

Três questões aqui se colocam: se o Conselho é mesmo externo; se a sua rejeição deve-se a um corporativismo e se fere o princípio da separação dos poderes.

A primeira deve ser respondida, levando-se em consideração que a proposta original previa o controle externo em toda a sua latitude, ou seja, composto majoritariamente por representantes de vários estamentos políticos e sociais, desvinculadamente do Poder Judiciário, o que, no desenvolvimento da proposta e da sua redação final, culminou por se formar topograficamente como um órgão judicial¹⁴³, de composição majoritariamente judicial, com 3/5 de seus membros provenientes da Magistratura. A esses quesitos, o Ministro Domingos Franciulli Netto, pondera que

a circunstância de estar prevista a preponderância de magistrados na composição do Conselho não tem a importância ressaltada por alguns dos defensores da triste inovação. Basta a presença de uma única pessoa estranha aos quadros da Magistratura para tornar o órgão heterogêneo; portanto, espúrio (...). A composição intrínseca do Conselho não é problema quantitativo ou proporcional, mas exclusivamente qualitativo¹⁴⁴.

Nesse ponto é seguido por Luiz Flávio Gomes, pois esse afirma que seria “externo”, como “sabemos que não integra o Poder Judiciário, porque é instrumentalizado por um Conselho que não é composto unicamente por juízes, porque seus membros são selecionados total ou parcialmente – pelo Poder Político, porque é um controle, enfim, que vem de fora da Instituição”¹⁴⁵, que o Conselho Nacional da Justiça não pode contar com nenhum membro alheio ao Judiciário, sob pena de ofender a autonomia e a independência da Magistratura, pulverizando a responsabilidade do Judiciário e, por tais razões, afigurando-se inconstitucional, porém identifica a garantia de transparência mediante a presença e a atuação como *custus legis* de um representante da OAB e um do Ministério Público.¹⁴⁶

¹⁴³ Art. 92, I-A, CF de 1988 após a EC 45, de 8 de dezembro de 2004.

¹⁴⁴ FRANCIULLI NETTO, 2005, op. cit., p. 142.

¹⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio. Poder Judiciário: controle interno e externo e revisão constitucional. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 83.

¹⁴⁶ Id., 1997, op. cit., p.184-186, passim.

O Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, professava a integração do Conselho Superior da Magistratura pelo Procurador-Geral da República, pelo Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pelo Procurador-Geral da Justiça e Presidente Seccional da Ordem dos Advogados nos Conselhos Estaduais¹⁴⁷, afirmando que a indicação de membros do Conselho pelo Senado e pela Câmara terá conotação político-partidária, enfraquecendo o Judiciário, em prejuízo à democracia.¹⁴⁸ Revisou e alterou a sua posição para excluir os representantes do Ministério Público e os advogados, pois esses ficariam impedidos de advogar durante o mandato no Conselho, o que seria constrangedor, a não ser “que se mandasse para lá alguém que não exercesse a advocacia”¹⁴⁹.

A Ministra Ellen Gracie, ao votar na ADI 3.367, qualificou como externo o controle a ser exercido pelo CNJ, em face da presença de dois cidadãos indicados pelo Poder Legislativo; do mesmo modo, o Ministro Sepúlveda Pertence e o Ministro Marco Aurélio de Mello.

A topografia, desse modo, é de frouxa importância se contrastada com a função do dito órgão de controle. E a função é de natureza administrativa, e as suas decisões não apresentam a qualidade de coisa julgada. Sua importância reside no evidenciar os objetivos de sua criação, como sendo o de

intervir no funcionamento geral da Justiça, inclusive com preeminência sobre as administrações dos tribunais e seus órgãos correicionais. Supostamente, o que se pretende é mimetizar a parêmia conhecida na área das finanças públicas: o Conselho seria o controle externo, sem prejuízo do interno, feito pelas Corregedorias já existentes, com prevalência do primeiro¹⁵⁰.

Já Luís Roberto Barroso pensa em sentido contrário, pois professa que “o Conselho Nacional de Justiça é um órgão que integra a estrutura do Poder Judiciário e não qualquer outro Poder, sendo valioso sublinhar que três quintos de seus membros são magistrados (...) não sendo tecnicamente preciso, portanto, referir-se ao Conselho como um órgão de controle *externo*”¹⁵¹ (grifo nosso).

¹⁴⁷ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Problemas e soluções na prestação da Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 114-115.

¹⁴⁸ *Correio Braziliense*. Brasília : Diários Associados, p. 1.808, 13 dev. 2004 apud FRANCIULLI NETTO, 2005, ob. cit., p. 149, nota 31.

¹⁴⁹ Voto proferido na ADI 3367/DF, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 13 de abril de 2005, cujo objeto é a argüição de inconstitucionalidade do art. 103-B, da Constituição Federal, que institui o CNJ.

¹⁵⁰ GRAMSTRUP, Erik Frederico. Conselho Nacional de Justiça e Controle externo: roteiro geral. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et alii. *Reforma do Judiciário - primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 193.

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et alii. *Reforma do Judiciário - primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p.438.

De acordo com tais posicionamentos, é possível concluir que o problema da qualificação de ser *externo* o controle é a integração de cidadãos indicados, um pela Câmara de Deputados, e um, pelo Senado Federal, que seriam “representantes” do Poder Legislativo.

A segunda questão a ser analisada sobre o controle externo da Magistratura é se as posições contrárias fundam-se em argumentos de corporativismo. Parece ser pois “as corregedorias não se estariam pronunciando de modo imparcial ou em tempo econômico”¹⁵², daí a criação de controle externo. Luiz Flávio Gomes enfrenta a questão, registrando a presença de corporativismo em muitas instituições - inicia-se no Legislativo -, no Executivo, nas profissões liberais e também no Judiciário! A solução estaria, como já referido, na transparência interna e externa de órgãos de fiscalização; nos internos, pela eleição de seus componentes e externos, pela previsão de um Conselho Nacional da Magistratura, que funcionaria como órgão recursal, além da atuação de representantes da OAB e do Ministério Público em processos administrativo-disciplinares, com legitimidade recursal¹⁵³. Somando-se a isso há o fato da desconformidade entre a integração de “representantes do Legislativo” e a independência do Judiciário – a chamada separação de poderes - o que se verá logo a seguir. É possível concluir, deste modo, que a motivação da contrariedade ao controle externo não se prende especialmente ao corporativismo, embora presente.

A terceira questão diz respeito à separação dos poderes. Cabe aqui o questionamento que o CNJ fere o princípio da separação dos poderes? Esse é o fundamento mais utilizado pela maioria dos juristas e, de algum modo interessados, contrários ao controle externo, porque ocorreria diretamente a fragilização da independência do judiciário e do seu autogoverno.

Waldemar Zveitter pontifica que “um órgão externo “imporia ao Poder Judiciário subordinação incompatível com o conceito e exercício de sua autonomia e soberania de jurisdição, que decorrem do próprio sistema constitucional de nosso Federalismo”¹⁵⁴.

Em abordagem mais abrangente, Luiz Flávio Gomes, aproxima a questão entre sistema de governo e controle externo do Judiciário, aceitável no Parlamentarismo mas não no Presidencialismo: em função da hegemonia do “Poder Político exercido pelo Executivo (Governo) e Legislativo, fortemente influenciados pelo poder econômico ou econômico-militar” em face do Poder Judiciário. O referido autor comenta a experiência estrangeira, na qual os órgãos de controle “foram ‘partidarizados’, seja mediante o controle da seleção, da

¹⁵² GRAMSTRUP, 2005, op. cit., p. 195.

¹⁵³ GOMES, 1997, op. cit. p.172.

¹⁵⁴ ZVEITTER, Waldemar. O controle do Poder Judiciário. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 67.

formação, da nomeação, da promoção, da transferência, da aposentadoria etc. dos juízes e dos funcionários judiciais, seja, sobretudo, por meio de controle financeiro”, ocasionando “danos à pureza ‘de controles recíprocos’ da clássica teoria da tripartição equilibrada dos poderes, que encontrou em Montesquieu o seu mais famoso adepto”¹⁵⁵. Também professa que a legitimação democrática da Magistratura é formal, racional ou legal, desta maneira não tem compromisso com as maiorias, apresentando-se o controle externo como fator de politização partidária ou institucional¹⁵⁶.

Não difere o pensamento de Domingos Franciulli Neto, para quem

o melhor aprimoramento da democracia começa justamente pela imperiosa e pela intransigente necessidade de preservação de seus postulados básicos e fundamentais, entre os quais avulta o da separação dos poderes, que não pode ser arranhado na democracia republicana presidencialista, sob pena de não se qualificar de soberano e autônomo o Poder Judiciário¹⁵⁷.

À fundamentação da Ação Direta de Inconstitucionalidade manejada pela AMB - Associação dos Magistrados Brasileiros, Luís Roberto Barroso contrapõe os seguintes argumentos:

a) a existência de um órgão destinado a exercer o “controle externo” do Judiciário violaria por si só a separação de poderes - ao que o autor contrapõe ao afirmar que o Conselho Nacional de Justiça é órgão interno do Judiciário e exerce funções administrativas, afigurando-se impróprio alegar malferimento à separação de poderes, em virtude de distribuição de atribuições internas entre órgãos de um mesmo Poder; b) a transferência de atribuições fiscalizatórias e correicionais dos tribunais para o Conselho, bem como a possibilidade de o órgão avocar processos administrativos, violaria o princípio, pois o autogoverno dos tribunais seria de essência da separação de Poderes - ao que o autor contrapõe, sob a afirmação do caráter nacional do Conselho, razão pela qual não haveria a subordinação das estruturas estaduais a um órgão do ente central, e c) a competência específica de requisitar ou de designar magistrados, delegando-lhes atribuições” violaria a separação de poderes, pois esvaziaria a garantia da inamovibilidade, refletida na atribuição de competência ao Conselho da Justiça Federal e ao da Justiça do Trabalho - ao que o autor refuta dizendo não ser “parâmetro válido de controle de constitucionalidade” a simples inconveniência¹⁵⁸.

A análise perfunctória da decisão que julgou a ADIn 3367 improcedente aponta que o Ministro Marco Aurélio de Mello julgava totalmente procedente; dois Ministros, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Carlos Velloso, votaram pelo provimento parcial, para declarar a inconstitucionalidade dos incisos X, XI, XII e XIII ¹⁵⁹do artigo 103-B e o Ministro Sepúlveda

¹⁵⁵ GOMES, 1997, op. cit., p. 66.

¹⁵⁶ Ibid., p. 80-83, passim.

¹⁵⁷ FRANCIULLI NETTO, 2005, op. cit., p. 142.

¹⁵⁸ BARROSO, 2005, op. cit., p. 438-433, passim.

¹⁵⁹ Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:
(...)

Pertence julgava procedente para declarar inconstitucional apenas o inciso XIII do citado artigo. O ponto central de fundamentação dos votos é a separação de poderes, que fica ferida pela inovação que desnaturou o modelo brasileiro, atacando os instrumentos de equilíbrio e de contenção do poder (*checks and balances*) quais sejam, a autonomia administrativa e financeira estabelecida no artigo 99 da Constituição, pelo constituinte originário, e que passará a ser autonomia do novo órgão, detentor de uma estúpida e variada competência.

A maioria votou no sentido de que o CNJ não é órgão de controle externo, pois os integrantes não representam as classes de onde provêm, e não lhe foi atribuída competência que permita a sua interferência na independência funcional do magistrado e, portanto, não afronta a separação dos poderes.

X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;
XI - um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;
XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

2 DIAGNÓSTICO PREDOMINANTE E SOLUÇÕES PRESCRITAS

O diagnóstico predominante imputa a crise do judiciário basicamente a problemas processuais e estruturais, a saber, o volume dos processos, a vacância de cargos e a própria impossibilidade de aumentar indefinidamente o número de juízes; há, ainda, uma linha de produção de acórdãos nos tribunais e até de sentenças de primeiro grau. Todo o mundo¹⁶⁰ profere acórdãos e sentenças: basta analisar o número de processos solucionados - 1.104 por juiz, que resulta em uma média de 4,6 julgamentos por dia¹⁶¹. Imagina-se também que o juiz também presida as audiências e analise processos. Como visto no capítulo anterior, doutrinadores e profissionais da área jurídica apontam soluções no sentido de suprimir os recursos processuais e, se possível, impedir o ajuizamento de ações, coartando o acesso ao Judiciário. Também a estrutura do Judiciário é problemática, com a pluralidade de instâncias e de seu ineficiente aparelhamento, com a insuficiência de juízes e também de servidores, distanciamento do jurisdicionado.

Dentre as causas funcionais, é salientada a inadequação das leis a serem aplicadas, a intrincada processualística vigente e a inacessibilidade do Judiciário, essa por deficiência do sistema de provocação do Judiciário, que o torna elitista. A inadequação das leis abrange a inadequação aos fatos que pretendem reger, a elaboração defeituosa e excessiva, não só pelo hábito de tudo reger como também pela multiplicidade de fontes legislativas. Há um excesso de leis dirigistas, e os controles são impostos à sociedade sem a sua participação e sem o amadurecimento de idéias¹⁶². Há o mecanismo das audiências públicas e pesquisas de opinião

¹⁶⁰ “Todo o mundo” é uma força de expressão, para designar uma determinada classe de funcionários do Poder Judiciário, nem sempre concursados, muitos ainda estagiários, cuja função é lavrar acórdãos e sentenças, embora sob a denominação de “assessoramento jurídico” de juízes e DE desembargadores. O fato é consumado e notório, merecendo o reconhecimento jurídico para racionalizar a atividade e exigir transparência, formação adequada e ingresso mediante concurso público.

¹⁶¹ Primeiro diagnóstico geral do Poder Judiciário. Disponível em < <http://www.mj.gov.br/reforma.>> Acesso em 14 de abril de 2006.

¹⁶² MOREIRA NETO, 1999, op. cit., p. 59-60, passim.

- contudo de tão difícil acesso e participação ao povo em geral -; além disso, a ausência de meios de acesso e de divulgação que faz tudo isso parecer um simulacro de participação da sociedade, a quem somente cabe, após, cumprir as regras. Tal problema está diretamente ligado à geração de conflituosidade que acaba por abarrotar o Judiciário de ações.

A análise das diagnosticadas causas da crise do Poder Judiciário deve ser feita separadamente, a iniciar pelas que se referem ao processo.

2.1 O processo

Um dos pontos da crise do Poder Judiciário é a morosidade da Justiça, cujas causas principais são: “o desaparecimento dos órgãos judiciários, principalmente dos de 1º grau, e o excessivo formalismo que decorre das normas procedimentais vigentes”¹⁶³.

Tal queixa também é crônica. O próprio Código de Processo civil, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, veio para resolver a então presente crise da morosidade da Justiça e responder a duas exigências: a rapidez e a justiça, conforme exposição de motivos de Alfredo Buzaid¹⁶⁴, que aponta os inconvenientes das numerosas ações especiais e recursos previstos no CPC de 1939, além de procedimentos que, para a época, demonstraram-se ineficazes.

O excesso de formalismo “estimula e propicia a chicana, a tornar realidade a burocracia judiciária, aliada à inexistência de procedimentos sumaríssimos - os existentes são sumaríssimos¹⁶⁵ apenas no nome, pois o excesso de formalismo das normas procedimentais os emperra – que tornassem expeditas as medidas judiciais, simplificando-as. Isto tudo, na verdade, faz morosa a Justiça e faz com que o povo dela se afaste”¹⁶⁶. A competência para legislar sobre normas processuais deveria ser atribuída aos Estados, possibilitando a sua adaptação às peculiaridades, que são muitas em face da grande extensão territorial do País, com ampla diversidade de condições sociais, culturais e econômicas¹⁶⁷. O Ministro Carlos

¹⁶³ VELLOSO, 1994, op. cit., p.93.

¹⁶⁴ BUZOID, Alfredo. Exposição de Motivos do CPC. In: BRASIL. *Código Tributário Nacional; Código de Processo Civil; Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2006. p. 310-313, passim.

¹⁶⁵ Processo sumário, consoante alteração pela Lei 9.245, de 26 de dezembro de 1995.

¹⁶⁶ VELLOSO, 1994, op. cit., p.94.

¹⁶⁷ DALLARI, Dalmo. O Poder Judiciário como instrumento de realização da Justiça. In: CHIARELLI, Carlos Alberto. *O Poder Judiciário e a nova Constituição*. Porto Alegre: AJURIS (Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul : Escola Superior da Magistratura), 1985. p. 69.

Mário da Silva Velloso protesta que as normas processuais procedimentais poderiam ser simplificadas, mas, para tanto, seria necessário que a competência para sua edição estivesse mais próxima ao jurisdicionado, ou seja, deveria competir aos tribunais em seus regimentos internos e resoluções cabendo ao Congresso Nacional legislar sobre normas gerais ou diretrizes de Direito Processual. O poder normativo dos tribunais permitiria o ajustamento das normas às necessidades locais, inclusive para instituir juizados de pequenas causas e medidas judiciais expeditas¹⁶⁸.

Celso Bastos é da opinião que, quanto ao processo, devemos superar é a noção clássica de Direito Subjetivo, como coincidente com o Direito Individual, pois

esta noção, de Direito Subjetivo de interesse processual, embora sua importância histórica, está superada pelos fatos, em face da sociedade de massa, que gera a possibilidade de uma “delinquência em massa”, (utilizando as palavras de Georges Bordeau), ao que se chama hoje de interesse difuso, para o que as normas processuais estão em descompasso, são insatisfatórias¹⁶⁹.

Tal realidade levou ao reconhecimento da legitimidade dos corpos sociais intermediários, o que deve ser considerado como princípio, e não como exceção¹⁷⁰.

Na linha de raciocínio das experiências estrangeiras, Dalmo Dallari sugere o retorno ao tema da oralidade na sua verdadeira extensão, o que diz nunca ter ocorrido no Brasil. Cita o paradigma inglês, que, na segunda, instância ouve as partes e profere julgamento no mesmo dia. Assim também em Nova Iorque, inclusive com a ‘night court’, (que é semelhante ao nosso então Juizado de Pequenas Causas) que segue o princípio da estrita oralidade e funciona inclusive à noite; há júri para causas cíveis, que lá tem funcionado muito bem. Com respeito ao custo, o referido autor afirma que seria de todo próprio que a justiça fosse mais barata, possibilitando um melhor acesso ao indivíduo desprovido de recursos, a saber, o pobre¹⁷¹.

Ada Pellegrini Grinover qualifica as medidas de ordem jurisdicional como a denominada deformalização do processo, pela qual se busca um processo mais rápido, simples e econômico, de acesso fácil e direto, para solucionar com eficiência certos tipos de controvérsia, de menor complexidade. Lembra os exemplos do processo individual do

¹⁶⁸ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Poder Judiciário na Constituição: uma proposta de reforma. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O Poder Judiciário e a nova Constituição*. Porto Alegre, Ed. Ajuris, 1985 b. p. 109.

¹⁶⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. A função jurisdicional dentro dos Poderes do Estado. In: CHIARELLI, Carlos Alberto. *O Poder Judiciário e a nova Constituição*. Porto Alegre : AJURIS (Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul : Escola Superior da Magistratura), 1985. p. 124-125.

¹⁷⁰ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do Processo Civil e os poderes do juiz. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo : Saraiva, 1994. p.237.

¹⁷¹ DALLARI, 1985, op. cit., p. 70-71.

trabalho e dos Juizados Especiais, procedimentos simplificados como no rito sumaríssimo, embora infrutífero, certas técnicas abreviadas, como o julgamento antecipado da lide, reservando-se às formas sua função de garantia, sem prejuízo da celeridade e simplificação dos procedimentos. Também compõe a mesma vertente jurisdicional, o tratamento coletivo de certos litígios, como através da ação popular, da ação civil pública, do mandado de segurança coletivo, e

de instrumentos novos, como as *class actions* para a defesa de direitos subjetivos homogêneos do Código de Defesa do Consumidor, tudo converge para a tentativa de desobstruir o Poder Judiciário, permitindo-lhe decidir globalmente as controvérsias, uma vez por todas, e oferecer-lhe instrumentos que neutralizem o fenômeno da administrativização do Direito¹⁷².

No mesmo sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto vaticina a necessidade de uma ampla modernização e arejamento, mediante o emprego de técnicas avançadas de Informática; a adoção do *pré-trial* que consiste no assentamento antecipado entre os advogados e o juiz da causa em audiência preliminar e específica, para delimitar os temas que serão discutidos e impossibilitar variações posteriores no curso da lide; a ordenação do processo pelo escrivão¹⁷³; a simplificação das sentenças com linguagem mais acessível, mais clara e concisa, a imposição de efeito vinculante às decisões do STF e do STJ em casos de reiteração *ad nauseam* de decisões idênticas; a instituição de jurisdição discricionária para os recursos extraordinários, consubstanciada na apreciação preliminar e definitiva do relator sobre o cabimento do recurso, fundado em consideração de oportunidade e de conveniência, em função da relevância do *thema decidendum* e da missão do STF - podendo ser estendida a medida ao STJ, quanto aos recursos especiais -; a determinação de multa por interposição de recurso protelatório ou abusivo, previsão legal de execução provisória da sentença, ao valorizar a atuação dos juízes e desencorajar os recursos protelatórios; também a sugestão de introdução do *amicus curiae* (como utilizado alhures a testemunha-perito ou o conselheiro convocado), com o objetivo de auxiliar os julgadores a proferir a melhor decisão entre as alternativas corretas, especialmente em casos complexos e de repercussão na vida econômica do País¹⁷⁴.

¹⁷² GRINOVER, 1990, op. cit., p. 13-14.

¹⁷³ Havia um provimento do TJRS, autorizando o escrivão a dar andamento ao feito nos despachos ordenatórios. Entretanto a resistência empedernida tece altos argumentos com a “força da intimação”, o “papel do juiz” e outros, os princípios processuais, e, mesmo que nada disso seja negado pela nova modalidade procedimental, essa não chegou a se firmar. Ganhou a resistência - talvez proceda, mas por outro argumento, que é a questão do poder normativo dos Tribunais. A EC n. 45, de 2004 constitucionalizou tal regra no art. 93, XIV da CF de 1988.

¹⁷⁴ MOREIRA NETO, 1999, op. cit., p. 87-93, passim.

As alterações legislativas, com vistas à agilização da Justiça, foram introduzindo procedimentos especiais, como o da ação de alimentos, pela Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968, ainda vigente o Código de 1939, representando um avanço na realização da justiça, por intermédio de um processo mais eficaz e consentâneo com a causa alimentar; no campo das locações a Lei n. 6.649, de 16 de maio de 1979 e a importante criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, pela Lei n. 7.244 de 7 de novembro de 1984.

As inovações da Constituição de 1988, a iniciar pelas ações coletivas nela previstas, autorizaram a elaboração do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, que é de 1990), estabelecendo importantes mecanismos de compensação da desigualdade entre os litigantes, como a distribuição do ônus da prova e de medidas adequadas às relações de consumo de massa. A população aumenta, e o grau de participação de cada indivíduo nos assuntos coletivos cresce mais e mais; além disso, o espaço físico à disposição do indivíduo diminui, intensificando atritos, favorecendo litígios e gerando, por sua vez, as novas necessidades do Processo Civil e os poderes do juiz; como exemplo, há os remédios corajosamente radicais do Código de Defesa do Consumidor, fortificando a *legitimatio* dos corpos sociais intermediários, a extensão subjetiva da coisa julgada *ultra partes* e até mesmo *erga omnes*, consagrada pela legislação protetiva do consumidor e intimamente ligada àquela abertura do conceito de *legitimatio*, por idênticas que são as matrizes lógica e ideológica. À debilitação do princípio dispositivo há de somar-se o correlato acréscimo de inquisitorialidade¹⁷⁵.

Seguiu-se uma legislação voltada para a agilização do processo que, em uma apertada resenha, pode-se verificar: a simplificação da produção da prova pericial pela Lei n. 8.455, de 24 de agosto de 1992; a adoção no processo cível da citação pelo correio, pela Lei n. 8.710, de 24 de setembro de 1993; a competência do relator, para apreciar o cabimento do recurso, e imposição de multa para embargos de declaração protelatórios pela Lei n. 8.950, de 12 de dezembro de 1994; a introdução de antecipação de tutela pela Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994; a instituição da ação monitória, pela Lei n. 9.079, de 14 de julho de 1995; a alteração na sistemática do agravo de instrumento no que diz respeito à interposição diretamente no tribunal, podendo ser postado no correio e prazo mais consentâneo para a interposição pela Lei n. 9.139, de 1995; a alteração do procedimento sumaríssimo para sumário, tornando-o realizável pela Lei n. 9.245, de 26 de dezembro de 1995; as alterações no CPC, para adaptá-lo à nova hipótese de prestação jurisdicional, introduzidas pela Lei de arbitragem, Lei n. 9.307,

¹⁷⁵ FABRICIO, 1997, op. cit., p. 128-131, *passim*.

23 de setembro de 1996; a autorização para a utilização de transmissão fac-símile de petições pela Lei n. 9.800, de 26 de maio de 1999; a introdução da descentralização do protocolo, da declaração pelo advogado de autenticidade de cópias processuais, da limitação ao recurso *ex officio* e a adoção de agravo retido quando interposto contra decisão proferida em audiência, pela Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001; a previsão do dever da parte no cumprimento das decisões judiciais sob pena de imposição de multa pela Lei n. 10.358, de 27 de dezembro de 2001; a alteração da tutela antecipada e simplificação da penhora pela Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002.

Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, foi introduzida a súmula com efeito vinculante, (ou simplesmente súmula vinculante), que configura uma decisão prévia quanto à validade e um *standard* da interpretação e eficácia de determinadas normas, com efeito vinculante, ou seja, deve ser respeitada como uma lei. O objetivo é o desafogamento do Judiciário, resolvendo as ações repetitivas; porém difere das súmulas de jurisprudência dominante, inventadas pelo STF em 1963, pois essas não tinham caráter impositivo para as instâncias inferiores do Judiciário, mais se assemelhando, pelos efeitos vinculantes, com a advocatária em casos em que da decisão pudesse decorrer “imediate perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas”¹⁷⁶, contudo não sob os fundamentos, já que a força motriz da súmula vinculante é a solução de “controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”¹⁷⁷, em outras palavras, solução para o controle difuso de constitucionalidade e para o STF.

Após a EC n. 45, de 2004, vieram - e ainda estão a caminho - leis que regularão as alterações por ela veiculadas. Já há nova limitação do agravo de instrumento a hipóteses de lesão grave e de difícil reparação, pela Lei n. 11.187, de 10 de outubro de 2005; a alteração da liquidação de sentença e criação de uma fase de cumprimento da sentença pela Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, sem escala entre o processo de conhecimento e a satisfação do julgado.

Além dessas alterações procedidas diretamente ao Código de Processo Civil, recentemente mais duas leis foram publicadas, a Lei n. 11.276, de 07 de fevereiro de 2006, adotando as chamadas súmulas impeditivas de recursos, mediante a regra de que “o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do

¹⁷⁶ Art. 253, RISTF.

¹⁷⁷ Art. 103-A, § 1º, da atual CF brasileira.

Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”¹⁷⁸, e a Lei n. 11.277, de 7 de fevereiro de 2006, adotando uma espécie de “sentença vinculante”, que será adotada por “reprodução” com a supressão da citação, da contestação e da produção de provas, “quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos”¹⁷⁹.

Há muitos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, por exemplo, sobre o fortalecimento da mediação no Processo Civil, extinção dos embargos declaratórios, a inclusão da Fazenda Pública nos Juizados Especiais Estaduais e informatização dos procedimentos. O PL n. 4.497/04 privilegia a transferência imediata de bens penhorados como forma de pagamento, e os recursos deixam de ter efeito suspensivo. O STF defende uma simplificação no sistema recursal, uma maior efetividade às decisões dos juízes de primeiro grau e o desestímulo aos que se valem de medidas recursais para o retardamento do cumprimento da sentença.

Por fim, quanto à agilidade processual, é de se lembrar que, embora o tema das súmulas vinculantes tenha suscitado grandes controvérsias - com fortes argumentos a favor e contra -, a novidade mais inusitada da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, foi a determinação de razoável duração do processo e meios que garantam a sua celeridade¹⁸⁰. As muitas leis que enformam a agilização processual estão aí, para serem cumpridas, e ainda há muitas a caminho. O problema é cumpri-las, diante da estrutura do Poder Judiciário, consideradas as suas instalações, os serviços auxiliares e os juízes - esse é o tema a seguir tratado.

2.2 Estrutura do Poder Judiciário

Neste item, são colocados os problemas relativos ao aparelhamento do Judiciário, à formação dos juízes e reorganização da própria estrutura do Poder Judiciário - que continua ineficiente -, mesmo com a criação de outros órgãos, como os Tribunais Regionais Federais,

¹⁷⁸ Art. 518, § 1º, CPC.

¹⁷⁹ Art. 285-A, CPC.

¹⁸⁰ Art. 5º, LXXVIII, da atual CF brasileira.

o Superior Tribunal de Justiça e a transformação do Supremo Tribunal Federal em Corte preponderantemente constitucional¹⁸¹.

São causas de natureza estrutural da crise do Judiciário, entre outras, “a pluralidade de instâncias e de tribunais, a deficiência de controle, o número insuficiente de juízes de primeira instância e a relativa inacessibilidade dos órgãos da Justiça aos jurisdicionados”¹⁸².

A deficiência no sistema de provocação decorre do pouco caso na estruturação das Defensorias Públicas no País, que, embora não sejam da responsabilidade do Poder Judiciário, vão influir dramaticamente na manutenção de um sistema de privilégio, determinando a inacessibilidade do Judiciário ao economicamente hipossuficiente e, por conseqüência, afetando o exercício da cidadania.

No que se refere aos juízes, a preocupação é com a formação acadêmica decadente e com a desatualização dos magistrados. Some-se a isso, que os advogados, indispensáveis à Justiça, sofrem do mesmo mal, sendo precários os Exames de Ordem, pois exigem a satisfação de requisitos que não vão além de meros exercícios de memória e adestramento técnico, o que torna inefetivas outras reformas que sejam feitas¹⁸³.

O tema do desaparecimento da primeira instância, diagnosticado pelo então Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, caracteriza-se, principalmente:

a) pelo número deficiente de juízes; b) pela existência de cargos vagos de juízes; c) pela forma inadequada de recrutamento de juízes; d) pela não-existência de uma maior especialização dos órgãos de primeiro grau; e) pela má qualidade do apoio administrativo destinado aos magistrados, o que ocorre, ao que parece, especialmente nas grandes cidades; f) o crescimento da distribuição de processos, ano a ano¹⁸⁴.

Com referência ao número deficiente de juízes e aos cargos vagos, José Néri da Silveira¹⁸⁵ qualifica o fato como um grave problema de âmbito nacional, especialmente os cargos vagos. Expõe as estatísticas do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, relativamente ao ano de 1991. No segundo grau, o número de julgadores era de 1.534, sem contar os 15 componentes do Superior Tribunal Militar, que exerce também funções de segundo grau.

No primeiro grau, em que os problemas se recrudescem, eram 6.832 juízes de Direito e substitutos. Com a população estimada em 155.562.917 habitantes, a relação média era de um

¹⁸¹ GRINOVER, 1990, op. cit., p. 14.

¹⁸² MOREIRA NETO, 1999, op. cit., p. 58.

¹⁸³ Ibid., p. 60-61.

¹⁸⁴ VELLOSO, 1994, op. cit., p.94.

¹⁸⁵ SILVEIRA, 1994, op. cit., p. 15.

cargo de juiz para 22.540 habitantes¹⁸⁶. Entretanto, dos 6.832 cargos, apenas 5.163 estão providos, e os restantes, 1.669 estão vagos. A relação habitantes por juiz passa de 22.540 para 28.963 por habitante.

Esses dados referem-se à Justiça Comum Estadual. Dez anos após, em 2001, são 7.819 cargos previstos, 6.323 providos e uma relação de 26.854 habitantes por juiz em exercício. Foram ajuizados 9.489.657 processos, sendo julgados 8.062.049. A relação processo distribuído por juiz em exercício foi de 1.500 e de 1.275 processos julgados. No decurso desses onze anos, de 1991 até 2001, inclusive, o percentual médio de processos julgados foi de 72%.

Na Justiça do Trabalho, havia, em 1991, 1.161 cargos de juiz, sendo 344 de Juiz do Trabalho Substituto, e os demais 817, de Juiz do Trabalho Presidente, porém, apenas 911 providos e 250 vacantes. A relação habitante juiz nesta Justiça especializada era de 133.990 habitantes para cada cargo e, desconsiderando os vagos, sobe para 170.761 habitantes por Juiz do Trabalho em exercício. Entretanto, há uma alta produtividade desses juízes do trabalho de primeiro grau que, no ano de 2001, superou os 100%. Tal dado é importante para referendar o Processo do Trabalho, simplificado desde as suas origens - berço de inovações.

Na Justiça Federal de Primeira Instância, havia, em 1991, 248 cargos criados, sendo providos 172, com um resultado de 627.269 habitantes por cargo e 904.360 habitantes por juiz em exercício¹⁸⁷. Em 2005, o número de juízes é de 1.116, e o de habitantes é 181.581.024, em uma relação de 162.707 habitantes por juiz – há, pois, um incremento de 350% de juízes.

Pela análise dos dados relativos à composição dos quadros da Magistratura da União e dos Estados, é possível identificar um problema grave em âmbito nacional, decorrente do elevado índice de cargos vagos.

Acrescente-se a isso os dados de relação do número de processos por juiz:

Na Justiça Federal de Primeira Instância, em 1991, foram distribuídos 724.129 processos (271.740 foram julgados). Resulta em 2.919,8 processos distribuídos por cargo (previstos 248) ou 4.210 por juiz em exercício (providos 172). Foram julgados 1.579,8 processos por juiz.

¹⁸⁶ Informa que “a relação mais vantajosa a de Tocantins, com um cargo de juiz para 10.023 habitantes e a mais desvantajosa a do Ceará, com um cargo de juiz para 36.831 habitantes”. SILVEIRA, 1994, op. cit., p. 15.

¹⁸⁷ Ibid., p. 15-16.

Em 2001 foram distribuídos 1.089.541 processos (622.628 foram julgados). Isso resulta em 2.919,8 processos distribuídos por cargo (previstos 1.103) ou 1.283, por juiz em exercício (previstos 849). Foram julgados 733 processos por juiz.

Em 2002 foram distribuídos 1.272.551 processos (630.846 foram julgados). Resulta em 1.153,7 processos distribuídos por cargo (previstos 1.103) ou 1354, por juiz em exercício (previstos 940). Foram julgados 671 processos por juiz.

A progressão da distribuição dos processos é aritmética, enquanto a previsão legal dos cargos permanece inalterada e o provimento de cargos é feito em doses homeopáticas. Neste contexto, o percentual de processos solucionados foi de 50,7%.

A Justiça do Trabalho oferece dados muito interessantes. Tome-se apenas os processos distribuídos e os solucionados em 1991 e, dez anos após, em 2001. Em 1991 foram distribuídos 1.496.829 processos e solucionados 1.263.492 (84% solucionados). Em 2001 foram distribuídos 1.742.571 e solucionados 1.800.015 (103% solucionados). Nesses onze anos, de 1991 até 2001 a média de processos solucionados é de 100,7%.

Viu-se que em 1991 havia 911 Juízes Presidentes, o que resulta em 1.350,9 processos por juiz em exercício, sendo solucionados 1.156 processos por juiz. Em 2001 havia 2.070 cargos providos, resultando em 841,8 processos por juiz em exercício, sendo solucionados 869,5 processo por juiz.

Observa-se que nesta Justiça especializada o número de processos também avança, porém existe, aqui, um dado importante que é o provimento de cargos, que gira em torno de 90% dos cargos previstos em lei. Por outro lado - o vocábulo *solucionar* inclui acordos homologados, o que certamente agiliza a prestação jurisdicional e deve ser considerado como exemplo pela Justiça Comum, principalmente a estadual.

O primeiro diagnóstico geral do Poder Judiciário¹⁸⁸ brasileiro, realizado pela Secretaria da Reforma do Judiciário, criada em 30 de abril de 2003, trouxe dados que revelam a desigualdade entre as diversas especializações da Justiça, em um critério, por exemplo, de processos por juiz - os dados são relativos ao ano de 2003. Foram ajuizados 17,3 milhões de processos, sendo 86% para a primeira instância, principal “gargalo” no Judiciário brasileiro.

A Justiça Comum Estadual recebeu a maior parte dos processos em tramitação no Brasil: 73%. A primeira instância da Justiça Comum foi responsável por 68% de todos os processos

¹⁸⁸ Disponível no *site* do Ministério da Justiça <<http://www.mj.gov.br/reforma>>. Acesso em 14 de abril de 2006.

que foram julgados no país, o que a coloca como um dos mais importantes segmentos da Justiça brasileira. Na Justiça Federal, a maioria dos processos distribuídos foi também na primeira instância, o que é de se esperar.

O total de magistrados do país é de 13.660, neste censo de 2003, sendo que 86% na primeira instância, dos quais 63,6% na Justiça Comum. Consideradas a primeira e a segunda instâncias, a Justiça Comum concentra 73% dos magistrados do país, seguida da Justiça do Trabalho, com 18,3%, e da Justiça Federal, com 8,2%. O índice de julgamento na Justiça Comum foi de 72%, e a média de julgamento por magistrado foi de 1.104 processos, ou seja, cada um julgou 92 processos por mês ou 4,6 por dia útil.

A questão do provimento de cargos vai envolver a do recrutamento dos juízes, das escolas, da insuficiência dos concursos como forma de recrutamento de juízes. José Néri da Silveira analisa os dados sob os seguintes questionamentos: Por que há dificuldade no recrutamento de magistrados? Por que não se preenchem as vagas, agravando-se, cada vez mais, o descompasso entre o volume de serviço forense e a força-trabalho especializada a executá-lo? Decorre o fato da deficiente formação universitária? Ou a causa estará no baixo nível de vencimentos? Resultará das exigências para o competitivo? Responde com a idéia de que

especial relevo merecem as Escolas de Magistratura neste tema acerca do recrutamento de candidatos aos cargos de Juiz de Direito. (...)Constitui, todavia, matéria que demanda disciplina, de âmbito nacional, quanto à organização de currículos, à validade de títulos expedidos, à forma de autorização para funcionamento, à criação de um Centro Nacional de Estudos Judiciários, para apenas referir alguns tópicos do complexo problema a ser enfrentado, no interesse de melhorar o recrutamento e aperfeiçoar a formação dos magistrados brasileiros.¹⁸⁹

Não é outro o pensamento de Carlos Mário da Silva Velloso, ao afirmar que nosso País necessita preocupar-se com a formação dos seus juízes, mediante a previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para o ingresso e promoção na carreira (CF, art. 93, II, 'c'; art. 93, IV). Defende que “o Estatuto da Magistratura (CF, art. 93) poderia, pois, estabelecer como requisito para ingresso na magistratura o curso na Escola Nacional da Magistratura” e afirma que o sistema atual que considera o concurso, os dados pessoais e entrevista, é acientífico, primário e de pouca eficiência; além disso, a falta de acompanhamento no período probatório enseja a vitaliciedade de

profissionais sem vocação, desidiosos e até mesmo de conduta reprovável, circunstâncias que poderiam ser apuradas naquele período se os mesmos, no início da

¹⁸⁹ SILVEIRA, 1994, op. cit., p. 16-17, passim.

carreira, fossem submetidos a estágios sob a orientação e a fiscalização da escola judicial, orientação que se prestaria até mesmo para evitar o fenômeno conhecido por 'juizete', ou seja, a tendência de grande número de novos juizes à prepotência, à arrogância, ao complexo de autoridade¹⁹⁰.

Mas não somente os juizes devem ser melhor preparados como também os servidores, bem como aparelhadas as Varas e as Secretarias, com a utilização da informatização, por meio de programas especiais que facilitem a concentração e a oralidade.

Inicia-se apenas agora a utilização da Informática nesses termos, com o *e-proc* da Justiça Federal. Na Justiça Comum Estadual já se dissemina o procedimento e, como vimos, há o Projeto de Lei n. 71/2002 que institui o processo virtual. As novas técnicas já estão sendo experimentadas em diversas comarcas, como informa a Secretaria da Reforma do Judiciário, em seu "banco de iniciativas"¹⁹¹.

No que refere à estrutura do Poder Judiciário, como posta na Constituição Federal, os Juizados Especiais são, sem sombra de dúvidas, vivenciados como importante instrumento de realização da justiça. Todavia, somente em 1995 é que foi editada a lei 9.099, regulando os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, revogando a Lei n. 7.244, de 1985, do Juizado Especial de Pequenas Causas. Manteve, entretanto, os critérios da oralidade, da simplicidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação, conforme o artigo 2º de ambas as leis.

Implantado de pronto na Justiça Comum Estadual, na esteira dos Juizados de Pequenas Causas, levou ainda mais seis anos para que fosse editada a Lei n. 10.259, de julho de 2001, instituindo os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal. Há, no País, 133 Juizados Especiais Federais autônomos e 212 adjuntos às Varas da Justiça Federal, que totalizavam 580, em 31 de dezembro de 2005¹⁹².

Paradoxalmente, o preconceito dominou os primeiros anos dos Juizados Especiais, em face da postura conservadora do meio jurídico, chegando a ter a alcunha de "Justiça de segunda classe", por lembrar um incidente do chamado "supreminho", apelido jocoso que teve um tribunal, que sequer existiu e que havia sido projetado para absorver o trabalho do STF.

Adroaldo Furtado Fabrício recorda a resistência da Ordem dos Advogados do Brasil, com respeito aos Juizados Especiais, em função da desnecessidade de advogados ou da

¹⁹⁰ VELLOSO, 1994, op. cit., p. 105-106.

¹⁹¹ Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/reforma>>. Acesso em 14 de abril de 2006.

¹⁹² Disponível em: <<http://daleth.cfj.gov.br/atlas/Internet>>. Acesso em 14 de abril de 2006.

participação desses como juízes leigos, como se isso fosse causar o paradoxo de uma hora advogar em outra estar julgando, ponderando que “o que se vê é a revelação de uma nova face do advogado, empenhado não na vitória de um dos litigantes, mas sim na superação do litígio pelo modo menos traumático e mais justo”¹⁹³.

De tudo, resta a constatação de que as reformas propostas demoram muito para passar do papel à realidade. O direito fundamental de razoável duração do processo e meios que garantam a sua celeridade, agora adotado explicitamente pela Emenda 45, de 2004¹⁹⁴, é de responsabilidade de todo o Estado. Veja-se também que a referida Emenda Constitucional inovou para estabelecer não só Juizados Móveis mas também Varas e Tribunais que podem se locomover ou descentralizar pela circunscrição para a prestação de serviço judiciário; além disso, a referida Emenda autorizou a criação de Varas Agrárias especializadas nas questões de conflito de terras.

A distância entre a previsão legal e a prática é observada por Ada Pellegrini Grinover, quando aponta a pouca sensibilidade com as questões sociais, haja vista a fraca resposta a determinados instrumentos processuais estabelecidos na Constituição Federal, que qualifica como sendo “de índole social”, que são o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção, que, entretanto, não vêm tendo resposta em face da postura conservadora do Judiciário que não absorveu a função de árbitro de novos conflitos, inserta no espírito da Constituição, caracterizada por “uma ordem jurídica profundamente inovadora, traçada pela Constituição, a demandar do juiz a postura de árbitro de controvérsias de dimensões sociais e políticas”. A postura conservadora decorre do próprio

esquema burocrático e verticalizado da Magistratura brasileira, a inexistência de controles externos, o próprio método de recrutamento dos juízes, a incoerência, até pouco tempo atrás, de cursos de aperfeiçoamento e especialização dos membros do Judiciário, o distanciamento dos julgadores, que tem reflexo até mesmo na linguagem, tudo isto tem levado, no curso dos tempos, ao excessivo corporativismo dos juízes, encastelados em posições de gabinete que pouco ou nada têm a ver com a realidade de uma sociedade em transformação (...) o acesso à ordem jurídica justa pressupõe um corpo adequado de juízes, com sensibilidade para captar a realidade social e suas vertiginosas transformações. E que isso postula a exigência da mudança da mentalidade do juiz, inserido que há de ser no corpo social e comprometido com o objetivo de realização da Justiça Material. A aderência do juiz à realidade demanda um constante aprimoramento, inclusive por intermédio de estudos interdisciplinares permanentes e, antes ainda, exige critérios de seleção e métodos de recrutamento que transcendem a avaliação de conhecimentos puramente técnicos”. Papel importante é reservado para as Escolas da Magistratura, para as Associações de Magistrados, para os cursos de Pós-Graduação de características interdisciplinares, para a integração aos tribunais e aos juízes de “elementos leigos (conciliadores, árbitros, assessores, egressos da advocacia e do Ministério Público, escabinos)” a fim de se renovar a postura do juiz. Também é de

¹⁹³ FABRICIO, 1997, op. cit., p. 52.

¹⁹⁴ Art. 5º, LXXVIII, da atual CF brasileira.

se anotar a necessidade de controle ou de fiscalização do correto exercício da jurisdição, mediante um organismo externo, recusada pela Magistratura por razões exclusivamente corporativas, mas que é necessária em face das funções do Judiciário “que não são mais estritamente jurídicas, mas necessariamente transbordam para o campo político”¹⁹⁵.

É de se sublinhar que as exposições voltadas para as questões processuais e estruturais contam seguidamente com sugestões de solução da crise do Poder Judiciário pela flexibilização da Justiça e pela solução extrajudicial de conflitos, o que têm encontrado forte óbice fundado no monopólio da jurisdição. É o que se passa a analisar.

2.3 Criação de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos

A difusão da cidadania conscientizou as pessoas para a defesa de seus direitos. Na sociedade de massa, as relações jurídicas também são massivas e não há Judiciário que suporte a crescente demanda. Faz-se necessário apaziguar a sociedade, o que depende em grande parte das políticas de governo e da edição de leis justas, porque é menor o descumprimento de leis justas, e, por conseqüência, reduz-se o trabalho do Judiciário¹⁹⁶; além disso, devem-se buscar soluções extrajudiciais.

Trata-se de uma flexibilização da Justiça, que, na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, não é monopólio do Estado – o que é o monopólio do Estado é a jurisdição. Também prega que

enquanto conceito, a flexibilização da justiça corresponde à busca de novas vias para a composição de conflitos, dotadas de eficácia jurídica reconhecida e protegida pelo Estado, desafogando o Poder Judiciário, liberando-o para dedicar-se a tarefas indeclináveis e desenvolvendo uma sadia consciência social sobre a excelência da negociação e da conciliação (...) e é o campo de aplicação de institutos consensuais de composição de conflitos, com imensa vantagem para o processo civilizatório como um todo e para o aperfeiçoamento do Judiciário, em particular¹⁹⁷.

A busca de meios alternativos ao processo, capazes de evitá-lo, é o que se denomina de deformalização das controvérsias, no sentido de ver na transação, na arbitragem e na

¹⁹⁵ GRINOVER, 1990, op. cit., p. 18-23, *passim*.

¹⁹⁶ DALLARI, 1985, op. cit., p. 73.

¹⁹⁷ MOREIRA NETO, 1999, op. cit., p. 93-94.

conciliação (essa mesmo quando pré-processual), técnicas utilizadas para o adequado acesso à Justiça¹⁹⁸.

Além do objetivo que deve estar sempre presente, de pacificação social, razões econômicas levam à adesão de meios alternativos, para fugir dos processos judiciais, que se eternizam no tempo e não raro trazem a vitória de Pirro, pois, a cabo de anos, o vencido nada terá que garanta a execução.

Mauro Cappelletti discorre sobre várias modalidades de composição. Elas incluem a utilização de pessoas ou de organismos que funcionam na ante-sala da Justiça, como os próprios tribunais especiais leigos, com enfoque para uma Justiça que chama de *coexistencial*, abandonando-se aquela idéia de luta pelo próprio direito. Cita um exemplo italiano na criação de 4000 cargos de juiz de paz com poderes para decidir causas com base mais na equidade do que no Direito estrito - instituto esse que se encontra previsto em todas as Constituições brasileiras mas que não passa da realização de casamentos. Cita também interessantes procedimentos em uso no Canadá: a) as *Rules of Civil Procedure*, que encorajam as partes a negociar e, quando uma proposta é feita e não-aceita, a parte vencida que não a aceitou é punida com um aumento de custas em favor do vencedor. Possui uma semelhança com a nossa litigância de má-fé cortada pela raiz. b) A mediação judicial em audiência preliminar especialmente designada e feita por um juiz diverso do que vai presidir o feito. c) Mediação em causas de família, perante mediadores judiciais ou particulares - pode-se dizer que temos algo semelhante no Projeto Conciliação que vem sendo utilizado com sucesso há vários anos nas Varas de Família. d) Remessa obrigatória à mediação, originária dos Estados Unidos - ainda não obteve recepção generalizada no Canadá. e) A instituição de um Tribunal Arbitral Privado, em Toronto, que diz ter-se tornado muito ocupado. f) O aumento do limite de competência de \$ 1.000,00 para \$ 6.000,00 para os Juizados de Pequenas Causas. Na França há os *conciliateurs*, que são particulares designados pelo presidente do Tribunal de Apelação pelo prazo de um ano, renovável, com função de encontrar-se com as partes e investigar a possibilidade de acordo, podendo ouvir testemunhas. Algumas figuras estão fora dos órgãos governamentais – outras, dentro deles, como os *Ombudsman* do consumidor da Noruega, Dinamarca, Finlândia e Suécia, que também atuam na proteção contra a discriminação sexual e nas relações de trabalho¹⁹⁹.

¹⁹⁸ GRINOVER, 1990, op. cit., p. 14 -15.

¹⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos da solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 326, p. 122-128, passim, abr./mai./jun.1994.

Ada Pellegrini Grinover expõe quanto aos meios de flexibilização da Justiça e salienta

quanto à conciliação prévia extrajudicial, sua natureza de atividade posta a serviço da autocomposição dos litigantes; sua função de recuperação de controvérsias, muitas das quais não seriam levadas à decisão do Judiciário; seu efeito de racionalização da distribuição da Justiça, com a conseqüente desobstrução dos tribunais; o estímulo às vias participativas, à informação e à tomada de consciência. E, sobretudo, seu escopo de maior pacificação social, em comparação com a decisão autoritativa do juiz, conduzindo à composição inteira da lide sociológica, e não apenas a solução da parcela de lide levada à Justiça convencional. Nesse ponto, as recentes experiências da conciliação prévia extrajudicial, facultativa, por organismos de mediação, mais ou menos institucionalizados (como órgãos do Ministério Público, das Defensorias Públicas, dos Procons, dos Conselhos e Juizados de Conciliação), culminando agora com a Justiça de Paz da Constituição de 1988, têm evidenciado a tendência no sentido de atribuir às próprias forças sociais a solução de controvérsias antes reservadas ao Poder Judiciário. E a lei das Pequenas Causas, permitindo a homologação judicial de qualquer acordo extrajudicial, com a correspondente formação do título judicial; bem como a ratificação do acordo pelo Ministério Público, com a constituição do título extrajudicial, tem-se transformado em importante mola propulsora para a eficácia das vias conciliativas²⁰⁰.

No sentido de se institucionalizar a obrigatoriedade de mediação, há o PLC n. 94/02, para matéria judicial ou extrajudicial que admita conciliação, podendo, o mediador, ser qualquer pessoa física ou jurídica capacitada; esse instrumento já conta com severas críticas, no sentido de haver aí uma terceirização da mediação, e mais um estágio burocrático a ser seguido. O fundamento seria o retorno à oralidade e à agilidade, sendo esse o papel do juiz. Cabe ressaltar que a mediação é uma maneira amistosa de solução pacífica de conflitos. Não é um meio jurídico, não deve ser disciplinado, afirmou o professor e ex-deputado Jarbas Lima ainda no exercício do mandato²⁰¹.

Na esfera da Justiça do Trabalho, são classificáveis como vias conciliativas a ênfase à negociação no campo dos dissídios coletivos, apontando a preferência pela autocomposição das categorias profissionais e patronais, a determinação de reajustes salariais mediante acordo das forças em conflito. Quanto à arbitragem, tem sido de difícil revitalização, mas essa também é um importante mecanismo extrajudicial de solução de conflitos²⁰².

Apesar de ser um importante mecanismo para a solução extrajudicial de conflitos, a arbitragem, prevista no Código Civil de 1916, artigos 1.037 a 1.048 e nos artigos 1.079 a 1.102 do Código de Processo Civil, atualmente revogados, era extremamente formal e complicadíssima. Dá testemunho disso Athos Gusmão Carneiro que, nos trinta anos de Magistratura, nunca viu um compromisso judicial ou extrajudicial e nem teve notícia de juízo

²⁰⁰ GRINOVER, 1990, op. cit., p. 15.

²⁰¹ LIMA, Jarbas. Notícias. *Jornal do Senado*, Brasília, ano 10, n. 2057/14, p. 4, 29.nov./5.dez.2004.

²⁰² GRINOVER, 1990, op. cit., p. 15-16.

arbitral em andamento. O referido autor justifica que, além de ser instituto alheio à nossa tradição jurídica, seu uso não apresentava vantagem nenhuma, nem quanto à rapidez e nem quanto à ‘justiça’ do julgamento, enchendo-se de burocracia forense, termos, audiência de instrução, julgamento e até de publicação de laudo²⁰³.

Adroaldo Furtado Fabrício propugna pela necessidade de

um esforço de divulgação e conscientização, sobretudo nas classes empresariais – usuárias preferenciais da arbitragem -, segundo a experiência no Direito Comparado, pois não faltam conservadores que qualificam a Lei de Arbitragem de inconstitucional, porque estaria a quebrar o monopólio do Poder Judiciário, quando é apenas a óbvia forma de heterocomposição dos litígios mediante a presença de um terceiro desinteressado, uma pessoa ou uma instituição não-envolvida no litígio e não-inclinada a favorecer quaisquer dos litigantes, mas sim em dirimir a controvérsia entre os desavindos²⁰⁴.

É notável o preconceito e o apego à dogmas como fatores que impedem o desenvolvimento do Direito e da prestação jurisdicional.

2.3.1 Mecanismos de solução extrajudicial ou quase judicial de conflitos no Brasil

A Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, não parece ter simplificado muito a arbitragem, porém vários Tribunais Arbitrais instalaram-se pelo país²⁰⁵, e propagam que promovem a solução das controvérsias de forma segura, rápida e com custos mais baixos que os de um processo e geralmente com apoio do Poder Público, como o próprio Poder Judiciário. O SEBRAE e outras instituições ligadas ou interessadas, como a Confederação Brasileira das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil (CACB) e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), conveniaram a disseminação e a consolidação dos Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias – MESCS - e a criação da Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial – CBMAE -, que difunde a cultura da arbitragem como meio rápido e mais barato para a solução de litígios, propiciando o acesso à

²⁰³ CARNEIRO, Athos Gusmão. O juízo arbitral e a simplificação do processo. *Revista da Ajuris*, v. 24, ano 9, p. 51, mar. 1982.

²⁰⁴ FABRICIO, 1997, op. cit., p. 108.

²⁰⁵ A informação é que são 87 Câmaras de Mediação e Arbitragem, localizadas em 24 Estados brasileiros. Conforme BRITO, Vanessa. Mediação e arbitragem. Eficiência na solução de pequenos conflitos. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/br/revistasebrae/16/tc_mediacaoarbitragem.asp>. Acesso em 20 de setembro de 2006.

Justiça para as microempresas e empresas de pequeno porte ao mesmo tempo que desafoga o Judiciário. Isso é bastante importante porque a Lei n. 9.841/91 admite apenas as microempresas nos Juizados Especiais e, embora os Juizados Especiais Federais admitam também a empresa de pequeno porte, as questões são limitadas logicamente às de competência da Justiça Federal.

Antes ainda do desenvolvimento propiciado pela Lei de Arbitragem, organismos intermediários com caráter oficial foram criados por legislação especial, em atendimento à disposições constitucionais. É o caso da proteção dos direitos do consumidor pelo CDC, instituído pela Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990²⁰⁶, que estabelece uma rede de instituições que denomina de Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC -, integrado por órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor, coordenados pelo Departamento Nacional de Defesa do Consumidor ou Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, da Secretaria Nacional de Direito Econômico do Ministério da Justiça²⁰⁷. Inserido nesse sistema, sem hierarquia com o órgão nacional, mas com idênticos objetivos, os PROCONS são órgãos estaduais e municipais com competência estadual ou municipal. Esses são os que efetivamente atendem o consumidor, buscando, preliminarmente, a solução extrajudicial dos conflitos de consumo²⁰⁸.

Também nessa linha, tem-se a proteção dos direitos da criança e do adolescente²⁰⁹, regulados pelo ECA – Lei n. 8.069, de 13 de setembro de 1990 -, que prevê uma política de atendimento articulado que facilita o trabalho conjunto entre o governo e a sociedade civil, através da criação, em cada município, por lei municipal, de um Conselho Tutelar, com a missão de zelar pelo cumprimento dos Direitos da Criança e do Adolescente. Além de uma fiscalização genérica, que pode originar atendimentos reais, os Conselhos Tutelares são acionados pelas escolas, pelos pais ou por qualquer membro da sociedade. Os Conselheiros têm o poder de requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, assistência social, previdência, trabalho e segurança, sob pena de encaminhamento ao Ministério Público, para que esse tome as providências jurídicas²¹⁰.

²⁰⁶ Art. 170, V, CF.

²⁰⁷ Arts. 105 e 106 do CDC, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

²⁰⁸ Entidades de defesa. Órgãos e Entidades de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/dpdc/>>. Acesso em 25 de setembro de 2006.

²⁰⁹ Art. 227, CF.

²¹⁰ Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/conanda/Folder_tutelar.pdf>. Acesso em 25 de setembro de 2006.

Nas relações trabalhistas, a Lei n. 9.958, de 12 de janeiro de 2000, alterou a CLT²¹¹ para permitir a instituição de Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária dos empregados e empregadores, no âmbito das empresas, ou grupo de empresas, ou sindicatos, ou intersindicais, com a atribuição de conciliar conflitos individuais do trabalho. Havendo a Comissão de Conciliação Prévia na empresa ou no sindicato, é obrigatório que qualquer demanda deve a ela ser submetida, salvo motivo relevante, justificado na inicial da ação trabalhista. Inexitosa a conciliação ou se não for realizada em dez dias, deve ser fornecida a declaração da tentativa conciliatória, que instruirá o pedido inicial. Aceita a conciliação, é lavrado termo, que é título executivo extrajudicial de eficácia liberatória e geral, exceto quanto a parcelas expressamente ressalvadas.

A par dessas instâncias extrajudiciais, vários projetos voltados à conciliação são desenvolvidos no seio do Poder Judiciário - na verdade, deixaram de ser projetos em face de sua realização efetiva. Desde 1994 funciona, na Justiça Estadual do Rio Grande do Sul, o “Projeto Conciliação”, atendendo os conflitos familiares e posteriormente se estendendo para a área de conflitos de moradia, relacionados com financiamentos do Sistema Financeiro da Habitação; é importante destacar que a Justiça Federal implantou e vem promovendo, com sucesso medido em 48,43% dos processos, a solução mediante conciliação²¹².

Tais práticas vão de encontro ao paradigma proposto pelo Ministério da Justiça, e pelo Ministro da Justiça, de busca do “caminho da imbricação do Poder Judiciário de uma nova cultura, adotando modos diversos de solução de conflitos, incorporando a terceira onda professada por Cappelletti, de acesso à Justiça, centrada no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”²¹³.

Com esse entendimento, o Ministro da Justiça apresenta a edição do Mapeamento Nacional de Programas Públicos e Não-Governamentais no acesso à Justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos, realizado em 2005, que apontou a existência de 67 programas sediados em 22 Estados brasileiros. Desses programas de administração alternativa de conflitos, 80% são utilizados pelas classes populares, especialmente as mulheres, sendo 59,7% nos conflitos interpessoais em geral e 26,9 em conflitos de gênero e família. Boa parte

²¹¹ Aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.

²¹² SISTCON – Sistema de Conciliação. Instituído pela Resolução n. 88, de 29 de julho de 2005, da Presidência do Tribunal Regional da 4ª Região. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>> Acesso em 12 de outubro de 2006.

²¹³ BASTOS, Márcio Thomaz. Apresentação. In: *Acesso à Justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos*. Mapeamento Nacional de Programas Públicos e Não-Governamentais. Ministério da Justiça: 2005, p. 3-4. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>> Acesso em 25 de setembro de 2006.

das iniciativas governamentais teve por objetivo desafogar o Judiciário do excesso de demandas, sendo possível também que venha a ser utilizado como uma forma barata de gerir disputas em substituição ao acesso à Justiça convencional²¹⁴.

Dos programas, 49,2% são governamentais, dos quais 51% instituídos no âmbito do Poder Judiciário estadual, dos Tribunais de Justiça, Varas e Juizados. São institucionalizados por leis, resoluções ou portarias. Os parceiros são o Ministério Público, a Defensoria Pública e o próprio Poder Judiciário²¹⁵.

Os programas não-governamentais são realizados por Organizações Não-Governamentais de diversos fins (31,3%), incluindo programas correlatos, como a arbitragem e assessoria jurídica; as Organizações Não-Governamentais específicas para este fim (16,4%) e por Universidades (2,9%)²¹⁶.

A solução alternativa de conflitos caracteriza-se como uma “alternativa ao recurso da intervenção judicial clássica (através do processo judicial comum), porém não pode ser considerada como alternativa à judicialização dos conflitos, já que boa parte dos programas governamentais - e mesmo não-governamentais - é diretamente patrocinada pelos Judiciários Estaduais e Federal, ou com ele estabelece convênios e parcerias na prestação de serviços jurisdicionais”²¹⁷.

A maioria dos programas governamentais “arrola entre seus objetivos o desafogamento de Varas Judiciais ou Juizados Especiais, ou celeridade processual”²¹⁸.

Deve-se ressaltar que há uma parte considerável de pessoas que busca no sistema de Justiça a solução de conflitos, mas não chegam a percorrer “todos os passos que compõem um processo”. Nestes casos a solução é mediada ou arbitrada destacadamente pelo delegado de polícia e pelo promotor público. “De fato, uma pesquisa feita em Recife, relatada por Joaquim Falcão, conclui que uma Vara de Justiça Penal resolve apenas 13% do número de casos apenas que um comissário resolve”. Além do delegado e do promotor público, funcionários qualificados de fóruns, como assistentes sociais, também resolvem muitas questões. “Assim, o

²¹⁴ Ibid., p. 24-26.

²¹⁵ Ibid., p. 24-25, passim.

²¹⁶ Ibid., p. 13, 24-28, passim.

²¹⁷ BASTOS, 2005. op. cit., p. 13.

²¹⁸ Alguns projetos enfocam a prevenção ou redução da violência, o incremento do acesso à Justiça e a aproximação do Judiciário à população carente. Ibid., p. 51.

fato de um problema não chegar até o juiz não quer dizer necessariamente que não foi de alguma forma processado pela Justiça”²¹⁹. E aqui, um há dado muito importante de que

o sistema de Justiça é mais amplo do que o Poder Judiciário. A rigor, o juiz é apenas uma peça de um todo maior. O sistema de Justiça envolve diferentes agentes: o advogado, pago ou dativo; o delegado de polícia; funcionários de cartório; o promotor público e, por fim, o juiz. Uma controvérsia para se transformar em uma ação judicial percorre um caminho que tem início ou na delegacia, ou na promotoria, ou por meio de um advogado²²⁰.

Os meios que se pode atribuir a qualidade de extrajudicialidade (a conciliação, a mediação e a arbitragem) certamente não incluem os Juizados Especiais, anteriormente Juizados de Pequenas Causas, porém a importância dessas instâncias de Justiça acessível e barata deve aqui ser comentada, pois pressupõe uma primeira fase estritamente conciliatória, visando evitar o processo, retoma-se, aqui, “a figura do conciliador, já praticada no âmbito da Justiça do trabalho”²²¹, o que teria criado uma *dupla institucionalização* do Poder Judiciário, resultante das lógicas distintas: “uma que visa o acordo entre as partes por meio da conciliação, conduzida por um advogado que desempenha a função de conciliador, e outra que busca a aplicação da Justiça por meio do poder de decisão do juiz”; além disso, os profissionais envolvidos são formados na lógica formal que valoriza a decisão do juiz, corre-se o risco de empregar procedimentos típicos da Justiça Formal na Justiça Informal²²². Embora possível, é de se lembrar que a conciliação é instituto com previsão nos processos clássicos, por exemplo, os artigos 125, 331, 448 e 449, do Código de Processo Civil, porque a pauta precípua do Judiciário é a aplicação do Direito e a promoção de Justiça ao caso concreto, com vistas à segurança jurídica e à paz social. O justo é o justo concreto, que também reside na conciliação, em que as partes transigem.

Ocorre que, desde o início, quando foi instalado pela primeira vez, no Rio Grande do Sul, em 1983, por obra do Ministério da Desburocratização, para o fim de simplificação do processo e atendimento às causas de menor valor e complexidade, o Juizado foi comparado ao então existente INPS, “acreditavam tratar-se de uma Justiça de segunda classe, pois entendiam que os conflitos economicamente menos expressivos teriam tratamento prejudicado visto que a essas pequenas causas fossem atribuídas a denominação de Justiça dos pobres”²²³. Apesar de que os objetivos tenham sido de propiciar o acesso a um Judiciário mais

²¹⁹ SADEK, Maria Tereza (org.). *O sistema de Justiça*. São Paulo : Idesp; Sumaré, 1999. p. 10.

²²⁰ Ibid., p. 11.

²²¹ Ibid., p. 43.

²²² SADEK, 1999, op. cit p. 44.

²²³ Ibid., p. 45.

rápido, mediante uma racionalização da prestação jurisdicional em função da complexidade das causas, o que beneficia a camadas menos favorecidas da população, mas não somente a essas, permanece, no âmbito de certas corporações, como já foi referido anteriormente, a pecha de “Justiça de segunda classe”.

Com a Lei n. 9.099, de setembro de 1995, a denominação foi alterada para Juizados Especiais, também foi aumentado o valor limite de competência de 20 para 40 salários mínimos, exigindo-se a intervenção de advogado para causas superiores a 20 e até 40 vezes o salário mínimo. Ainda passou a atuar em causas criminais e tornou compulsória a sua organização nos Estados.

De 1993 a 1995, um processo no Juizado Especial durava de 10 a 60 dias e o percentual de acordo era de 36%, muito embora alguns voltassem a juízo em função do descumprimento. Entretanto, à medida que o processo avançava nas etapas subseqüentes, as chances de acordo diminuía, e os processos passavam a ter tratamento semelhante ao processo comum²²⁴.

De lá para cá, o número de processos nos Juizados Estaduais cresceu vertiginosamente. A média por Estado, em 2004, foi de 153.364, significando 3.929,38 por juiz de Juizado Especial²²⁵. No Juizado Federal foi muito pior. A média de processos novos foi de 345.014 por região, sendo 29.031 por juiz que atua no Juizado Especial. Considere-se, neste caso, que muitos Juizados Federais funcionam como adjuntos às Varas Federais, onde os juízes atuam duplamente²²⁶.

Tal situação aponta para a urgente necessidade de adoção de outras formas de solução de conflitos.

O Conselho Nacional de Justiça, ao visar aos mesmos objetivos e ponderar sobre a tendência generalizada nos povos civilizados no sentido da adoção de mecanismos de Justiça participativa e coexistencial, destinados à composição de conflitos em demandas já ajuizadas ou não, instituiu o Projeto pelo Movimento da Conciliação e emite uma “cartilha” que encerra os princípios, os objetivos e os métodos a serem utilizados, criando espaços, centralizados nas serventias judiciais ou não, abrangendo regras para a conciliação informal ou pré-processual, além da remessa para a conciliação nos casos de litígios ajuizados. Propugna pela inclusão nas escolas de informações sobre a solução de conflitos pela conciliação; defende ainda a

²²⁴ Ibid., p. 46-47.

²²⁵ Conselho Nacional de Justiça. Indicadores estatísticos da Justiça Estadual, 2004. Disponível em: <<http://www.cnj.gov.br>> Acesso em 12 de outubro de 2006.

²²⁶ Ibid.

alteração dos currículos das faculdades de Direito, para serem introduzidas disciplinas teórico-práticas na área da conciliação, da arbitragem e do Juizado Especial, bem como o incentivo aos convênios e às parcerias entre as Faculdades de Direito e o Poder Judiciário²²⁷.

2.3.2 A jurisdição mista como mecanismo de solução quase judicial ou judicial de conflitos

A matéria administrativa e a fiscal absorvem uma significativa parte das pretensões levadas ao Judiciário. Alcançaram 29,84% dos processos no STF no período de 1990 até 1999, sendo 97.121 do total de 325.215 processos.

Com dados de 2004, o CNJ informa a participação governamental na demanda da Justiça Federal de primeira instância em 1.431.310 ações ajuizadas contra a União, Governo Federal, Governo Municipal, Instituto Nacional de Seguro Social, Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil e outros órgãos e entes da Administração Indireta e 635.595 por essas ajuizadas contra os administrados; somam, desse modo, 2.066.905 do total da carga de processos.

Na Justiça do Trabalho, tal participação foi de 100.785 ações ajuizadas contra a Administração Pública em 15 regiões²²⁸ e 11.210, por essa ajuizadas, em nove regiões que disponibilizaram os dados²²⁹.

Na Justiça Estadual, os números são de 120.816 ações ajuizadas contra a Administração Pública em oito Estados²³⁰ e 178.284 por essa ajuizadas nos mesmos oito Estados que disponibilizaram os dados.

Essa participação excessiva dos órgãos governamentais nos pleitos judiciais demonstra a insatisfação do administrado com as decisões da Administração Ativa e o seu grau de resistência no cumprimento de obrigações a si impostas pela Administração. Considerando-se a amplitude de atividades da Administração Ativa, notadamente após o advento do Estado social, em que passam a figurar as “funções de assistência e integração social, em cumprimento de exigências de Justiça e dos direitos sociais declarados na Lei Maior; (ocorre)

²²⁷ Projeto Movimento pela Conciliação. Manual de implementação. Conselho Nacional de Justiça. Comissão dos Juizados Especiais. Disponível em: <<http://www.cnj.gov.br>> Acesso em 25 de setembro de 2006, p. 1-7, passim.

²²⁸ São Paulo, Rio Grande do Sul, Bahia, Pernambuco, Ceará, Paraná, Distrito Federal e Tocantins, Santa Catarina, Rondônia e Acre, Campinas, Goiás, Alagoas, Sergipe, Rio Grande do Norte, Mato Grosso do Sul.

²²⁹ Rio Grande do Sul, Paraná, Distrito Federal e Tocantins, Santa Catarina, Campinas, Goiás, Alagoas, Sergipe.

²³⁰ Bahia, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Piauí, Rio Grande do Sul, Rondônia e Sergipe.

assim, uma interdependência sempre mais forte entre a atuação administrativa e as necessidades da população”²³¹, reduzindo-se a distância entre o Estado e a sociedade, mesmo pelo florescimento de corpos intermediários, “as entidades e associações privadas que exercem contínua pressão sobre os poderes estatais na busca de realização dos interesses que defendem”²³², e ao multiplicarem-se as relações entre a Administração e os Administrados.

Na lição de Francisco Sá Filho, a normalização da solução das questões que surgem das relações entre a Administração e os Administrados pode ser classificada em três sistemas:

1º - de plena jurisdição administrativa, concentrado no contencioso administrativo (sistema francês);

2º - de unidade de jurisdição, mais ou menos rigorosa, representado pelo Poder Judiciários (Inglaterra, Estados Unidos, Brasil);

3º - o misto, em que os elementos do processo administrativo, coligidos nos órgãos quase-judiciários, são utilizados pela Justiça comum²³³.

O sistema misto, atende ao princípio da economia processual, posto que não abandona os elementos coligidos por profissionais tecnicamente habilitados na matéria administrativa e pode ser adotado em uma de suas três possibilidades, a saber:

1ª – o Poder Judiciário somente verifica se no procedimento administrativo foram observadas as formalidades legais ou o *due process of law*;

2ª – a Justiça não aprecia a *questio facti*, mas apenas o aspecto jurídico da contenda;

3ª – os Tribunais Judiciários constituem instância última dos recursos contra a decisão administrativa²³⁴.

Essa última forma foi adotada pela Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977, mediante as disposições dos artigos 111, 203 e 204²³⁵, contudo não chegou a ser instituída²³⁶. A referida emenda estabelecia que a lei poderia criar: a) contencioso administrativo e atribuir-

²³¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.26.

²³² Ibid., p.27.

²³³ SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre os Poderes de Estado*. Rio de Janeiro : Borsoi, 1959. p. 258.

²³⁴ Ibid., p. 259.

²³⁵ Art. 111. A Lei poderá criar contencioso administrativo e atribuir-lhe competência para o julgamento das causas mencionadas no artigo anterior (Artigo 153, § 4º).

Art. 203. Poderão ser criados contenciosos administrativos, federais e estaduais, sem poder jurisdicional, para a decisão de questões fiscais e previdenciárias. Inclusive relativas a acidentes do trabalho (Art. 153, § 4º).

Art. 204. A Lei poderá permitir que a parte vencida na instância administrativa (Artigos 111 e 203) requeira diretamente ao Tribunal competente a revisão da decisão nela proferida.

Art. 205. As questões entre a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou entre umas e outras, serão decididas pela autoridade administrativa, na forma da Lei, ressalvado ao acionista procedimento anulatório dessa decisão.

²³⁶ Como também não o foi o contencioso administrativo, esse de plena jurisdição, previsto no artigo 111 da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, a ser criado por lei, para o julgamento dos litígios trabalhistas dos servidores da União, de suas autarquias e das empresas públicas federais.

lhe competência para o julgamento das causas decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive suas autarquias e as empresas públicas federais, independentemente do regime jurídico (arts. 110 e 111); b) contenciosos administrativos, federais e estaduais, sem poder jurisdicional, para a decisão de questões fiscais e previdenciárias, inclusive relativas a acidentes do trabalho (art. 203), permitindo, em ambos os casos, que a parte vencida na instância administrativa viesse a requerer diretamente ao Tribunal competente a revisão da decisão nela proferida (art. 204).

José Frederico Marques expõe que, nas lides previstas no art. 203 da Constituição da República, o contencioso exerceria a função jurisdicional para o processo e para o julgamento dos referidos litígios, embora as suas decisões não passem em julgado. Desse modo, os órgãos desse contencioso não seriam idênticos aos que exercem apenas o *quase judicial power*. O processo e os órgãos não trariam os mesmos traços dos procedimentos administrativos de órgãos sem nenhuma função jurisdicional, sendo indispensável que a Lei de Direito Processual Administrativo trouxesse normas e preceitos de acolhimento pleno do princípio do contraditório e todos os consectários lógicos do “devido processo legal”²³⁷.

Ao comentar o art. 204, o referido autor aponta que “os órgãos do contencioso administrativo não se integram nos quadros do Poder Judiciário, e sim, naqueles da Administração Federal ou Estadual. Contudo, exercem, ampla ou limitadamente, a jurisdição administrativa” e que o contencioso administrativo deveria conviver com a jurisdição una, não só em função da remissão ao artigo 153, § 4º da Constituição, como com o disposto no artigo comentado, que determinava a faculdade de que a parte vencida pleiteasse a revisão da decisão diretamente ao tribunal competente²³⁸.

Em virtude da unidade jurisdicional que a Constituição de 1967 consagrava, o Poder Judiciário teria controle sobre todos os litígios que devessem ser solucionados, mesmo que o respectivo processo ocorresse perante as instâncias administrativas. Todavia, em se tratando das lides previstas no art. 111 da Constituição, o controle do Judiciário só seria exercido, quando pedido pela parte vencida. Isto significa que, tendo poder jurisdicional o contencioso administrativo previsto no artigo 111, as decisões poderiam ter a força de lei das sentenças judiciárias, se, por omissão do vencido, não houvesse interposição de recurso ao Judiciário, e a preclusão produzisse *res iudicata* formal e material. Por isso, professava Frederico Marques:

²³⁷ MARQUES, José Frederico. *A reforma do Poder Judiciário*. v. 1. São Paulo : Saraiva, 1979. p. 434.

²³⁸ *Ibid.*, p. 435-436.

Por tal razão, a lei que criar o contencioso administrativo, neste caso, deverá prever a conexão com as instâncias judiciárias, em atendimento ao controle genérico previsto no art. 153, § 4º. Já no caso do art. 203, a ausência de poder jurisdicional impedirá que a decisão faça coisa julgada. Ela, porém, poderá ser objeto de reexame, tal como acontece nos procedimentos recursais pertinentes a sentenças de juízes e tribunais da Magistratura Nacional, conforme o preceituado no art. 204 da Constituição em vigor. (...) a ausência de poder jurisdicional dos órgãos ali previstos faz com que suas decisões, quando não-revistas na forma do que prevê o art. 204, fiquem sujeitas a ser anuladas, pelas vias processuais comuns que se desenrolam perante o Judiciário²³⁹.

Ocorre que a jurisdição administrativa desenhada na Emenda Constitucional n. 7, de 1977, não vingou, sendo vitimada pelo dogma da jurisdição una, embalada pelo preconceito à jurisdição administrativa adotada pela referida Emenda, inclusive porque alterou a redação do § 4º do artigo 153 da Constituição Federal de 1969, para acrescentar que “(...). O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido”. A condição de exaurimento da via administrativa sofreu resistência injustificável, uma vez que a conclusão prática apontava - e ainda nos nossos dias aponta - para a economia processual e para a garantia dos direitos no limite temporal do processo administrativo, cuja duração, como é sabido, pode ser tão longa como a de um processo judicial.

Francisco Sá Filho pontifica que o princípio de que nenhuma questão pode ser subtraída ao julgamento do Judiciário, bem como o da indelegabilidade de poderes, “representa retrocesso no Direito Público”, o que se explica “pelo temor da ditadura presidencial”; entretanto, a rejeição do contencioso²⁴⁰ administrativo aponta para a tendência à criação de órgãos quase judiciais, ou semijudiciais ou parajudiciários. Neste caso, o problema seria a inexistência de separação entre a Administração Ativa e a jurisdição administrativa, aí sim, motivo das inconveniências do contencioso administrativo.

O dogma da unidade da jurisdição e o preconceito e receio de supremacia dos interesses da Administração são rebatidos por um dos nossos mais eminentes juristas, Miguel Reale, que aponta ter o contencioso administrativo estrutura jurídica definida, inconfundível com órgão da Administração; que não era, pois, o objetivo da Comissão que trabalhou na Emenda Constitucional n. 7, de 1977 (e da qual participou) criar um contencioso administrativo com predomínio da Administração em detrimento de garantias para os administrados. Mesmo nos Estados Unidos e na Inglaterra, países em que prevalece o princípio da superioridade do

²³⁹ MARQUES, 1979, op. cit., p. 436.

²⁴⁰ A expressão *contencioso administrativo* é utilizada para definir o processo administrativo, porém, nessa passagem, ao que parece, o autor dá uma amplitude ao conceito, abrangendo uma Justiça Administrativa.

Judiciário, “as exigências de nosso tempo foram progressivamente constituindo vários órgãos que realizam, de maneira clara, funções equivalentes às do contencioso administrativo”²⁴¹.

Hely lopes Meirelles não admite a jurisdição mista ou sistema misto de controle dos atos administrativos, em razão da inexistência de um sistema puro, “pois o que caracteriza o sistema é a predominância da jurisdição comum ou da especial, e não a exclusividade de qualquer delas, para o deslinde das questões afetas à Administração”²⁴². Mas não só isso, porque fica proclamada a “separação entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário, vale dizer, entre o *administrador* e o *juiz*. Com essa diversificação entre a *Justiça* e a *Administração* é inconciliável o *contencioso administrativo*, porque todos os interesses, quer do particular, quer do Poder Público, se sujeitam a uma única jurisdição conclusiva: a do Poder Judiciário”²⁴³ (grifos no original).

A unidade de jurisdição como dogma constitucional vincula-se à acepção da teoria da separação dos poderes equipotentes, acolhida pela Constituição de 1988, no artigo 5º, XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”²⁴⁴. É curioso que sob o mesmo fundamento da separação dos poderes, no tempo do Império, foi defendida e mantida a dupla jurisdição, embora não livre de críticas, conforme exposto por Paulino Soares de Souza, o Visconde do Uruguay, enumerando os inconvenientes de entregar ao Judiciário as questões contenciosas administrativas; “a violação do princípio da separação dos poderes; a intervenção do ‘Poder Judicial’ na Administração; os embaraços, a cada passo, da Administração; a eliminação de sua responsabilidade, envolvendo-a com aquele outro Poder”²⁴⁵.

Significa dizer que a análise da divisão de poderes a ser desenvolvida no capítulo seguinte aponta justamente para a necessária evolução dos institutos em atendimento às necessidades da sociedade em função da qual o Estado tem o seu existir. Neste caso, do desenvolvimento das atividades da Administração, decorre a necessidade da Justiça Administrativa como um dos traços característicos da vida moderna.

²⁴¹ REALE, Miguel. *Por uma Constituição brasileira*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985. p. 50-51.

²⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 24. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero ALeixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo : Malheiros, 1999. p. 49.

²⁴³ *Ibid.*, p. 52. No mesmo sentido, ver : BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 13 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Malheiros, 2001. p. 221-222.

²⁴⁴ Na Constituição de 1946, art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual; na Constituição de 1967, art. 150, § 4º ; na Constituição de 1969, art 153, § 4º, de idêntica redação.

²⁴⁵ SOUZA, Paulino Soares de. *Ensaio sobre o direito administrativo*. v. 1. Rio de Janeiro, 1962, p. 81.

Francisco Sá Filho pondera que

não se pode dizer que ela tenda a se substituir ao Judiciário, nem a disputar a supremacia de qualquer dos poderes. Seu desenvolvimento independe mesmo da hegemonia do Executivo, embora se prenda à ampliação das funções do Estado. Na transformação do conceito político do poder, pela noção pragmática do serviço, a Administração e sua Justiça representam papel relevante. E a Justiça Administrativa, entre o Executivo e o Judiciário, constitui auxiliar precioso da missão de ambos²⁴⁶.

Para esse autor, dois fundamentos justificam a Justiça Administrativa: um, a prevalência do princípio da igualdade perante a lei que impera nas relações de Direito Privado e a preponderância do interesse geral, sendo a conciliação de ambos o propósito essencial da Justiça Administrativa; outro, a especialização funcional, ou seja, os conhecimentos técnicos necessários para a atuação no campo do Direito Público, de que geralmente falecem os Tribunais de Direito Comum²⁴⁷.

Deste modo, a proposta que se leva ao pensamento é a completa alteração do contencioso administrativo existente, inaugurando uma verdadeira jurisdição, galhardada pelas finalidades do processo administrativo, conforme expostos por Odete Medauar, de garantia jurídica dos administrados; de melhor conteúdo das decisões com a apresentação de provas e argumentos dos interessados; de legitimidade do poder pelas regras preordenadas do processo; do correto desempenho da função, pelo ensejo à consideração dos interesses e direitos co-presentes em determinada questão; da Justiça na Administração, pois o “processo administrativo direciona-se à realização da Justiça não só pelo contraditório e ampla defesa visto do ângulo do indivíduo mas também por propiciar o sopesamento dos vários interesses envolvidos numa situação”; de sistematização da atuação administrativa, ao racionalizar os atos administrativos e permitir o conhecimento do modo de exercício de funções administrativas, ao facilitar o controle do Administrado, da Administração e do Poder Judiciário²⁴⁸.

Refere-se, a citada autora, à alteração do atual contencioso administrativo, pois, como está posto, somente cumpre formalidades. Veja-se, o exemplo dos contribuintes, - desconfiados da Administração Pública, mesmo sendo os Conselhos paritários, batem às portas do Poder Judiciário, onde repetem as razões que fundam a pretensão, quase sempre desacolhidas na esfera Administrativa.

²⁴⁶ SÁ FILHO, 1959, op. cit., p. 247-248.

²⁴⁷ Ibid., p. 248.

²⁴⁸ MEDAUAR, 1999, op. cit., p. 186-187, passim.

A fim de se apontar a necessidade de desmistificação da jurisdição administrativa, deve-se considerar o preconceito de que é vitimada, fundado, como já foi dito, no dogma da unidade da jurisdição, e que vai buscar as suas raízes na desconfiança da Administração, que nada mais seria do que a ação direta do Poder Executivo sobre o Administrado, exercendo o seu predomínio em última instância. Em outras palavras, somente a unidade de jurisdição “protegeria” o Administrado dos abusos do Poder Executivo. Com essa lembrança se direciona a análise para o campo da separação dos poderes, matéria a ser abordada no próximo capítulo.

3 DIAGNÓSTICO PROPOSTO

A análise isolada do Poder Judiciário leva a um diagnóstico, senão de todo errado, parcial e equivocado, da crise do Judiciário.

A História comprova que a crise do Poder Judiciário é um círculo vicioso, diagnosticada como a morosidade da prestação jurisdicional em decorrência de questões do asoerramento dos juízes e dos tribunais em face do elevado número de processos e do insuficiente número de juízes, ou ainda, do desaparelhamento do Judiciário. As soluções apontadas foram consentâneas com o diagnóstico, quais sejam, o aumento de juízes e tribunais, inclusive mediante o provimento de cargos já criados e ainda vacantes, o aparelhamento do Judiciário com instalações adequadas e implantação dos meios da técnica moderna, especialmente da Informática, a alteração de normas processuais e a autonomia orçamentária e financeira do Poder Judiciário.

Ainda que as diversas Constituições brasileiras previssem a solução, por exemplo, com a criação de outros tribunais, isso não se verificou, pelo menos de forma oportuna e eficaz. Por quê? Pretende-se que a questão esteja radicada na ordem política, em função da grande dependência do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, especialmente ao Executivo, representando uma real bipartição do poder, somente corrigida pela Constituição Federal de 1988. Essa Constituição atendeu a vários pleitos sociais que seriam soluções para a crise, implantando uma nova estrutura do Poder Judiciário²⁴⁹, ao autorizar a criação de Tribunais e de Juizados Especiais para causas de menor complexidade e, especialmente, ao atribuir ao Terceiro Poder a autonomia financeira, orçamentária e administrativa, inclusive para o provimento de seus cargos²⁵⁰.

²⁴⁹ Especialmente com a criação do Superior Tribunal de Justiça, ao desafogar o Supremo Tribunal Federal e também os Tribunais Regionais Federais, ao instaurar uma segunda instância regionalizada para a matéria de competência da Justiça Federal, antes concentrada no extinto Tribunal Federal de Recursos.

²⁵⁰ Artigos 96 e 99 da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 também alterou o sistema processual, ao admitir diversas ações de inconstitucionalidade²⁵¹ e alargar a legitimação para a sua propositura a praticamente todos os setores da sociedade²⁵²; instituiu, também, a Defensoria Pública e arma o cidadão de diversas ações para buscar a concretização dos direitos previstos constitucionalmente, porém, isso tudo não resolveu o problema da crise do Poder Judiciário. Pretende-se, ainda agora, e sobremaneira, que a questão seja de ordem política. Adotar tal postura é mais uma volta no círculo vicioso que, apesar das boas intenções, não só não promoveu a realização dos objetivos, como também propiciou outros graves problemas, como o da ingovernabilidade. É claro que não se pode deixar de apontar a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, ao veicular uma Reforma do Poder Judiciário e introduzir alterações importantes, nomeadamente as controvertidas instituições da súmula vinculante e o controle externo do Poder Judiciário²⁵³. Medidas legislativas de regulamentação da Nova Ordem foram implantadas, mas ainda não todas, impossibilitando uma análise, por exemplo, de como será a atuação do órgão de controle externo do Judiciário, ou mesmo, como o STF desenvolverá as súmulas vinculantes. Quanto às últimas, certamente poderão reduzir a tal plethora de processos com que se afoga o STF, contudo a questão nodal certamente não estará resolvida, que é a questão política, em última análise, atinente à separação ou à alocação dos poderes.

Para a afirmação de que a questão é de ordem política, faz-se necessário verificar, mesmo que perfunctoriamente, as relações entre política e direito, para, após, da análise da realidade do Estado brasileiro pensar, ou repensar, na divisão dos poderes.

3.1 Política e Direito

A Constituição, para José Afonso da Silva, “é um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos

²⁵¹ Além da ação direta de inconstitucionalidade do artigo 36, III e IV e 102, I, a, a ação de inconstitucionalidade por omissão do art. 103, § 2º, a arguição de descumprimento de preceito fundamental do art. 102, § 1º e, por fim, a ação declaratória de constitucionalidade, hoje encampada no artigo 102, I, a, todos da Constituição.

²⁵² Especialmente o artigo 103, da Constituição, que legitima o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

²⁵³ Art. 103-A e 103-B da Constituição Federal de 1988.

fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado”²⁵⁴. Mais diretamente, Constituição é a “regulação das relações entre os governantes e governados, traçando os limites dos poderes do Estado e declarando os direitos e garantias individuais”²⁵⁵. Podemos concluir que a Constituição é, desta maneira, uma juridicização do poder e, com isso, o domínio do Direito sobre a Política? Ocorre ou deve ocorrer a supremacia do Direito sobre a Política? Ou, pelo contrário, ocorre a supremacia da Política sobre Direito e esse meramente instrumentaliza a Política?

O interesse deve centrar-se na verificação de aproximação e de afastamento de ambos os institutos – Política e Direito. Para essa verificação, colaciona-se a idéia de Julien Freund, que parte da definição ontológica de *político*, como uma das seis essências do homem, dimensões as quais ele necessita para a sua realização e sem as quais o homem não é homem, quais sejam, a religiosa, a artística, a científica, a econômica, a ética e a política. Tal colocação é feita, para provar que o Direito não é uma essência, como o político, mas que o político não se confunde com a Política, distinção necessária para a conclusão que fará de que o Direito é uma mediação entre a Política e a Ética.

A política, para o referido autor,

é uma atividade circunstancial, casual e variável em suas formas e em sua orientação, a serviço da organização prática e da coesão da sociedade. Isso significa a inteligência, a vontade e a liberdade do homem. É ela que dá à sociedade suas estruturas, suas formas; ela cria as convenções, as instituições, as leis e os regulamentos; que modifica as situações e permite ao homem adaptar-se às condições variáveis segundo o espaço e o tempo. O político, pelo contrário, não obedece aos desejos e às fantasias do homem, que não pode impedir ser ou não ser outra coisa que o que é”²⁵⁶.

E isto porque o político é uma essência do homem, que pratica a Política em sociedade como meio de realização²⁵⁷

²⁵⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 38.

²⁵⁵ SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do direito*. Rio de Janeiro : Rio, 1979. p. 89.

²⁵⁶ FREUND, Julien. *La esencia de lo político*. Trad. De Sofía Noël. Madrid: Nacional, 1968. p. 50. “la política es una actividad circunstancial, casual y variable em sus formas y em su orientación, al servicio de la organización práctica y de la cohesión de la sociedad. Esto significa la inteligencia, voluntad y libertad del hombre. Es ella la que da a la sociedad sus estructuras, sus formas; es ella la que crea las convenciones, las instituciones, las leyes y los reglamentos; la que modifica las situaciones y permite al hombre adaptar-se a las condiciones variables según el espacio y el tiempo. Lo político, por el contrario, no obedece a los deseos y a las fantasías del hombre, que no puede impedir ser o no ser otra cosa que lo que es”. Ver também: id., *Qu’est-ce que la Politique?* Paris : Éditions du Seuil, s/d. p. 137.

²⁵⁷ Ibid., loc. cit..

A Política, no pensamento de Julien Freund, não se subordina ao Direito. Critica a teoria kelseniana, segundo a qual o Direito é um conjunto de normas que comporta em si mesmo a sanção, de forma que o Estado não seria mais do que uma manifestação do direito e, portanto, o político seria subordinado ao Direito, não sendo uma essência. Justifica a crítica fazendo uma disjunção entre força e violência, afirmando que o Direito Positivo, tem a força e o Direito Natural, a violência, que não se confundem, porém constituem, a força e o Direito, “dois elementos fundamentais e necessários, permanentes e indestrutíveis da vida coletiva. (...) O Direito seria a norma de equidade e da concórdia, indispensáveis em uma comunidade, e a força ou coação, privilégio do poder político, seria o meio de estabelecer empiricamente uma ordem tão conforme quanto possível e às vezes contrária às normas do Direito”. Propugna que a coação concerne à execução da norma e não à norma propriamente dita²⁵⁸.

Toma, a pretexto, dois pontos preliminares sobre a constituição tardia do Direito em disciplina autônoma e sobre o equívoco inerente à noção de autonomia do direito, para propor a tese seguinte: o Direito é a dialética entre a Política e a Ética. Pressupõe, portanto, a preexistência da Política e da Moral como condição de possibilidade e que o Direito não se confunde com a Política e com a Moral. Enquanto o Direito for mediação, e conseqüentemente objeto de uma dialética, ele não é uma essência, ou seja, não há substância no Direito, ou ainda, o Direito é de ordem relacional²⁵⁹.

O mesmo autor coloca que não acredita em grandes objeções na relação entre o Direito e a Política, pois “ce n’est pas le juriste qui fait le droit, mais l’organo législatif politique”²⁶⁰.

Defende, ainda, que a Política e a Moral são condições existenciais do Direito, o Direito é indispensável à Política e à Moral, porque, sem ele, a Política seria uma “sucessão descontínua de decisões mais ou menos arbitrárias” e a Moral seria uma “pauta de obrigações e virtudes sem censura nem responsabilidade”, contudo o Direito não substitui a Política ou a Moral.

Na lição de Cezar Saldanha Souza Junior, o homem é um ser social que depende da relação com o outro para entender a si, a partir do outro e que, a fim de que o convívio social não acabe com o homem e vice-versa, é preciso uma ordem, uma estabilidade, uma

²⁵⁸ FREUND, Julien. *Qu’est-ce que la politique?* Paris : Éditions du Seuil. p. 138-142, passim.

²⁵⁹ FREUND, Julien. *Politique et impolitique*. Paris : Éditions Sirey, 1987. p. 285.

²⁶⁰ Ibid., p. 289.

segurança, as quais são visualizadas pela Política. Essa cria uma ordem: a segurança.²⁶¹ Para o autor, o Direito é “a ponte que interliga Ética e Política, respeitando a autonomia de ambas. O Direito vem a ser, em síntese, a *arte* ou a *techne* devotada à difícil e crucial missão de aproximar e harmonizar o ético e o político”²⁶².

3.1.1 A judicialização da Política e a politização do Direito: uma aproximação

O campo de ação da Política e do Direito deve ser respeitado para que não ocorra a degeneração de um ou outro, com sério prejuízo à democracia. O imperialismo do Direito causa a judicialização da Política e, como uma contrapartida, a politização da Justiça e impõe “o naufrágio da política e da Justiça. A Política e também o Estado, que é primeiro uma instituição política²⁶³, são muito mais que uma simples ordem jurídica. Para que o Direito possa cumprir o seu papel específico, é necessário que a Política e a Moral possam preenchê-lo. A sua confusão não é somente perniciosa, é absurda. O Direito define a Legalidade e a Ordem justa bem como as regras de comportamento externo; é incompetente nos antagonismos sobre a legitimidade política, por exemplo, ou sobre os conflitos de consciência”²⁶⁴.

A submissão do Estado ao Direito ocorre enquanto parte, pois “do mesmo modo aos órgãos do Judiciário compete julgá-la, (...) resta(ndo) vedado ao juiz interferir no *mérito* de ato próprio do outro Poder, entendendo-se aninhar-se neste conteúdo a própria expressão da vontade política de cada um, garantida pelo assentado princípio da separação e da independência dos Poderes do Estado”²⁶⁵.

O ato político não se sujeita ao controle do Poder Judiciário, como aponta Pedro Lessa, ao comentar o artigo 55 da Constituição Republicana de 1891 esclarecendo as funções do Poder Judiciário. O autor comenta que

o Poder Judiciário é o que tem por missão aplicar contenciosamente a lei aos casos

²⁶¹ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos*. São Paulo, USP, 2002 d. Tese para concurso de professor titular do Departamento de Estado – Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 29.

²⁶² SOUZA JUNIOR, 2002 d, op. cit., p. 33-34.

²⁶³ Porém, ao ser uma “instituição política”, pressupõe já a mediação do Direito.

²⁶⁴ FREUND, Julien. *Politique et impolitique*. Paris : Éditions Sirey, 1987, p. 289.

²⁶⁵ MOREIRA NETO, 1999, op. cit., p. 28.

concretos. A três se reduzem os principais caracteres distintivos do Poder Judiciário: 1º as suas funções são as de árbitro; para que possa desempenhá-las, importa que surja um pleito, uma contenda; 2º só se pronuncia acerca de casos particulares, e não em abstracto sobre normas, ou preceitos jurídicos, e ainda menos sobre princípios; 3º não tem iniciativa, agindo – quando provocado, o que é mais uma consequência da necessidade de uma contestação para poder funcionar²⁶⁶ (sic).

Ocupa-se, o Poder Judiciário, desta forma, de questão jurídica e não política, que é própria do poder discricionário²⁶⁷.

O controle de constitucionalidade então adotado, seguindo o modelo americano, era apenas o controle difuso, o qual, longe de almejar a supremacia do Poder Judiciário, através de controle do Poder Legislativo e do Executivo, era, em verdade, o controle da legalidade em defesa da supremacia da Constituição.

Entretanto, a Constituição de 1934, especialmente com a introdução do mandado de segurança e da ação popular - ambas as ações dirigidas contra ato de autoridade -, sendo o pressuposto da segunda a lesividade do ato, levando o Judiciário a passar a apreciar o mérito das decisões governamentais²⁶⁸, prenunciou o afrouxamento da doutrina da separação dos poderes em sua formulação ortodoxa em direção à concepção da interdependência e recíproco controle entre os Poderes do Estado²⁶⁹ até a sua desfiguração pela politização de que foi vítima pela Constituição de 1988.

A politização do Direito vem juntamente com o Estado Social e conjuga-se, no caso brasileiro, com a manutenção do modelo político original de alocação de poderes, com o predomínio do Presidente da República, muitas vezes descambando para a ditadura e, presentemente, confiando o controle da “mediação política no embate entre dois Poderes legitimados pelo voto (...) ao Poder Judiciário²⁷⁰”.

Neste aspecto, a mediação política em função das divergências de finalidade desse Estado Social com o antecessor Estado Liberal e a manutenção do mesmo agenciamento de poderes, propicia a incongruência entre a Constituição escrita e a real. Consigne-se a lição de Cotrin Neto, no sentido de que a “Constituição é (...) uma estratificação jurídica da realidade institucional, (e) que as Constituições só serão válidas quando correspondentes às instituições políticas consagradas, quando atendem ao acervo de experiências sociais ou possam alicerçar

²⁶⁶ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915. p. 1.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 59.

²⁶⁸ MOREIRA NETO, 1999, op. cit., p. 28.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 29.

²⁷⁰ GRINOVER, 1990, op. cit., p. 17.

novas instituições políticas viáveis”²⁷¹, eis que provocam o reconhecimento da sociedade e a sua conseqüente aceitação. Dir-se-ia mais, que o atendimento ao “acervo de experiências sociais” logicamente vai desembocar como condição de legitimação de uma ordem política e jurídica, sendo verdadeira a assertiva inversa, de deslegitimação e de crise da ordem político-jurídica, causada pela ausência de previsão legal de instituições consentâneas com as expectativas sociais e com as finalidades do Estado.

Mário Pimentel de Albuquerque observa:

a questão relativa aos fins do Estado é de importância capital para a configuração ideológica do ordenamento jurídico, pois que dela depende o caráter das relações jurídicas estabelecidas entre o Estado, de um lado, e o indivíduo e a sociedade, e de outro; é de natureza eminentemente política, configurando, portanto, objeto de deliberação *constituente*, quando a Nação, a partir de uma perspectiva pré-jurídica, opta por valores fundamentais que, traduzidos em fórmula política, passam normalmente a integrar uma Constituição escrita²⁷².

Para a verificação emblemática do problema das instituições, ponha-se a matéria subjacente à análise de Cotrim Neto, sobre o Estado de Direito em face da Constituição do Brasil de 1967. Ponderando a questão das distintas origens do Estado de Direito (liberal) e do Estado Social, em que “o primeiro emergiu das lutas da burguesia contra o Estado e o segundo das lutas que a sociedade industrial fez desencadear contra o mesmo Estado”²⁷³ decorrendo disso finalidades opostas: “(...) um fundamentalmente abstencionista e outro essencialmente intervencionista”. O referido autor assentou que, com a Constituição de 1967 veio “o brotar caudaloso das leis materiais ao exterior da fonte do Poder Legislativo”, acelerando “a crise do Estado Constitucional e, como vimos, do próprio Estado de Direito”. Concluiu que “é mister o encontro da fórmula que possibilite conciliação dos extravasamentos

²⁷¹ COTRIM NETO, A. B. A crise do Estado de Direito e a Nova Constituição do Brasil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 224, p. 12, 14, out./nov./dez.1968. Cotrim Neto fala sobre o 7º Congresso Nacional de Filosofia do Direito, ocorrido em Roma, de 31 de outubro a 4 de novembro de 1965, com um dos temas denominado “Direito e Poder”, que estaria resumido, juntamente com o I Congresso de Doutrina do Estado, com o tema central sobre o deprecimento do Estado Moderno, na *Rivista Internazionale di Filosofia Política e Sociale* dirigida por Lorenzo Caboara (Gênova, ano X, série III, 2º e 3º fascículos, abr.set.1966), em escritos de Massimo Corsale (p. 251-260) e do próprio Caboara (p. 113-138), sendo que o trabalho desse último se apresentou exatamente com o título – “A agonia do Estado Moderno”.

²⁷² ALBUQUERQUE, Mario Pimentel. *O órgão jurisdicional e a sua função* : estudos sobre a ideologia, aspectos críticos e o controle do Poder Judiciário. São Paulo : Malheiros, 1997. p. 116.

²⁷³ “O Estado de Direito visa à proteção da vida, da liberdade e da propriedade do indivíduo; o Estado Social objetiva a segurança da existência, do pleno-emprego e da força do trabalho das camadas sociais socialmente menos suficientes. Desses contrastes resulta que, enquanto o Estado de Direito visa proporcionar a garantia de certos direitos inerentes à liberdade e à propriedade, pela redução de seus poderes intervencionistas, o Estado Social, ao contrário, tem fortalecida sua intervenção, no concernente à liberdade e à propriedade, tanto quanto se faça necessária para a garantia da existência do pleno-emprego e da força do trabalho”. HUBER, apud COTRIM NETO, 1968, op. cit., p. 17.

do Poder Executivo, com as exorbitâncias de seus poderes de polícia e regulamentares, e do tardigradismo do Poder Legislativo”²⁷⁴.

Isto significa que a Constituição do Estado Social, impondo ao Estado o dever de prover inúmeros direitos ao cidadão, como as condições de emprego e a Previdência, gera a necessidade de ações expeditas por parte do Governo, colocando-se aí um problema elementar: o Estado Social manteve o mesmo agenciamento de poderes do Estado Liberal, acarretando uma paralisia na atuação governamental, que acaba por enveredar ou para a ingovernabilidade ou para a supremacia incontestável do Poder Executivo encarnado no Presidente da República, porque, “mais cedo ou mais tarde, o Executivo rompe as barreiras da separação e aberta ou disfarçadamente legisfera. Mesmo porque, com o surgimento dos modernos partidos políticos, tende ele a concentrar a cúpula do partido ou da coalizão majoritária”²⁷⁵, lembrando uma caricatura de um gabinete de Parlamentarismo.

Por outro lado, o Poder Judiciário é chamado não apenas para aplicar a lei aos casos contenciosos mas, por vezes, até a integrar o ordenamento jurídico e buscar a implementação de programas estatuídos pela Constituição, desta maneira, imiscuindo-se em tarefas políticas, como se verá. O desenvolvimento da declaração de inconstitucionalidade, (introduzida pela Constituição de 1934 e também a de 1946), devotada ao tema da intervenção federal em Estados, por inobservância dos “princípios constitucionais da União”, culminou com a previsão constitucional da ação direta de inconstitucionalidade, introduzida pela Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965. Mesmo que adotada por medida mais de ordem prática, qual seja, de obviar as decisões que, pelo controle difuso são contraditórias e levam anos para chegar ao Supremo Tribunal Federal, causando insegurança jurídica, restou introduzida a “convivência”, em uma mesma ordem político-jurídica, do controle difuso, de origem americana, país de *Common Law* e do concentrado, de origem romano-germânica. Tal convivência vem sendo mantida pelas Constituições que se seguiram.

A esse acervo de ações de cunho político, somou-se a competência do Poder Judiciário à do Tribunal Superior Eleitoral, de registro e cassação dos partidos políticos e também dos deputados federais e estaduais, dos senadores e dos vereadores, por infidelidade partidária; por fim, com a lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, a ação civil pública, pela qual se ataca a própria atuação estatal²⁷⁶.

²⁷⁴ Ibid, p 19.

²⁷⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e governabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 45.

²⁷⁶ Id. Poder Judiciário na Constituição de 1988 judicialização da Política e politização da Justiça. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 198, p. 6-7, out./dez. 1994.

3.1.2 A judicialização da Política e a politização do Direito na Constituição de 1988

Com a Constituição de 1988, o quadro se aprimorou ao máximo, colocando nas mãos do Poder Judiciário a atividade de controle da Administração Pública, tendo em vista os interesses individuais e também o interesse geral – ocasiona-se, desta forma, uma politização da Justiça.

No desenvolvimento das preexistentes ação popular e ação civil pública, o campo de valores protegidos alarga-se, passando a primeira a proteger também a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII); a segunda, atribui ao Ministério Público a competência para defender interesses difusos e coletivos. Some-se a isso a invenção do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), atribuindo legitimidade ativa a partido político que tenha representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano. Embora a Constituição não estabeleça o objeto, deve decorrer de direito líquido e certo de uma coletividade em face de ato de autoridade, guardando, portanto, verossimilhança com o mandado de segurança individual. É mais uma ação, engrossando o arsenal do panótipo cujo centro é o ato político.

Na abalizada lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “isto significa que as decisões administrativas sobre todas essas questões estão sujeitas ao crivo do juiz - e do juiz de primeira instância, sempre mais jovem e ousado. Nestas decisões muito pequena é a orientação da lei. Quando existe, o mais das vezes o faz por meio de conceitos indeterminados: economicidade, moralidade, legitimidade, etc., que cada um pode ler como quer (...), decorrendo daí uma vasta margem de discricção para o juiz, margem de discricção do juiz inexistia, e inexistente, quando se trata de aplicar normas precisas nos seus conceitos e fatos objetivamente demonstráveis. Inegavelmente ela ocorre em questões para as quais não existe resposta "certa" e sim *alternativas de política*” (Grifo nosso)²⁷⁷.

Além dessas alterações pontuais, o quadro de ações de controle concentrado de constitucionalidade foi ampliadíssimo, como já foi anotado, sendo às decisões de todas as ações do elenco atribuído o efeito *erga omnes*. A par do controle por ação direta para fins de intervenção (art. 36, IV, CF) e da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, a, CF), acresceu-se a ação de inconstitucionalidade por

²⁷⁷ FERREIRA FILHO, 1994, op. cit., p. 12.

omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, com ampliação também dos legitimados, antes adstrita ao Procurador-Geral da República, hoje estendida a titularidade ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa de todas as Assembléias Legislativas, a todos os Governadores de Estado, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e a todas as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional (art. 103).

O referido autor afirma que não é de se estranhar que perante o STF estejam em curso presentemente mais de um milhar de ações diretas de inconstitucionalidade²⁷⁸. Além dessas, a introdução da ação direta de constitucionalidade, com idêntica legitimação para a Adin, e que funciona como um contraveneno do controle incidental ou difuso, que permanece no nosso sistema. Desta maneira, quando as decisões nas ações individuais ou coletivas, proferidas por juízes de primeiro grau, cada um ao seu sabor, declararem a inconstitucionalidade de lei ou de to normativo argüido em exceção, causando insegurança jurídica, poderão os legitimados provocar a estabilização do sistema mediante a ação direta de constitucionalidade, que irá antecipar a decisão de todos os processos em curso que discutam a matéria, em face do efeito *erga omnes e “vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”* (art. 102, § 2º, CF) – grifo nosso.

À já mencionada ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), pode-se aproximar o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), a saber, o primeiro, para a declaração de "inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional"; o segundo, a tornar possível o exercício de "direitos e liberdades constitucionais", inviabilizado por falta de norma regulamentadora. A consequência lógica seria dar ao tribunal o poder de regular a matéria ou suprir a lacuna, por meio da edição de norma, tornando-o um legislador positivo. entretanto o Supremo Tribunal ainda não enfrentou essa novidade e limita-se, no primeiro caso, a notificar o Congresso sobre a omissão.

Já a ação direta de inconstitucionalidade, e a ação direta de constitucionalidade tornam o STF um *legislador negativo*. Tudo isso constitui, na conclusão de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a *justicialização do fenômeno político e, por contrapartida, a politização da Justiça*. “O aspecto bem visível disto está no fato de que, hoje, há magistrados que notoriamente guiam seus votos pela "opinião pública", o que realmente significa dizer pelos meios de comunicação de massa”. A politização da Justiça seria pretendida pelos que querem o

²⁷⁸ FERREIRA FILHO, 1994, op. cit., p. 9, *passim*.

controle externo do Judiciário, “no sentido de reclamar, e impor, aos juízes e tribunais, um padrão politicamente correto de decisão. Evidentemente não é outra coisa que poderá resultar da ação de órgão político de controle, controlando, perdoe-se o pleonasmo - no sentido forte, um órgão, em princípio, imparcial”²⁷⁹.

Em todos os casos, haverá ainda a súmula vinculante, introduzida pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que claramente termina por autorizar o Supremo a proferir normas abstratas e gerais.

Parte da doutrina, como já visto, coloca-se contrariamente ao controle externo em face da separação dos poderes, pois concentraria nas mãos do “Executivo ou Legislativo não só o governo da Magistratura senão também a própria vida funcional do juiz (nomeação, promoção, afastamento, aposentadoria e outros), que, estando diretamente subordinado ao poder político, pouco ou nenhuma independência teria para decidir questão contra os seus interesses. Promover a concentração de poderes significa transferir as funções de um para outro poder²⁸⁰. Talvez seja uma forma inconsciente ou cabocla para solucionar a questão da alocação dos poderes, que, como se sabe, foi introduzida no nosso sistema pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004.

Ada Pellegrini Grinover reconhece o fenômeno da politização do Judiciário, porém faz uma leitura completamente diversa. Segundo esta autora, a Constituição teria forjado um Executivo, um Legislativo e um Judiciário fortes. “Ao primeiro atribuiu a competência legislativa forte de editar medidas provisórias; ao segundo aumentou os poderes de controle e de fiscalização, permitido-lhe emendar qualquer projeto do Executivo, inclusive as próprias medidas provisórias, instrumentos e competências próprias ao Parlamentarismo, porém, mantido o Presidencialismo”.²⁸¹ A Constituição de 1988 também teria forjado um Judiciário forte, para funcionar como árbitro dos embates entre Executivo e Legislativo. O papel seria desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, que, “apesar de sua composição”, estaria mais próximo do modelo das Cortes Constitucionais dos regimes parlamentaristas, e não mais do modelo americano, sendo-lhe reservado “explicitamente um papel eminentemente político ao Judiciário, até quando o desenhou como novo árbitro de conflitos coletivos, de massa, e por isso mesmo, políticos”²⁸². Cabe, aqui, uma indagação: será que o STF, na forma como está posto na Constituição, pode alcançar essa *performance*?

²⁷⁹ Ibid., p. 09-16, *passim*.

²⁸⁰ ALBUQUERQUE, 1997, op. cit., p. 200.

²⁸¹ GRINOVER, 1990, op. cit., p. 14.

²⁸² Ibid., p. 17.

De fato, a Constituição de 1988 foi a que maior número de normas programáticas adotou, e, juntamente com elas, apelou para as garantias de efetividade das suas normas, mediante as ações de que instrumentou quase toda a sociedade através de seus corpos intermediários. A explicação para esse fenômeno seria

a percepção inconsciente de que no Brasil a política de todos não tem sido capaz de enfrentar e resolver os múltiplos problemas que afetam a sociedade brasileira, (...) Na verdade, o Direito não pode substituir a Política. Se o Constituinte, ele próprio, não pode resolver os nossos problemas de uma penada, menos ainda pode obrigar quaisquer dos poderes constituídos, ou os três, a resolvê-los. (...) Se a política desenvolvida pelo Governo e pelo Congresso não puder resolvê-los, menos condições terá o Poder Judiciário, cuja função é de outra natureza, além de carecer dos meios e da legitimidade para essa tarefa²⁸³.

O evidente fenômeno da politização da Justiça e da judicialização da Política produzido pela Constituição de 1988 termina por prejudicar os seus próprios fundamentos, pois mina a democracia. Verifica-se o atendimento de direitos sem o desenvolvimento institucional correspondente. A origem disso é a falta de coragem para alterar a morfologia do poder, que continua configurando institutos do Parlamentarismo dentro da camisa-de-força do Presidencialismo. Uma passada de olhos pela teoria da separação dos poderes²⁸⁴ e seu evoluir histórico, demonstrará a correção da proposição.

3.2 A alocação dos Poderes Políticos

As teorias de divisão dos poderes surgem da observação da sociedade inglesa. Em um dado momento histórico, Locke teoriza a bipartição de poderes, em função da verificação da existência ou do surgimento de duas forças em equilíbrio, ambas com funções distintas. Em

²⁸³ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre : Sagra Luzatto, 2002 b. p. 87-88.

²⁸⁴ Para Karl Loewenstein, Lo que em realidad significa la así llamada “separación de poderes”, no es, ni más ni menos, que el reconocimiento de que por una parte el Estado tiene que cumplir determinadas funciones – el problema técnico de la división del trabajo- y que, por otra, los destinatários del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos: la libetad es el *telos* ideológico de la teoria de la separación de poderes. La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que corrientemente, aunque erroneamente, se suele designar como la separación de los *poderes* estatales, es em realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado. El concepto de “poderes”, pese a lo profundamente enraizado que está, debe ser entendido em este contexto de uma manera meramente figurativa”. Por estas razões “preferirá la expresión “separación de funciones” a la de “separación de poderes”. Ver: LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitucion*. Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona : Ariel. 1976, p. 55-56.

outro momento histórico, pode-se dizer mais adiantado ou evoluído, ou simplesmente mais consentâneo com aquela realidade, Montesquieu teoriza a tripartição dos poderes, que alça o mundo civilizado ocidental, colocando-se nas Constituições que se seguiram às Revoluções Americana e Francesa. Na mesma linha de pensamento, sobreveio Benjamin Constant, que teoriza a tetrapartição dos poderes e com Kelsen e Weber a pentapartição, culminando, nas últimas décadas, com a hexapartição dos poderes, obra também de Kelsen e, no nosso País, de Cezar Saldanha Souza Júnior.

O Brasil estancou na tripartição de poderes. O motivo da permanência no mesmo modelo de agenciamento do século XVIII é a sede de poder, consistente no “pacto liberal oligárquico”, subjacente à República de 1891, ao se adotar o Presidencialismo, simplesmente destruindo o Parlamentarismo que penosamente se estabeleceu no Império²⁸⁵.

Na lição de Paulo Bonavides, “a subitaneidade do golpe republicano cortara na raiz o processo evolutivo do parlamentarismo imperial. O próprio Rui externou depois certa amargura por haver sido o artífice de tão profunda mudança, da qual todavia só nos restaram golpes de Estado, ditaduras, sedições e desrespeito à ordem constitucional”²⁸⁶. Insistindo no modelo presidencialista, nosso País não aproveitou as cruzadas parlamentaristas de Agamenon Magalhães²⁸⁷, de Raul Pilla²⁸⁸, de Miguel Reale, essa última, iniciada em 1946; continuou em 1961, na defesa da Emenda Constitucional n. 4, de 2 de setembro de 1961, que instituiu o efêmero sistema Parlamentar²⁸⁹, e propugnou a adoção do sistema parlamentarista pela Constituição de 1988²⁹⁰. Quanto à Constituição de 1988, também desatendeu a lição de constitucionalistas²⁹¹, resistiu à proposta de revisão constitucional do Instituto de Estudos Empresariais, redigida por comissão de constitucionalistas coordenada por Ives Gandra da Silva Martins²⁹² e finalmente consagrou o Presidencialismo em plebiscito que atendeu ao

²⁸⁵ BONAVIDES; ANDRADE, 2004, op. cit., p. 258.

²⁸⁶ BONAVIDES; ANDRADE, loc. cit.

²⁸⁷ A emenda do projeto da Constituição de Agamenon Magalhães, de 2 de dezembro de 1933, delineava a implantação do sistema parlamentarista e, na justificativa, execrou o sistema presidencialista em face da experiência brasileira: “Se não podemos mudar os homens, devemos então buscar outra forma de governo, que se ajuste à nossa cultura e hábitos democráticos”. Ibid., p. 311.

²⁸⁸ Projeto de Emenda n. 4, de 29 de março de 1949. Ver: PILLA, Raul; MELLO FRANCO, Afonso Arinos de, *Presidencialismo ou Parlamentarismo?* Rio de Janeiro : José Olympio, 1958.

²⁸⁹ “... devo declarar que há muitos anos fiz a minha profissão de fé parlamentarista”. REALE, Miguel. *Parlamentarismo brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1962. p. 3., 17-27.

²⁹⁰ Id., 1985, op. cit, p. 31-35.

²⁹¹ Ver: BONAVIDES; ANDRADE, 2004, op. cit., p. 503.

²⁹² Compuseram a comissão: Celso Ribeiro Bastos, Cezar Saldanha Souza Junior, Edvaldo Pereira Brito, Elony Cerezer Martins, Ives Gandra da Silva Martins, José Alfredo Baracho, José Cretella Junior, Nicolau Frederes, Oscar Dias Corrêa e Paulo José Kolberg Bing. MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Brasil livre: proposta de revisão constitucional*. Porto Alegre : Ortiz : IEE, 1993.

artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, marcado para 7 de setembro de 1993, antecipado para 21 de abril de 1993, por força da Emenda Constitucional n. 2, de 25 de agosto de 1992.

Em suma, o que se verifica na história, é que os modelos políticos foram elaborados a partir da verificação da *organização política* em uma determinada sociedade, sendo teorizada como paradigma para a construção de uma sociedade mais justa e democrática, guardados a esses termos o sentido ou a amplitude históricos. Ocorria no nosso País condições para a mudança, pois a realidade estava a demonstrar, e ainda está, a necessidade de alteração nessa equação que nada mais visa que a proteção do Estado Democrático de Direito.

3.2.1 *Breve esboço histórico da alocação dos poderes políticos*

Analisando a História, Cezar Saldanha Souza Junior comenta o enlace entre a Política e o Direito, sendo esse a cristalização daquela. A política veio se concretizando por meio da construção de distintos sistemas de governo, assim entendido o modo como se reparte funcionalmente o poder político e se inter-relacionam os seus órgãos e onde se verifica a evolução do sistema de poderes²⁹³, ou seja, o modo como o poder soberano divide-se em órgãos constitucionais autônomos, comumente denominado de separação dos poderes. Tal separação dos poderes, desenvolve seis estágios ou fases, que se resenha abaixo, com base na obra do citado autor, por sua propriedade e clareza.

A primeira fase pertence ao século XVI, na Inglaterra. Diz respeito ao Executivismo absoluto, ou Absolutismo. O poder concentra-se na pessoa do Rei. A causa foi “a evolução do Reino Feudal para a nacionalização, no sentido de formação de um corpo nacional, da nacionalização da política, causa e consequência da institucionalização do público, da nacionalização das populações, dos territórios, da economia e da cultura”²⁹⁴. Esta fase, da concentração do poder, teve em Jean Bodin seu mais influente pensador, “teorizador político e arquiteto institucional da soberania”, elemento de unificação do poder, como produto da necessidade da época e alavanca utilizada pelos estadistas para a unificação, a soberania

²⁹³ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder*. Uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo : Memória Jurídica Editora, 2002 c. p. 134.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 31.

absoluta e indivisível que, de pronto apresentou a compossibilidade jurídica entre a indivisibilidade do poder em essência e a divisibilidade em seu exercício - o governo -, pelo exercício de funções políticas contidas na soberania por órgãos institucionalmente separados, o que propiciou o início da divisão de poderes, embora ocorresse a concentração original de todas as funções no Poder da Coroa²⁹⁵.

A divisibilidade do exercício do poder encontra-se, na Monarquia mista, “como esquema constitucional para um substrato composto pelas “potências” rei, nobreza, representantes do povo”, não para dividir o poder unitário do Estado, mas, ao contrário, surge “da exigência de compor numa unidade política as diversas ordens pré-existentis”²⁹⁶.

A segunda fase pertence ao século XVII, ano de 1688, na Inglaterra. Tem-se, aqui, o Executivismo arcaico. Com a Revolução Gloriosa, sacramentou-se a vitória do Parlamento, com a conquista definitiva da função deliberativa legislativa, primeira função política a sair das mãos da Coroa para o “órgão coletivo autônomo de representação da sociedade”, cujos poderes sociopolíticos vinham do Medievalismo como fruto de sua permanência no “demorado processo de nacionalização, centralização e institucionalização do público – concluído com a preponderância do Rei”, mas em torno do Rei em Parlamento (*King in Parliament*). A bipartição dos poderes tem como teorizador John Locke, que analisa o Poder Legislativo como função, “o direito de elaborar leis para dirigir a soberania da República na preservação da comunidade e de seus membros”, exercida por órgão de representação da sociedade, distinto do poder do Rei, que manteve a cumulação de todas as funções com caráter de execução. É o chamado Poder Executivo Arcaico²⁹⁷.

Nuno Piçarra analisa que a divisão do exercício do poder construída na Monarquia mista ou na constituição mista inglesa deixa o caráter de “exigência jurídico-liberal do primado da lei, da igualdade perante a lei e da segurança jurídica”, para tomar contornos políticos quando colocada a “serviço da exigência democrática da supremacia do legislador eleito, representante da vontade coletiva”, tratando de excluir o Executivo como poder governativo da cotitularidade do Poder Legislativo, que compete apenas à assembléia como representante do povo²⁹⁸.

²⁹⁵ SOUZA JUNIOR, 2002 c, op. cit., p. 36-38, passim.

²⁹⁶ PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra : Coimbra Editora, 1989. p. 43.

²⁹⁷ SOUZA JUNIOR, 2002 c, op. cit., p. 44-52, passim.

²⁹⁸ PIÇARRA.. 1989, op. cit., p. 57-58.

A terceira fase refere-se ao século XVIII, envolvendo os anos de 1702 a 1714, na Inglaterra. Institui-se a tripartição dos poderes pelo Ato do Estabelecimento de 12 de junho de 1701, que determinou a permanência dos juízes nos respectivos cargos enquanto cumpridores zelosos de seus deveres funcionais, com vencimentos certos e fixados por lei e “somente poderiam ser afastados de seus postos por decisão de ambas as Casas do Parlamento. Além disso, as declarações de *impeachment* pelos Comuns foram retiradas do alcance do perdão real. Nascia no Ocidente – com essa autêntica certidão – o Judiciário como poder independente”²⁹⁹.

Cristalizada na doutrina de Montesquieu, a tripartição de poderes recebeu inicialmente a separação funcional, em que “cada função seria atribuída a cada órgão da forma a mais especializada possível. E os poderes deveriam estar separados *organicamente*: os órgãos deveriam ter independência recíproca, equipotência, em um radical pé de igualdade. Separação orgânica e separação funcional criariam um círculo de causação circular, de que resultaria uma ordem política com liberdade e concórdia”, o que equivaleu e impossibilitou a hierarquização dos poderes e incorreu na omissão de um poder existente na realidade teorizada, que seria um poder unificador, ou, como refere Souza Junior, “um poder e uma função, capazes, *em ato*, de *presentar* a unidade do Estado e *fechar a abóbada* da sociedade política, e capazes, *potencialmente*, de exercer a *prerrogativa*, ou como se dizia, um poder discricionário para o bem comum mais elevado, quando fosse necessária uma atuação política vital de última instância”³⁰⁰.

No trinômio legislativo, executivo e judicial, Montesquieu pretendeu inserir a totalidade das funções estaduais, “de natureza integralmente jurídica e não política”. Enquanto “em Locke, o poder federativo e o poder de prerrogativa³⁰¹ apresentam caráter híbrido, Montesquieu reduz o primeiro à atividade meramente executiva, “a execução da lei que estatui sobre tudo aquilo que depende do Direito Internacional” e desconhece o poder de prerrogativa³⁰².

²⁹⁹ SOUZA JUNIOR, 2002 c, op. cit., p. 53.

³⁰⁰ Ibid., p. 59.

³⁰¹ Conforme Nuno Piçarra, o Poder Federativo compreende “o direito de fazer a paz e a guerra, celebrar tratados e alianças e conduzir os negócios com pessoas e comunidades estrangeiras” e o Poder de Prerrogativa, que na definição de Locke, é “*the power of doing public good without a rule*”, em circunstâncias imprevistas e excepcionais, não podendo, por isso, estar integralmente prevista em Lei, podendo ser levada a termo fora ou mesmo contra as prescrições legais, porém de competência normativa eventual e limitada, passível de revogação, modificação ou substituição pelo corpo legislativo. Tanto o poder federativo como o de prerrogativa e o Executivo, devem estar confiados a uma mesma pessoa, o príncipe. PIÇARRA, 1989, op. cit., p. 73-74.

³⁰² Ibid., p. 57-58.

Entretanto, com essa omissão de um “Poder Moderador”, existente na realidade inglesa, a doutrina da tripartição dos poderes difundiu-se, primeiramente na América, com a Constituição de 1787, tendo os americanos ‘inventado’ a figura do Presidente em substituição da figura do Rei e temperado a separação dos poderes com a teoria dos *checks and balances*. Essa teoria, embalada pelo progresso da civilização norte-americana, ajudou a difundir no mundo todo a doutrina de Montesquieu, servindo de modelo para a organização de vários países como para a Constituição Francesa de 1791 e 1795, a Constituição de Cádiz, na Espanha (1812) e a Constituição de Portugal de 1822; posteriormente, com a independência de vários países da América Latina, foi consagrada pela quase totalidade dessas nações, inclusive pelo Brasil, em 1891³⁰³.

No Brasil, seguindo o modelo norte-americano, como já foi dito, foi aplicado o conceito de divisão dos poderes. A Constituição de 1981 “deu prevalência ao conceito da independência dos diversos ramos do governo, sem contudo aplicá-lo de modo absoluto, e, quanto à distinção dos poderes, confiou principalmente, mas não exclusivamente, o exercício de cada uma das funções a cada um daqueles ramos”, o que ficou configurado no artigo 15: São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”. O conceito de harmonia dos poderes repetiu-se na reforma de 1926, porém as diversas disposições constitucionais acabaram por dar maior ênfase ao caráter de independência³⁰⁴.

No ensinamento de Cezar Saldanha Souza Junior, a maior contribuição da tripartição dos poderes, juntamente com o Estado Liberal Clássico em que foi forjada, foi a viabilização da Supremacia do Direito, “especialmente a independência dos Juízes frente ao Poder Executivo e frente ao Poder Legislativo”, acrescida que foi de outras duas invenções: a) o Direito Constitucional e b) das técnicas de controle constitucional da Administração e, após, o controle de constitucionalidade das leis³⁰⁵. “A tripartição do século XVIII nos legou o Poder Executivo Clássico, que acumula, no mesmo órgão, as funções de Estado, Governo e Administração”³⁰⁶.

Com a Revolução Industrial e todas as obras dela decorrentes, como o surgimento do operariado e centros urbanos, vieram as necessidades sociais, anteriormente impensadas, as

³⁰³ SOUZA JUNIOR, 2002 c, op. cit., p. 61-62, *passim*.

³⁰⁴ LEAL, Victor Nunes. A divisão dos poderes no Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Direito Administrativo* n. 4, p. 406-407, abr. 1946.

³⁰⁵ SOUZA JUNIOR, 2002 c, op. cit., p. 62.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 63.

quais reclamavam “ações do poder público, muitas de natureza prestacional, atingindo área da vida pessoal e social, que estavam fora do âmbito da política. Principiava a surgir, paulatinamente, uma nova função política, que Montesquieu não podia ter previsto: *a função ‘governamental’ moderna*”³⁰⁷.

A primeira solução foi tornar eletiva e temporária a chefia de Estado, ou seja, republicanizar a Monarquia³⁰⁸, atitude que já haviam tomado os americanos. A solução, no entanto, não é profícua, já que a essência do problema subsiste, qual seja a cumulação das funções de chefia de Estado e a de Governo em uma só pessoa, conquanto a primeira necessite de imparcialidade e a segunda, de um político³⁰⁹.

A quarta fase diz respeito ao século XIX, aos anos de 1801-1831, na Inglaterra. Tem-se, aqui, a tetrapartição dos poderes. Novamente foi o Reino Unido o berço da criação de uma nova instituição – O Gabinete ou Conselho de Ministros, que recebeu a função de governo e a responsabilidade política perante o Parlamento, órgão representativo da sociedade. “Nascia, assim, um *quarto poder político*: o poder governamental moderno”, que evoluiria para uma escolha democrática pelo eleitorado, embalado pelo desenvolvimento dos partidos³¹⁰. Era a tetrapartição dos poderes, teorizada por Benjamin Constant, em 1814, que descobria o *pouvoir ministériel*, denominado por Souza Junior de *função governamental*, entendendo por *governança* “o campo das iniciativas que visam a realização ativa do bem comum específico da sociedade; vale dizer, das ações políticas que tocam os interesses conflitantes dos setores, grupos e regiões em que se divide a comunidade, visando ordená-los ao bem comum – um poder novo, original, autônomo na esfera de sua competência”, ao mesmo tempo, clarificou “a natureza neutra, imparcial e magistral do poder político remanescente de última instância” que “revela todo o seu alcance de última instância e de fecho da organização política: “*Le pouvoir royal est, em quelque sorte, le pouvoir judiciaire des autres pouvoirs*”³¹¹.

Na exposição de Jorge Miranda, porque os três Poderes consagrados pela Revolução Francesa “poderiam dar lugar a conflitos e paralisar-se, CONSTANT preconiza um quarto poder, dirimidor de conflitos, um poder de equilíbrio que arbitraria os litígios entre os outros

³⁰⁷ SOUZA JUNIOR, 2002 c, op. cit., p. 64.

³⁰⁸ Ibid., p. 65.

³⁰⁹ Ibid., p. 66.

³¹⁰ SOUZA JUNIOR, 2002 c, op. cit., p. 69-70, *passim*.

³¹¹ Ibid., p. 75-78, *passim*.

poderes de Estado, que poria em funcionamento a máquina estadual ou evitaria que ela ficasse paralisada”³¹².

Trata-se do Parlamentarismo de equilíbrio entre o Poder Executivo e Legislativo, que, ao ser rompido, “restabelece-se pelo apelo aos eleitores, os quais, pelo direito de dissolução que pertence ao Chefe de Estado, resolvem o conflito entre os dois poderes”³¹³.

A tetrapartição dos poderes proporcionaria estabilidade ao constitucionalismo liberal. “A chefia de Estado – verdadeiro poder político, superior aos demais, imparcial e partidariamente neutro – garantiria o equilíbrio entre os poderes e cumpriria um papel de árbitro entre eles. O poder ministerial, responsável perante o chefe de Estado e o Parlamento, dirigiria a política geral do país e comandaria a administração. Estava assim lançado o *avant la lettre*, para os Estados de Constituição escrita (...)”³¹⁴.

O Brasil reconheceu, na Constituição do Império, quatro poderes políticos: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial, declarando-os divididos e harmônicos, conforme o cânone da segurança dos direitos individuais elementares da doutrina liberal. Contudo, o Poder Moderador, de alto relevo constitucional, foi colocado nas mãos do Imperador, juntamente com o Poder Executivo, que veio a afirmar o “incontrastável ‘poder pessoal’ do Imperador, o que valeu como o mais seguro desmentido ao princípio constitucional da ‘divisão e harmonia dos poderes políticos’”³¹⁵. Raul Pilla comenta circunstanciadamente a vigência do Parlamentarismo em nosso país, no longo período de 1837 a 1889³¹⁶.

O Parlamentarismo sofreu alterações, passando de teoria do equilíbrio para a de princípio parlamentarista, com sentido político contemporâneo “não no fato de obter o ministério a confiança da maioria do parlamento, mas no fato da maioria compor o gabinete. (...) o partido quer obter a maioria para alcançar o poder (...) para executar o programa proclamado pelo partido”. É importante ressaltar que tais alterações devem ser consideradas como o aperfeiçoamento racionalista do Parlamentarismo³¹⁷.

³¹² MIRANDA, Jorge. *Ciência política - formas de governo*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1992. p. 103.

³¹³ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. *As novas tendências do Direito Constitucional*. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1933. p. 48.

³¹⁴ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O consenso no Constitucionalismo Ocidental*. 1984. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 184-185.

³¹⁵ LEAL, 1946, op. cit., p. 405-406

³¹⁶ PILLA; MELLO FRANCO, 1958, ob. cit., p. 157-162.

³¹⁷ MIRKINE-GUETZÉVITCH, 1933, op. cit., p. 50-53, passim.

O seguinte momento histórico de grandes desigualdades sociais encerrará a luta por melhores condições de vida digna, transformações sociais e políticas, como a universalização do sufrágio, embalada nas doutrinas socialistas e pela decorrente formação de partidos populares – tudo isso impôs mudanças no tipo de Estado. A Primeira Grande Guerra (1914-1918) “precipitou os fatos políticos e as rupturas institucionais, pondo abaixo as estruturas esclerosadas”³¹⁸.

A quinta fase diz respeito ao Século XX, na Alemanha. Há, aqui, a pentapartição dos poderes. Cezar Saldanha Souza Junior leciona que, após a Primeira Grande Guerra (1914-1918),

prevaleceu o pensamento de que o Estado, para o novo século, deveria atender a três grandes objetivos. Primeiro, preservar as conquistas valiosas do Estado Liberal: os direitos de liberdade e a supremacia do Direito. Segundo, harmonizar essa herança liberal com as novas e prementes exigências da igualdade de condições econômicas mínimas e de justiça social, o que já não seria uma tarefa fácil. E, terceiro – o que tornava a equação ainda mais complexa – compatibilizar essa constelação harmonizada de valores com um processo político legitimamente democrático, ou seja, aberto, pluralista e universal³¹⁹.

Na exposição do referido autor, para a teorização deste novo Estado, foram convocados professores universitários e cientistas especializados, fenômeno que foi denominado de *racionalização do poder*³²⁰, que resultou na pentapartição dos poderes: “Em primeiro lugar, reafirmou-se, agora em contexto republicado, a distinção entre Estado e Governo, que (...), com o reforço da legitimidade do chefe de Estado (pela eleição direta por todo o eleitorado) e a atribuição expressa a este de poderes de arbitragem do jogo político (assegurou) uma instância neutra (...). Em segundo lugar, institucionalizou-se a imparcialidade da Administração Pública, formando, em seu conjunto, um órgão constitucional. Distingue-se a função administrativa da função de chefia de Estado e, também, da função estrita de governo, de modo que os órgãos administrativos pudessem guardar autonomia frente ao endereço ideológico dos governos. A técnica racionalizada que ai se adotou foi erigir o conjunto dos órgãos da Administração em poder político novo: o Poder Administrativo, o quinto poder político”³²¹. Mote principal é a legitimidade do poder e das autoridades, configurada na aceitabilidade da ordem juspolítica por toda a sociedade, com fundamento na *legitimidade*

³¹⁸ SOUZA JUNIOR, 2002 c, op. cit., p. 85.

³¹⁹ SOUZA JUNIOR, 2002 c, op. cit. p. 86.

³²⁰ Termo empregado por MIRKINE-GUETZÉVITCH, 1933, op. cit., p. 29-92. Ver também, do mesmo autor, a obra *Evolução constitucional européia*, citada por SOUZA JUNIOR, 2002 c, op. cit., p. 86.

³²¹ SOUZA JUNIOR, 2002 c, op. cit., p. 87.

racional, rastreada por Max Weber³²² como a combinação de duas situações sociológicas, a da legitimidade tradicional e da legitimidade carismática: “... a sociedade obedece espontaneamente os dirigentes porque os dirigentes seguiram e seguem os parâmetros por ela traçados na Constituição e nas leis”.³²³

Desta maneira, é a administração elevada a quinto poder político, para o fim de “garantir seus atributos formais de independência”. Entretanto, antes de tudo visou “subordiná-la, na execução da materialidade de suas funções, aos objetivos da direção política de um governo que se pretendia forte, pois nascido da maioria parlamentar”³²⁴.

Souza Junior comenta que o problema da pentapartição dos poderes foi o kantismo, “incapaz de admitir valores com alguma base objetiva, que legitimasse um consenso em torno de uma ordem prática de convivência. Os valores seriam sempre juízos exclusivamente subjetivos do agente e, portanto, imprestáveis para embasar objetivamente uma ordem jurídica”, o que levou Kelsen e Weber às teorias puristas – vazias “de qualquer conteúdo material valorativo e que, só por isso, poderiam ser aceitos por todas as posições ideológicas”³²⁵, como de fato foi e serviu, tanto a regimes democráticos como a totalitários.

A sexta fase refere-se à hexapartição dos poderes. Todo o cabedal de desenvolvimento da Política, do Direito Político e do Direito Constitucional encontra o ponto teórico de equilíbrio na concepção kelseniana de ordenamento jurídico piramidal e escalonado, encimado pela Constituição que, “sem deixar de ser a lei reguladora da política, deveria aspirar agora a elevada condição de: (a) repositório das normas jurídicas supremas; (b) fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico; (c) cabeça de capítulo de todos os ramos do direito; e (d) paradigma para a conformação de todas as normas infraconstitucionais, sob pena de invalidade”³²⁶.

Segundo Souza Junior, “a partir da revolução kelseniana, começa a desenhar-se o direito constitucional em sentido estrito e rigoroso do termo. Um direito que, sem renunciar sua substância política, tenha vocação para a supremacia. Para realizá-la, necessita de instrumentos garantidores de uma eficácia jurídica própria”³²⁷. Trata-se da jurisdição

³²² WEBER, apud SOUZA JUNIOR, 2002 c, op. cit., p. 94.

³²³ SOUZA JUNIOR, 2002 c, op. cit. p. 95.

³²⁴ Ibid., p. 95-96.

³²⁵ SOUZA JUNIOR, 2002 c, op. cit., p. 101.

³²⁶ Ibid., p. 104-105.

³²⁷ Ibid., p. 105.

constitucional, que, no entendimento de Mirkin-Guetzévitch, faz parte do processo de racionalização do poder³²⁸.

A força normativa da Constituição foi alcançada com a criação do Tribunal Constitucional que é, na lição de SOUZA JR., a “causa e consequência do diálogo entre o direito constitucional e os valores éticos do convívio sócio-político”³²⁹.

Para este autor, são cinco os grandes desafios do Constitucionalismo do segundo pós-guerra. O *primeiro* – colocar a dignidade da pessoa humana como o ponto de partida e de chegada do Direito, a começar pelo Constitucional, ao reforçar os direitos fundamentais, reconciliar a distribuição territorial do poder com o princípio da subsidiaridade e abrir a Constituição para uma ordem objetiva e transcendente de valores; o *segundo* “compatibilizar a assunção expressa dos valores ligados à dignidade da pessoa humana com o princípio fundamental do respeito ao pluralismo ideológico e político”, o que fez “articulando os três planos de fins da sociedade política e de seus correspondentes planos de direção política”, o *terceiro* - equilibrar a composição de duas precípuas funções do Direito Constitucional: “de um lado, instrumentar o eficaz funcionamento dos Poderes Públicos na realização dos seus fins (*governabilidade*); e, de outro, limitar esses mesmos poderes públicos frente à sociedade e aos indivíduos, para que não abusem do poder de mando, menos ainda, violem os direitos fundamentais (*limitações do poder*)”. O *quarto* desafio é no terreno dos direitos fundamentais – “aqui, inúmeras questões que pedem resposta”. Uma delas, “a conhecida tensão entre direitos-liberdades e direitos sociais, que traduz geralmente um conflito entre o princípio da livre iniciativa privada e o princípio da subsidiaridade da ação do Estado em sua projeção econômica e social. (...) Todos esses temas exigem tratamento caso a caso, na aplicação de critérios de razoabilidade e de proporcionalidade”. O *quinto* desafio é a resposta a seguinte questão: “É possível ao direito constitucional conciliar a preservação dos valores fundamentais da democracia – em muitas constituições objeto de cláusula(s) de inabolibilidade – com o inexorável evoluir histórico, que traz junto a evolução dos próprios valores ou, pelo menos, de sua compreensão? Pode-se hoje aposentar a revolução-ruptura, comissionando, de alguma forma, uma função constituinte a um órgão constitucional independente do poder deliberativo? Ou estaremos condenados à petrificação de normas

³²⁸ MIRKINE-GUETZÉVITCH, 1933, op. cit., p. 71.

³²⁹ SOUZA JUNIOR, 2002 c, op. cit., p. 110.

constitucionais e, por meio delas, à petrificação de valores, legitimando-se, dessarte, o apelo à ruptura dos procedimentos constitucionais?”³³⁰

O autor citado sustenta que “a Constituição vem recebendo da sociedade, nos últimos cinqüenta anos, a missão de encarnar a essência mesma da juridicidade, para reinar suprema sobre o Estado e o convívio social. (...) A supremacia da Constituição importa numa prevalência última dos valores supremos da razoabilidade jurídica, radicados na dignidade perene da pessoa, suscetíveis a um processo de descoberta e concretização ao longo da História dos povos. Essa parece ser a última etapa da supremacia do Direito, que a nova doutrina alemã vem chamando de *Verfassungsstaat*”³³¹.

Esses cinco desafios são enfrentados pela criação de uma nova instituição: o Tribunal Constitucional, com o objetivo, entre outros, porém esse, em prol da democracia, de “*proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria. A dominação desta só é suportável se for exercida de modo regular*”³³².

3.2.2 O Tribunal Constitucional

A jurisdição constitucional é a garantia jurisdicional da Constituição, garantia do exercício regular das funções estatais, da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, ou seja, da constitucionalidade das leis,³³³ mediante a técnica de anulação do ato inconstitucional, pois a Constituição só é uma garantia quando é possível a anulação dos atos inconstitucionais.³³⁴ O Tribunal Constitucional surge como árbitro do jogo político³³⁵ realizador, garantidor da jurisdição constitucional, o traço essencial, “que o distingue, por exemplo, dos tribunais supremos do Poder Judiciário – o formar, ele próprio, em si, um poder político independente dos demais poderes”³³⁶.

³³⁰ SOUZA JUNIOR, 2002 c, op. cit., p. 106-109, *passim*.

³³¹ *Ibid.*, p. 109.

³³² KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo : Martins Franz, 2003. p. 181.

³³³ KELSEN, 2003, op. cit., p. 126.

³³⁴ *Ibid.*, p. 148-179, *passim*.

³³⁵ EISENMANN, Charles. *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnell d’Autriche* (édition de 1928). Paris : Economica, 1986. p.289.

³³⁶ SOUZA JUNIOR, 2002 c, op. cit., p. 117.

Mesmo organizado sob a forma de um tribunal e composto por membros independentes, não exerce função verdadeiramente jurisdicional, uma vez que, conforme lição clássica, a função jurisdicional cria normas individuais e, sendo a função do Tribunal Constitucional anular leis inconstitucionais, isso se afigura como norma geral, “porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração,” aproximando-o, desta forma, do Poder Legislativo. Neste sentido poder-se-ia interpretar a anulação das leis por um tribunal tanto “como uma repartição do Poder Legislativo entre dois órgãos como uma intromissão no poder legislativo”; contudo, como a atividade legislativa negativa do tribunal está absolutamente determinada pela Constituição, como a aplicação das normas constitucionais, visto que o poder criador é diminuto, caracteriza-o como tribunal jurisdicional, com idênticos princípios essenciais de organização dos tribunais judiciais³³⁷.

À objeção decorrente do princípio da separação dos poderes, para Kelsen melhor denominada de divisão de poderes, porque encerra a função do princípio, que é de equilíbrio constitucional, ou seja, “a idéia de repartição do poder entre diferentes órgãos, não tanto para isolá-los reciprocamente quanto para permitir um controle recíproco de uns sobre os outros” não só para impedir a concentração de poderes como também para “garantir a regularidade do funcionamento dos diferentes órgãos”, derogando a objeção, pois a jurisdição constitucional encontra-se em consonância com o princípio da separação dos poderes ao exercer a função de limitação³³⁸.

A natureza jurídica de suas funções é controvertida: para os espanhóis, função jurisdicional, embora *jurisdição constitucional*. Para outros, a começar por Kelsen, como acima se referiu, a função de legislador negativo; outros ainda, já estendem para a função de legislador positivo e, por fim, a função política de defesa da Constituição e da renovação do consenso fundamental que a sustenta³³⁹. Para Souza Junior, deve-se distinguir a natureza *quanto à materialidade, à instrumentalidade e à natureza formal*. Quanto à *materialidade*, a atuação do Tribunal Constitucional insere-se no que denomina “*de função política de última instância*, ou de nível 'fundamental', na qual se incluem, em primeiro lugar, as competências do chefe de Estado”. Para o autor, o chefe de Estado e o Tribunal Constitucional “órgãos de inserção constitucional agem no plano dos fins últimos do Estado e da política, que se

³³⁷ KELSEN, 2003, op. cit., p. 151-153, passim.

³³⁸ Ibid., p. 152.

³³⁹ ENTERRIA, apoiado em KLAUSS STERN, apud SOUZA JUNIOR, 2002 c, op. cit., p. 118.

encarnam, como valores supremos, nas normas da Constituição, e que se sustentam no *consenso* suprapartidário e supra-ideológico das forças políticas³⁴⁰.”

Tal natureza é determinada pelo autor segundo os três planos de fins da sociedade política e os seus correspondentes planos de direção política, os quais agrega da seguinte maneira:

- a) plano de fins últimos do Estado e da Política, exercidos pelo Tribunal Constitucional e pelo Chefe de Estado;
- b) plano de fins intermediários, político-governamentais, exercidos pelo Parlamento e pelo Governo;
- c) plano de fins urgentes e imediatos da Política diante da sociedade, exercido pela Administração e pelo Judiciário³⁴¹.

Souza Junior assim se manifesta:

Em síntese, na perspectiva funcional material, o poder constituinte originário, pela via da hexapartição os poderes, comissionou o Tribunal Constitucional com uma parcela importantíssima da função política de última instância. Qual seja: a função de defender e concretizar, progressivamente, a Constituição normativa, fulcrada em texto escrito, com vocação de supremacia, enquanto a Constituição é o 'instrumento que *presenta* a unidade da sociedade (acima das diversidades internas de qualquer cunho), e que *expressa* o consenso democrático, generoso e includente, em torno dos valores fundamentais substantivos da convivência humana, bem assim das regras procedimentais sobre a organização política e o jogo pelo poder de governo³⁴².

Quanto à *natureza instrumental*, afirma o autor que a função desempenhada pelo Tribunal Constitucional é de *natureza jurisdicional*, vez que “opera por meio de técnicas jurídicas próprias de jurisdição”, ou seja, “carece de iniciativa própria, só se pronunciando por instância de legitimados. Utiliza-se de todos os recursos da hermenêutica jurídica. Curva-se às exigências do processo jurídico devido. Manifesta-se por meio de acórdãos e tem de justificar todas as decisões”³⁴³.

Quanto à *natureza formal*, para Cezar Saldanha Souza Junior, a função do Tribunal Constitucional é de *natureza legislativa*, pois cria direito, em face de suas decisões versarem via de regra sobre questões jurídicas em abstrato, sem a análise de matéria de fato concreto, com eficácia subjetiva, “em princípio, *erga omnes* e *ex tunc*, e o direito nelas afirmado vincula os órgãos do Poder Judiciário, do Governo, da Administração e, em determinados casos, inclusive, o próprio Parlamento”.

³⁴⁰ SOUZA JUNIOR, 2002 c, op. cit., p. 119.

³⁴¹ Ibid., p. 119-121, passim.

³⁴² Ibid., p. 120-121.

³⁴³ SOUZA JUNIOR, 2002 c, op. cit., p. 122.

Para o autor “o Tribunal Constitucional, enquanto poder político, desenvolve uma função materialmente política (de última instância), instrumentalmente jurisdicional e formalmente legislativa”³⁴⁴.

Esse também deve atuar no plano de fins últimos do Estado e da política, onde também atua o Chefe de Estado, revestidos de poder independente. Os fins últimos são “definidos exclusivamente em nível constitucional, por via de normas jurídicas que, se de um lado necessitam de concretização, de outro gozam de supremacia diante das demais normas do ordenamento. Os demais quatro poderes, Parlamento e Governo, Judiciário e Administração, movimentam-se em domínios teleológicos que, embora fundados nos fins últimos do Estado, são propostos, formulados e executados em nível infraconstitucional”³⁴⁵.

Por fim, cumpre somar a rigidez da Constituição, pelos procedimentos eleitos para a sua modificação, a fim de assegurar a estabilidade do sistema de governo escolhido, propiciando o desenvolvimento ordenado da vida política³⁴⁶, e expressar os direitos e liberdades com recurso à abstração, ou seja, em termos não-taxativos, reduzindo o risco de divórcio entre o conteúdo e o consenso majoritário existente na sociedade que se cria com o transcurso do tempo,³⁴⁷ especialmente nas cláusulas inabólveis, evitando o aprisionamento à petrificação de normas constitucionais e, por meio delas, a petrificação de valores, e a ruptura dos procedimentos constitucionais³⁴⁸.

3.2.3 A involução do agenciamento de poderes no Brasil

Verifica-se a importância dos arranjos políticos institucionalizados para a realização das finalidades de um Estado. Há um binômio entre os fins do Estado e a escolha consentânea das instituições, sendo certo que o descompasso entre um e outro acarreta a crise do Estado, mais agudamente pela crise de legitimidade e ao mesmo tempo pela busca das forças sociais

³⁴⁴ SOUZA JUNIOR, loc. cit.

³⁴⁵ Ibid., p. 123.

³⁴⁶ FERRERES COMELLA, Victor. Uma defensa de la rigidez constitucional. In: SANCHIS, Luis Prieto et alii. *Teoria del Derecho y Tribunal Constitucional*. Edição digital Doxa, n. 23, 2000, p. 29-27. Alicante : Biblioteca Virtual Miguel de Servantes, 2005. p. 29. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=1710>> Acesso em 20 de setembro de 2006.

³⁴⁷ FERRERES, 2005, ob. cit., p. 46.

³⁴⁸ SOUZA JUNIOR, 2002 c, op. cit., p. 109.

estabelecidas na adaptação dos meios aos seus objetivos, aos fins, através da alocação latente de poderes.

O Brasil, como pontificam as Constituições e a História Constitucional, apegou-se ao clássico agenciamento de poderes do século XVIII. Na Constituição de 1891, aurida do modelo norte-americano, a distribuição de competência aos poderes políticos visou neutralizar o poder pessoal dos governantes e distanciar a sociedade do Estado, concretizando o axioma liberal – a realidade, no entanto, desviou-se. Conforme Paulo Bonavides e Paes Andrade, “a força atrativa de um só poder aglutinava as oligarquias estaduais, e logo se manifestaria visível e ostentosa na pessoa do Presidente da República. Era este um monarca sem coroa, um rei sem trono”³⁴⁹. De um soco, foi cortado pela raiz o processo evolutivo do Parlamentarismo penosamente instituído “como brilhante conquista representativa à sombra de um benevolente Poder Moderador. (...) e sedo resvalou para a ditadura de um só poder.” Historiam os referidos autores que tudo gravitava em torno da autoridade presidencial, minando desde as bases a Legalidade republicana e federativa das instituições, havendo grande distância entre a Constituição jurídica e a Constituição sociológica; “nesse espaço se cavara também o fosso social das oligarquias e se descera ao precipício político do sufrágio manipulado, que fazia a inautenticidade da participação do cidadão no ato soberano da eleição dos corpos representativos”, matéria propulsora da Revolução de 1930. Também o instituto da intervenção federal, de instrumento de equilíbrio e de harmonia dos poderes, foi transformado em instrumento político de arbítrio do absolutismo presidencial, sufocando as autonomias estaduais³⁵⁰.

A Revolução de 1930 apregoando o liberalismo, na promessa de purificar o sistema representativo, visava combater a hipertrofia do Poder Executivo e o poder pessoal do Presidente, que se prolongava para além do mandato com a indicação de seu sucessor. Contudo, descumpriu promessas e levou o país à ditadura³⁵¹. Como méritos, editou o Código Eleitoral e inaugurou a era social com a concretização de medidas regulamentares das relações entre o capital e o trabalho, que se expressou na lei trabalhista³⁵².

Sem atendimento à necessidade de novas instituições para desenvolver a missão do Estado dentro dos objetivos e dos fundamentos propostos nas Cartas Políticas, governos e

³⁴⁹ BONAVIDES; ANDRADE, 2004, op. cit., p. 252.

³⁵⁰ Ibid., p. 258-260, passim.

³⁵¹ PILLA; MELLO FRANCO, 1958, op. cit., p. 152.

³⁵² BONAVIDES; ANDRADE, 2004, op. cit., p. 271-273, passim.

revoluções se sucederam no País, que, surdo aos apelos do Parlamentarismo³⁵³, não arredou nunca do Presidencialismo - exceto no arranjo temporário e artificial engendrado na Emenda Constitucional n. 4, de 1961. Temporário, porque quase nada durou e artificial porque, entre outros motivos, o próprio Presidente, “a quem competia o dever maior de defender o novo regime, percebendo a Emenda n. 4 como golpe aos ‘plenos poderes presidenciais’ a que tinha ‘direito’, tudo fez, desde a posse, para frustrá-la”³⁵⁴.

Ao analisar os pontos fundamentais da Constituição de 1946, Cezar Saldanha Souza Júnior vaticina que teria retomado o Presidencialismo clássico no afã de equilíbrio ‘espontâneo’ entre os três poderes, e esclarece que o problema central desse sistema de governo, encontra-se e encontrou-se justamente na “ausência (...) de mecanismos para o enfrentamento das crises naturais ao processo político, que fossem aptos a solucionar os conflitos entre o governo e o legislativo”, o que acarreta ou “a paralisia institucional” (que naquela quadra histórica “chegou ao máximo com um suicídio e uma renúncia presidenciais), ou a intervenção militar (uma das quais, em 1964, pôs fim ao regime de 1946)”³⁵⁵.

Na Constituição de 24 de janeiro de 1967, foi mantido o presidencialismo, “fortalecendo a figura institucional do Presidente com novas atribuições”, anota o mesmo autor que

esses desenvolvimentos não se adequavam à concepção original norte-americana do sistema presidencial que, na história institucional do Ocidente, é reconhecidamente um regime de *checks and balances* destinado a limitar ao máximo o poder político e a possibilidade desse poder de intervir na vida da sociedade. Essa tentativa de criar a governabilidade através de um presidencialismo exacerbado, que tem suas raízes no castilhismo e no getulismo, encampada pelo regime pós-64, não poderia deixar de ter sido um rotundo fracasso. De um lado, não houve o ganho esperado de eficácia política, pela necessidade de cultivo das bases de apoio parlamentar. De outro, representou – e com razão – aos olhos da sociedade, o desvirtuamento do sistema presidencial, com o amesquinamento dos demais poderes, que cheirava à submissão³⁵⁶.

Em seguida, ao analisar a elaboração da Constituição de 5 de outubro de 1988, aponta o peso decisivo do então presidente, José Sarney, para lhe assegurar cinco anos de mandato e para a manutenção do sistema presidencial de governo, a que atribui a qualificação de lamentável, vez que o presidencialismo adotado encerra características próprias, irreconciliáveis com a governabilidade, quais sejam:

³⁵³ Pretende-se, aqui, lembrar as cruzadas parlamentaristas de Agamenon Magalhães e Raul Pilla, alhures referidas.

³⁵⁴ SOUZA JUNIOR, 2002 a, ob. cit., p.131.

³⁵⁵ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre : Sagra Luzatto, 2002 b. p. 60.

³⁵⁶ SOUZA JUNIOR, 2002 b, op. cit., p. 70.

a) o Presidente da República é o poder executivo, ou seja, chefe de Estado, governo e administração; b) não foi prevista, nem embrionariamente, a instituição *governo*, independente da chefia de Estado (do Estado) e da administração; (c) não foi prevista responsabilidade do governo perante o Congresso, nem a do Congresso perante o Governo: Executivo e Congresso vivem constantes atritos e tensões, sem nenhuma arbitragem superior; (d) o Ministério não tem uma unidade interna, as decisões dos Ministros não são coletivas³⁵⁷.

Além de ter mantido o Presidencialismo,

a Constituição de 1988 ao garantir, como nenhuma outra, a independência do Congresso e do Poder Judiciário, bem como a inteireza de suas prerrogativas na separação dos poderes, produziu algo a que nosso imperialismo imperial não estava acostumado: a equipotência entre os três órgãos da soberania. Essa equipotência agravou entre nós o problema crônico do presidencialismo que é a *trancção* recíproca dos poderes e a falta de governabilidade. A única concessão ao parlamentarismo, na Constituição, é a medida provisória, o único instrumento pelo qual o Executivo pode quebrar a paralisia política presidencialista. Entretanto, no presidencialismo, esse instrumento terá sempre um problema de legitimidade, na medida em que o Executivo não pode ser afastado por moção de desconfiança do Parlamento³⁵⁸.

Em um sistema de três poderes, em que o Executivo cumula Estado, Governo e Administração, a simples agregação de um Tribunal Constitucional tenderá a agravar a situação de impasse entre os poderes. O Tribunal Constitucional é fruto da evolução da divisão de poderes, e, para atingir esse degrau, como já foi referido, é necessário um poder neutro com o qual compartilha e realiza os fins últimos do Estado e da Política, e que é o Chefe de Estado, pressupondo-se a separação entre Chefia de Estado e Governo³⁵⁹.

3.3 O Supremo Tribunal Federal é um Tribunal Constitucional ?

Existem autores que reconhecem no STF, conforme desenhado na atual Constituição, “a feição de um Tribunal Constitucional, que, “apesar de sua composição”, estaria mais próximo do modelo das Cortes Constitucionais dos regimes parlamentaristas, e não mais do modelo americano, sendo-lhe reservado “explicitamente um papel eminentemente político ao Judiciário, até quando o desenhou como novo árbitro de conflitos coletivos, de massa, e por

³⁵⁷ SOUZA JUNIOR, 2002 b, op. cit., p 80-85.

³⁵⁸ Ibid., p. 85.

³⁵⁹ SOUZA JUNIOR, 2002 c, op. cit., p. 127-128.

isso mesmo políticos”³⁶⁰. Será que o STF, na forma como está posto na Constituição, pode alcançar essa *performance*?

A resposta é não. De acordo com Louis Favoreu, “Uma Corte constitucional é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos poderes públicos”³⁶¹. Em outras palavras, a característica essencial do Tribunal Constitucional é a sua independência dos demais poderes. Eugenio Raúl Zaffaroni observa que o modelo concentrado de constitucionalidade das leis, da Justiça Constitucional, deve concentrar a competência e diversificar o poder de nomeação. Diz tratar-se de uma característica que não cansará de “sublinhar e que deve ser sempre preservada, quando se faz referência ao modelo, pois, caso contrário, através das fatais ‘invenções caboclas’, será desvirtuada: se a competência constitucional é concentrada, e também se mantém concentrado o poder de nomeação, não se faz outra coisa que reduzir o controle, posto que fica ele limitado a uns poucos juízes, que são mais controláveis do que todos os juízes”³⁶². É o caso brasileiro, em que todos os Ministros do STF são escolhidos politicamente, em uma combinação dos poderes Executivo e Legislativo.

E mais, há um reconhecimento “de funções de juízes constitucionais que excedem o marco do puro controle de constitucionalidade, assumindo competência em matérias politicamente muito importantes, mais a de controle constitucional e a de cassação, além do governo judiciário, implica(ndo) numa concentração de poder de tal magnitude que, sem dúvida, coloca em perigo o equilíbrio de poderes e a estabilidade de todo o sistema político”³⁶³. A solução em nosso País foi, após cumular o STF de poderes, politizando o Judiciário, instituir um controle externo ao Poder Judiciário. Assim, o domínio da Justiça é feito de dois modos: pela forma exclusiva de nomeação e pelo controle externo.

Há uma agravante, que é a manutenção do controle difuso ou incidental de constitucionalidade, como na primeira Constituição Republicana, seguindo o modelo norte-americano, segundo o qual o Poder Judiciário não decide contra outro Poder, mas sim a favor da supremacia da Constituição. Nesses casos, a competência para conhecer da ação é de qualquer juiz, e o efeito da decisão de inconstitucionalidade que declara inaplicável a lei ou

³⁶⁰ GRINOVER, 1990, op. cit., p. 17.

³⁶¹ FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Trad. de Dúnia Marinho Silva. São Paulo : Landy Editora, 2004. p. 15.

³⁶² ZAFFARONI, 1995, op. cit., p. 65-66.

³⁶³ *Ibid.*, p 72.

ato normativo atacado é apenas para o caso em concreto. Essa ação é própria para os países de *Common Law*, em que o Direito é formado principalmente de “dentro para fora” pelo costume e pelo precedente judicial - a regra fundamental do *stare desisis* -, significando que, “uma vez que o Tribunal Supremo declara que uma lei é contrária à Constituição, esta lei ‘morre’ para todos, se converte numa ‘*dead law*’³⁶⁴. O *statute law* funciona apenas secundariamente e “como um instrumento para ajudar o judiciário a resolver conflitos (...). O judiciário (é) um braço da sociedade. É o poder mais importante em matéria de direito. Cria direito, com a força vinculante do precedente”³⁶⁵. A estas características, SOUZA JÚNIOR agrega as de autogoverno e consenso da sociedade norte-americana, que reduz “a densidade ideológica da política e minorando os perigos de politização do judiciário” situações que não se reproduziram e não se reproduzirão no Brasil porque “*common law* não se improvisa, nem se copia”³⁶⁶.

Claro está que, visto que o Brasil é um país de tradição romano-germânica, com prevalência da lei, em que o Direito é formado de fora para dentro, mediante a edição de normas prospectivas de orientação de comportamento em primeiro lugar e em segundo, para a solução de conflitos, certamente que o controle difuso implica a atribuição de função política ao Poder Judiciário, integralmente e nomeadamente seu órgão máximo, o STF, que entra em choque com o Poder Legislativo e com o Executivo.

A atribuição ao Judiciário do controle difuso a “ser desempenhado dentro dos limites de sua organização tradicional, o conflito constitucional (de dimensão política inafastável) é revestido de caráter apenas legal e de disputa basicamente jurídica”. Seus defensores vêm nisso vantagens: a de formar uma barreira que pode ser acionada pelos indivíduos contra os abusos do Estado e preservar o princípio de separação de poderes em que, ao Judiciário, é vedada a manifestação sobre assuntos políticos. Rogério Bastos Arantes, apoiado em Hans Kelsen, pai do modelo concentrado de controle constitucional, reforça um aspecto desta crítica ao observar “que a grave deficiência do modelo difuso é justamente confundir interesse de particulares com interesse público”³⁶⁷.

Com a adoção do controle concentrado, em 1965 (e já antes, nos casos de intervenção federal), de competência exclusiva e direta do Supremo Tribunal Federal, agregou-se ao

³⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la Justicia Constitucional. In: *Tribunales Constitucionales europeos y Derechos Fundamentales*. Trad. de Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de Casas. Madris : Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 656.

³⁶⁵ SOUZA JUNIOR, 2002 c, op. cit., p. 138.

³⁶⁶ SOUZA JUNIOR, loc. cit.

³⁶⁷ ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e Política no Brasil*. São Paulo : Sumaré, 1996. p. 43-44.

modelo da *Common Law* o modelo romano-germânico. O STF decide contra a norma, em abstrato, declarando-a nula e, por isso, é ela varrida do mundo jurídico *ex tunc e erga omnes*; acaba-se, aqui, por encerrar uma função de legislador negativo, seguidamente enfrentando normas de políticas públicas, mesmo que todos os seus membros sejam escolhidos pelo Presidente da República.

E, como já foi dito, a Constituição de 1988 não só manteve como adicionou ao rol das ações diretas a por omissão e a argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 103, § 2º e art. 102, § 1º). A primeira, juntamente com o mandado de injunção, acaba por atribuir função legislativa positiva ao Judiciário. A segunda, pela interpretação que pode ser dada, seria um atalho entre o controle difuso e o concentrado, pois, de acordo com a lei que regula a ADPF, haveria um misto de remessa *ex officio* ou advocatória para os casos indicados. A par disso, a sociedade pretende a concreção dos inúmeros direitos insculpidos nas normas programáticas da “Constituição de valores” e socorre-se do Judiciário para tanto, novamente imiscuindo-se este na atividade política.

Na teoria de Souza Júnior, o problema se explica da seguinte forma: o Brasil, mormente com a Constituição de 1988, quis ingressar - e o esforço deve ser louvado - na era do Constitucionalismo de valores. Mirando esse objetivo, nosso Direito do Estado avançou, e tem avançado, na direção da: (a) multiplicação das cláusulas gerais e dos princípios indeterminados; (b) fundamentação da vida jurídica em noções de altíssima densidade política, tais como a dignidade da pessoa humana, justiça e função social, razoabilidade e tantas outras; (c) ampliação do acesso ao Poder Judiciário ao ser humano comum; (d) extensão da legitimidade, para entidades coletivas privadas e, mesmo, a órgãos públicos, para ações de profundo alcance político; e (e) principalmente, a previsão de instrumentos, de controle direto de constitucionalidade relativamente a atos normativos em abstrato³⁶⁸.

Trata-se de um Constitucionalismo de valores, que necessita de decisões juspolíticas, que devem ser tomadas por um órgão juspolítico independente, um Tribunal Constitucional, porém que a Constituição entregou aos órgãos judiciários ou essenciais às suas atividades, vale dizer, a Tribunais, a Juízes e ao Ministério Público, o que acarreta a politização da Justiça³⁶⁹.

³⁶⁸ SOUZA JUNIOR, 2002 c, op. cit., p. 137.

³⁶⁹ SOUZA JUNIOR, loc. cit.

Por todas as questões políticas envolvidas, tais ações deveriam estar reunidas em um só sistema de controle concentrado, com competência atribuída a um poder independente. A atribuição dessa competência ao Poder Judiciário

implica uma *politização* ruínosa ao Estado de Direito e ao Poder Judiciário. Este estaria assumindo uma função de natureza formalmente legislativa, concorrendo e conflitando com o Parlamento e com o Governo. Conforme nossa tese, importaria em quebrar o sentido limitativo, essencial ao Estado de Direito, da estruturação da organização política em níveis. Um poder, o Judicial, participaria, ao mesmo tempo, do domínio fundamental (nível constitucional) e do domínio concreto (nível infraconstitucional)³⁷⁰.

A conclusão lógica, repita-se, é que a resposta à questão inicial é negativa. O Supremo Tribunal Federal, não sendo um poder independente, não é Tribunal Constitucional.

Além das razões apontadas, também não basta apenas a criação de um tribunal Constitucional: faz-se necessário um completo agenciamento de poderes. Para Souza Junior,

a aproximação do nosso 'sistema' de controle de constitucionalidade dos bem sucedidos modelos alemão e espanhol exige uma reforma, prévia ou concomitante, da divisão dos poderes. O avanço casuístico em curso ataca mais os efeitos que as causas da crise. Sem a especialização do agenciamento dos poderes no sentido da hexapartição aqui indicada, esse tipo de mudança só agravará a situação lamentável em que já nos encontramos, a ponto de induzir, talvez, uma falência generalizada³⁷¹.

A adoção de um moderno agenciamento de poderes, que teria em seu centro o sistema de governo parlamentarista, é sugestão que se verificou por várias vezes em nosso País³⁷², sem lograr êxito, mesmo com todas as vicissitudes do Presidencialismo vivido.

À deficiência dos partidos políticos, do sistema eleitoral, requisitos para o equilíbrio do sistema, bem como a demanda de tempo para a correção destes males, Manoel Gonçalves Ferreira Filho sugere o semipresidencialismo, com eleição presidencial direta e governo de Gabinete, que conjugaria a estabilidade do presidencialismo, a legitimidade decorrente da investidura democrática e direta do Presidente, intermediado ao Parlamento pelo governo de Gabinete, o Ministério e seu coordenador³⁷³.

Não destoia Miguel Reale, ao expor sobre o fato de basear-se o parlamentarismo

em estruturas partidárias, onde o prestígio dos líderes não chegue a obscurecer a definição das idéias e programas. Quando se afirma, pois, que no Brasil seria inviável o parlamentarismo, por faltarem partidos nitidamente diferenciados, como órgãos permanentes da representação política, incorre-se em círculo vicioso: na realidade, enquanto não se implantar o regime parlamentar em nosso País, continuaremos a

³⁷⁰ Ibid., p. 125.

³⁷¹ Ibid., p. 140.

³⁷² Por exemplo, quando da pregação de Raul Pilla e 'seu' projeto de emenda constitucional e de Miguel Reale.

³⁷³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Parlamentarismo*. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 109-110.

assistir à girândola das aspirações personalistas e ao embate das pressões da clientela³⁷⁴.

E persevera o autor, afirmando que, não sendo possível adotar de pronto o “parlamentarismo adaptado às nossas circunstâncias”, conviria que fosse atribuído “ao Congresso Nacional o poder de expressar o voto de desconfiança em relação a qualquer Ministro de Estado, por maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”³⁷⁵. Mais arrojada ou fidedigna aos cânones parlamentaristas, é a proposta de revisão constitucional que atribui ao Presidente da República, entre outras, a competência de nomear o Primeiro Ministro dentre os membros do Congresso Nacional, consultados os partidos políticos com representação nas bancadas majoritárias da Câmara dos Deputados, bem como exonerá-lo e também de, ouvido o Conselho da República, dissolver, nos casos previstos na Constituição, a Câmara Federal e convocar eleições antecipadas³⁷⁶.

O ex-deputado federal Victor Faccioni, parlamentarista convicto, afirma que

quase cem anos de República Presidencialista já demonstrou de sobejo que o sistema presidencialista brasileiro é a matriz de todo o centralismo, de todos os vícios da vida pública nacional, hipertrofia do Executivo, do autoritarismo, e do malfadado paternalismo que tantos males tem feito à nossa Pátria. Ou mudamos o sistema de governo, ou o presidencialismo continuará impedindo o florescimento da democracia, sem a qual não haverá participação do povo, do parlamento, dos partidos políticos, como não haverá justiça e paz social³⁷⁷.

Com relação ao Poder Judiciário, afirma que “o parlamentarismo preserva e salvaguarda o Poder Judiciário porque remete a administração dos conflitos para o âmbito do Congresso Nacional. O Poder Judiciário permanece a salvo dos conflitos para poder cumprir com isenção e independência a sua superior missão de julgar e dirimir conflitos”³⁷⁸.

Por outro lado, o resultado da manutenção do sistema presidencial e da importação de institutos estrangeiros, como o Tribunal Constitucional, de acordo com Souza Junior é

uma confusão generalizada. Pior, para não dizer trágico: as instâncias inferiores têm sido levadas, por efeito demonstração, a imitar a desenvoltura com a qual o Tribunal de cúpula do Poder Judiciário, fascinado pelo Tribunal Constitucional europeu, movimenta-se por sobre a legislação e, mesmo, contra ela, concretizando, diretamente – e cada juízo a seu modo – os valores supremos do ordenamento. Está armado o palco para o uso ‘ideológico’ dos instrumentos jurídicos, às custas da legalidade, da

³⁷⁴ REALE, 1985, ob. cit., p. 34.

³⁷⁵ Ibid., loc. cit.

³⁷⁶ SILVA MARTINS, 1993, ob. cit., p. 53 e 57.

³⁷⁷ FACCIONI, Victor. A Constituinte, o sistema de governo e o Poder Judiciário. In: CHIARELLI, Carlos Alberto. *O Poder Judiciário e a nova Constituição*. Porto Alegre: AJURIS (Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul : Escola Superior da Magistratura), 1985. p. 210.

³⁷⁸ Ibid., loc. cit.

razoabilidade e da segurança jurídica, na falta de uma instância que garanta a objetividade mínima dos valores supremos do ordenamento³⁷⁹.

O referido autor qualifica a situação como caótica, e que “ameaça ferir de morte o Estado de Direito”, contatando que o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores, a jurisdição constitucional concentrada e o Tribunal Constitucional são idéias que vêm multiplicando adeptos, sem um estudo de conjunto consistente³⁸⁰.

Vaticina que “o sistema de poderes não está entre os assuntos de mera opinião, que se possam ou devam transferir ao eleitorado pela via do plebiscito”, mas que, pelo contrário, “envolve assuntos altamente técnicos, estudados pelas ciências do Estado, e ordenados (como os meios estão aos fins) a uma decisão - essa sim, altamente política - sobre o regime de governo e a forma das relações entre Estado e Economia, dentro da qual a Sociedade pretende viver” e que, “se uma sociedade, atualmente, deseja um regime democrático de Direito, aberto às distintas ideologias sobre o papel do Estado na Economia e atento à efetivação de direitos sociais; se busca concórdia política em torno de valores supremos por todos aceitos, com instrumentos para defender esse consenso e os direitos fundamentais da pessoa; se objetiva combinar ordem e estabilidade, com governabilidade e progresso, não há muito que inventar: a sociedade deve adotar, ajustada às suas circunstâncias, uma forma concreta de hexapartição de poderes³⁸¹.

³⁷⁹ SOUZA JUNIOR, 2002 c, op. cit., p. 140.

³⁸⁰ Ibid., loc. cit.

³⁸¹ Ibid., p. 135-36.

CONCLUSÃO

A atual crise do Judiciário está radicada em dois planos distintos, um operacional e outro institucional. No plano operacional, a questão é a morosidade da prestação jurisdicional decorrente das deficiências estruturais e funcionais. Têm-se o volume de processos, a vacância de cargos, a intrincada processualística vigente, o excessivo formalismo da burocracia judiciária, a pluralidade de instâncias, o distanciamento dos jurisdicionados. Acresça-se o desaparecimento do Poder Judiciário, a formação acadêmica decadente e a desatualização dos magistrados e também dos demais operadores do Direito, o que acaba por refletir na prestação jurisdicional.

A evolução econômica e social, o aumento da população e da necessidade de bens e serviços, a massificação das relações de consumo, a conscientização dos direitos da pessoa, colocada no centro dos ordenamentos jurídicos como fundamento e finalidade, o aumento de litigiosidade, gerando maior busca de proteção judicial, não encontra eco no sistema judiciário, cujas melhorias se sucedem parcimoniosamente. A evolução social não foi acompanhada pelo Judiciário que, no desempenho de suas funções tradicionais, manteve uma estrutura arcaica, sem se beneficiar do avanço tecnológico engendrado no meio econômico e social. A par disso, os institutos de Direito Processual, vinculados ao formalismo, degeneraram para um 'ser para si', ou seja, um fim em si mesmos, desvinculando-se da função precípua que é a de assegurar as regras do jogo para a solução de conflitos.

Também na seara da funcionalidade, a crise generalizada no ensino jurídico solapou a pedra de toque do Poder Judiciário: o juiz. A formação acadêmica decadente, dirigida à técnica jurídica, afastou-o do desenvolvimento holístico, dos fundamentos filosóficos e de outros campos da ciência, tão necessários à capacitação pessoal para o exercício da função judicial e que não encontram, senão recentemente, a necessária atualização através de escolas voltadas para a Magistratura. O problema da decadência do ensino jurídico estende-se aos demais operadores do Direito, gerando uma crise de qualidade. O número de juízes é

insuficiente em face do volume de processos, vez que a deficiência na formação leva a maior dificuldade de preenchimento dos cargos vagos, que ficam na espera de candidatos que superem as fases do concurso de ingresso na Magistratura.

Pode-se dizer que tais problemas são crônicos, apenas vêm aumentando, piorando no curso do período pesquisado. Deste modo, as crises anteriores têm o mesmo *color*, parecendo uma só crise. As soluções que já foram sugeridas e experimentadas em outros momentos históricos também se repetem: a criação de tribunais para favorecer a divisão de trabalho, a adoção de regras que impeçam os recursos protelatórios, a alteração na legislação para agilizar a prestação jurisdicional, a deformalização do processo, a introdução de métodos de soluções extrajudiciais de conflito. Nesse caminho, foi criado o TFR, foi instituída a súmula de jurisprudência dominante, a advocatária, os Juizados de Pequenas Causas, o STJ, os Tribunais Regionais Federais, os Juizados Especiais. As respostas, a História demonstra, não foram satisfatórias. O Judiciário continuou abarrotado de processos e um número sem fim de cidadãos não têm acesso a esse Poder. Uma das explicações para isso é que a implantação das reformas estabelecidas na Constituição somente ocorre após muitos anos de existência formal. Agora o Judiciário dispõe de súmula vinculante, de súmula obstativa de recurso, de requisito de demonstração de repercussão geral da matéria discutida, exigência de capacitação para a Magistratura, controle externo do Judiciário. O prognóstico é de melhora da prestação jurisdicional, porém, em termos, porque se trata de crise permanente, radicada no plano institucional.

A interface da problemática e da permanente crise do Judiciário com a teoria da separação dos poderes e do Estado Democrático de Direito é igualmente perene e é nela que se radica, em toda a História da República, com sério recrudescimento após a Constituição de 1988. O Presidencialismo, sistema de governo sempre adotado no Brasil, demonstrou que é a matriz dos vícios da vida pública nacional, a iniciar pela excessiva e histórica centralização do poder na pessoa do Presidente da República, em uma aberrante hipertrofia do Poder Executivo, para cuja manutenção foi engendrado o autoritarismo, o clientelismo, o coronelismo e outras figuras até folclóricas. Lógico está o distanciamento entre a Constituição formal e a real, com sérios prejuízos à democracia, como é do conhecimento geral.

Mantendo o mesmo agenciamento de poderes da clássica teoria da tripartição, nosso país vivenciou tanto períodos de bipartição como de exercício unipessoal do poder, com franco predomínio do Poder Executivo e módica participação, ora do Poder Legislativo, ora do Judicial.

A Constituição Federal de 1988, mantendo o Presidencialismo, modificou o peso de cada poder, estabelecendo uma equipotência entre eles. Ao Presidente da República entregou um instrumento próprio do Parlamentarismo, que é a competência para editar medidas provisórias. Ao Legislativo, aumentou os poderes de controle e de fiscalização, permitindo-lhe emendar todos os projetos do Executivo, inclusive as medidas provisórias. Ao Poder Judiciário, atribuiu o papel político de árbitro dos embates entre o Executivo e o Legislativo, e também dos conflitos coletivos e de massa. Adotou uma lista de direitos dos cidadãos, aos quais correspondem direitos subjetivos desses, que se dirigem contra o Estado. Na linha do poder normativo da Constituição, adotou as ações que lhes asseguram o cumprimento, notadamente o mandado de injunção, o mandado de segurança, a ação popular e a ação coletiva. A par disso, manteve o controle difuso de constitucionalidade ao lado do controle concentrado, em um evidente fogo cruzado. Enriqueceu o controle concentrado com novas ações: a ADC, a ação de inconstitucionalidade por omissão e a ADPF.

Essa lista de direitos sociais que figuram como encargos do Estado e as ações de controle de constitucionalidade politizaram o Judiciário, fazendo-o imiscuir-se no campo político, ao emitir decisões que exigem prestações estatais, e que, por isso, estariam no campo da escolha discricionária entre várias soluções possíveis – portanto, políticas, própria do Poder Executivo. O mesmo fenômeno ocorre, ao entregar ao Poder Judiciário as funções de legislador positivo ou negativo no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, cuja legitimação para as ações foi distribuída por representantes de quase todos os estamentos sociais, gerando uma crise de governabilidade³⁸².

A análise desse plano institucional da crise do Poder Judiciário aponta para um diagnóstico diverso daquele situado no plano operacional. Esse, é ligado à estrutura do Estado brasileiro e implica a separação dos poderes. Não é mais adequada a divisão clássica, pois o Estado não é o mesmo. Esse evoluiu do Estado Liberal - o Estado de Direito para o Estado Social - o Estado Democrático de Direito, preocupado na preservação da democracia como regime de governo que propicia o respeito pela dignidade da pessoa humana.

O adequado desenvolvimento e a preservação dessa nova concepção de Estado depende dos instrumentos democráticos que se possa construir, sendo um deles a reestruturação política quanto à divisão dos poderes. Em um primeiro momento, é necessário eliminar terminantemente o Presidencialismo, que tem a sua força no exercício unipessoal da chefia de

³⁸² Esta idéia é o resultado da leitura dos seguintes: Ada Pellegrini Grinover, Cezar Saldanha de Souza Júnior e Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

Estado e de Governo - isto através da separação dessas funções, por meio da adoção do sistema Parlamentarista. Em um segundo momento, é necessário despolitizar o Poder Judiciário, separando a instância constitucional para um órgão independente, que reunifique o poder indivisível, mediante uma composição paritária, oriunda da nova Chefia de Estado, do novo Parlamento e do novo Poder Judiciário - um Tribunal Constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACESSO À JUSTIÇA POR SISTEMAS ALTERNATIVOS DE ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS. Mapeamento nacional de programas públicos e não-governamentais. Ministério da Justiça: 2005. Disponível em: <www.mj.gov.br.> Acesso em 25 de setembro de 2006.

AJURIS É CONTRÁRIA AO CONTROLE EXTERNO DO PODER JUDICIÁRIO. *Jornal da Ajuris*, Porto Alegre, n. 209, ano 10, p. 2, out. 2003.

ALBUQUERQUE, Mario Pimentel. *O órgão jurisdicional e a sua função: estudos sobre a ideologia, aspectos críticos e o controle do Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1997.

ALVIM, Arruda. A EC 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et alii. *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005. p. 67, especialmente a nota 9.

ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e Política no Brasil*. São Paulo : Sumaré, 1996.

ARAÚJO, Aloísio Gonzaga de Andrade. O controle externo do Judiciário. *Jornal da Faculdade de Direito da UFMG “O sino do Samuel”*. Belo Horizonte, n. 64, ano 9, abr. 2003.

BALEEIRO, Aliomar. O Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 34, p. 8-47, jul. 1972.

_____. *O Supremo Tribunal Federal, êsse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 13 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Malheiros, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. A função jurisdicional dentro dos Poderes do Estado. In: CHIARELLI, Carlos Alberto. *O Poder Judiciário e a nova Constituição*. Porto Alegre: AJURIS (Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul : Escola Superior da Magistratura), 1985. p. 113-129.

BASTOS, Márcio Tomas. Apresentação. In *Acesso à Justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos*. Mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais. Ministério da Justiça, 2005. Disponível em: <http://www.mj.gov.br. Acesso em 25 de setembro de 2006.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 5. ed. Brasília : OAB Editora, 2004. p. 272.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Justiça Federal. Banco de dados. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/atlas/Internet/HabitanteporjuizINTERNET.htm>> . Acesso em: 14 de abril de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário. Brasília Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/bndpj/stf/PercREeAg.asp>>. Acesso em: 13 de abril de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional n. 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. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.367/DF. Relator Ministro Cezar Peluso. 13 de abril de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADI&PROC.>> Acesso em 23 de outubro de 2006.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria da Reforma do Judiciário. Primeiro diagnóstico geral do Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/reforma>> Acesso em: 14 de abril de 2006.

BRITO, Vanessa. Mediação e arbitragem. Eficiência na solução de pequenos conflitos. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/br/revistasebrae/16/tc_mediacaoarbitragem.asp>. Acesso em 20 de setembro de 2006.

BUZAID, Alfredo. Exposição de Motivos do CPC. In: BRASIL. *Código Tributário Nacional; Código de Processo Civil; Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2006. p. 303-316.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos da solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 326, p. 124-130, abr./mai./jun. 1994.

_____. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: FAVOREU, Louis et alii *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Trad. de Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de Casas. Madris : Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 599-662.

CARNEIRO, Athos Gusmão. O juízo arbitral e a simplificação do processo. *Revista da Ajuris*, v. 24, ano 9, p. 51-54, mar. 1982.

CORRÊA, Oscar Dias. *A crise da Constituição, a Constituinte e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1986.

COTRIM NETO, A. B. A crise do Estado de Direito e a Nova Constituição do Brasil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 224, p. 12-21, out./nov./dez. 1968.

DALLARI, Dalmo. O Poder Judiciário como instrumento de realização da Justiça. In: *O Poder Judiciário e a nova Constituição*. Porto Alegre: AJURIS (Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul: Escola Superior da Magistratura), 1985. p. 57-74.

DUARTE, Ricardo. O poder do cidadão. *Jornal Zero Hora*, Porto Alegre, quinta-feira, 19 de agosto de 2004, Caderno Justiça & Cidadania.

EISENMANN, Charles. *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnell d'Autriche* (édition de 1928). Paris : Economica, 1986.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do Processo Civil e os poderes do juiz. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994. p.235-242.

_____. *Poder Judiciário : flagrantes institucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FACCIONI, Victor. A constituinte, o sistema de governo e o Poder Judiciário. In: CHIARELLI, Carlos Alberto. *O Poder Judiciário e a nova Constituição*. Porto Alegre: AJURIS (Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul: Escola Superior da Magistratura), 1985. p. 203-213.

FALCÃO, Djaci. O Poder Judiciário e a nova Carta Constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 174, p. 1-11, out./dez. 1988.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Trad. de Dúnia Marinho Silva. São Paulo : Landy Editora, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Constituição e governabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1995

_____. O Estado de Direito, o Judiciário e a nova Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 160, p. 61-76, abr./jun. 1985.

_____. *O Parlamentarismo*. São Paulo : Saraiva, 1993.

_____. Poder Judiciário na Constituição de 1988, Judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 198, p. 1-17, out./dez. 1994.

FERRERES COMELLA, Victor. Uma defesa de la rigidez constitucional. In: SANCHIS, Luis Prieto et alii. *Teoria del Derecho y Tribunal Constitucional*. Edição digital Doxa, n. 23, 2000, p. 29-27. Alicante : Biblioteca Virtual Miguel de Servantes, 2005. p. 29. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html? Ref=1710>> Acesso em 20 de setembro de 2006.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. Reforma do Poder Judiciário. Controle Externo. Súmula Vinculante. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et alii. *Reforma do Judiciário - primeiras*

reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005. p 141-151.

FREUND, Julien. *La esencia de lo político*. Trad. De Sofía Noël. Madrid:Editora Nacional, 1968.

_____. *Qu'est-ce que la Politique?* Paris : Éditions du Seuil.

_____. *Politique et impolitique*. Paris : Éditions Sirey, 1987.

GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito* : independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Poder Judiciário: controle interno e externo e revisão constitucional. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 79-92.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do Poder Judiciário. *Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 34, p. 11-25, dez. 1990.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. Conselho Nacional de Justiça e Controle externo: roteiro geral. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et alii. *Reforma do Judiciário - primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005. p. 191-200.

JORGE, José. Agenda. *Jornal do Senado*, Brasília, ano 11, n. 2123/28, p. 2, 25.abr/1º.mai.2005.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo : Martins Franz, 2003.

LEAL, Victor Nunes. A divisão dos poderes no Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 4, p. 406-420, abr. 1946.

_____. Aspectos da reforma judiciária. *Revista de Informação Legislativa*, ano 2, n. 7, p. 38, set. 1965.

_____. Atualidade do Supremo Tribunal Federal. *Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 28, p. 659-662, jan./fev. 1964.

_____. Justiça Ordinária Federal. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 34, p. 49-82, jul. 1972.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro : Livraria Francisco Alves, 1915.

LIMA, Alcides de Mendonça. A evolução da competência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 266, p. 1-11, abr./mai./jun. 1979.

LIMA, Jarbas. Notícias. *Jornal do Senado*, Brasília, ano 10, n. 2057/14, p. 4, 29.nov./5.dez. 2004.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitucion*. Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona : Ariel, 1976.

MANCUSO, Rodolfo de Camarco. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 8 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, José Frederico. *A reforma do Poder Judiciário*. v. 1. São Paulo : Saraiva, 1979.

SILVA MARTINS, Ives Gandra da. (coord.). *Brasil livre: proposta de revisão constitucional*. Porto Alegre : Ortiz : IEE, 1993.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 24 ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo : Malheiros, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Ciênciappolítica - formas de governo*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1992.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. *As novas tendências do Direito Constitucional*. Trad. de Cândido Motta Filho. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1933.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O sistema judiciário brasileiro e a reforma do Estado*. São Paulo : Celso Bastos Editor, 1999.

NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência*. v. 2. Brasília : Supremo Tribunal Federal, 2000.

NUNES, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro : Revista Forense, 1943.

OAB CONTESTA LEI QUE CRIA SENTENÇA VINCULANTE NA PRIMEIRA INSTÂNCIA. *Jornal da Lei. Jornal do Comércio*, jornal da Lei, Porto Alegre, p. 7, 4.abr.2006.

O QUE ENTRA EM VIGOR LOGO. *Decisões. Jornal do Senado*. Brasília, ano 10, n. 2.053/13, p. 3, 22.nov./28.nov.2004.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra : Coimbra Editora, 1989.

PILLA, Raul; MELLO FRANCO, Afonso Arinos de. *Presidencialismo ou Parlamentarismo?* Rio de Janeiro: José Olympio, 1958.

PROJETO MOVIMENTO PELA CONCILIAÇÃO. Manual de implementação. Conselho Nacional de Justiça. Comissão dos Juizados Especiais. Disponível em: <<http://www.cnj.gov.br>>. Acesso em 25 de setembro de 2006.

REALE, Miguel. *Parlamentarismo brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1962.

_____. *Por uma Constituição brasileira*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. t. 1. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1991 a.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. t. 2. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1991 b.

_____. *História do Supremo Tribunal Federal*. t. 4. v. 1. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2002.

SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre os Poderes de Estado*. Rio de Janeiro : Borsoi, 1959.

SADEK, Maria Tereza (org.). *O sistema de Justiça*. São Paulo : Idesp ; Sumaré, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 2005.

SILVEIRA, José Néri da. Aspectos institucionais e estruturais do Poder Judiciário brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 1-22.

SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do Direito*. Rio de Janeiro : Rio, 1979.

SOUZA JUNIOR, Cesar Saldanha. *Consenso e constitucionalismo no Brasil*. Porto Alegre : Editora Sagra Luzzatto, 2002 a.

_____. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre: Sagra Luzatto, 2002 b.

_____. *O Consenso no Constitucionalismo Ocidental*. 1984. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

_____. *O Tribunal Constitucional como Poder*. Uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002 c.

_____. *A supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos*. São Paulo, USP, 2002 d. Tese para concurso de professor titular do Departamento de Direito de Estado – Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SOUZA, Paulino Soares de. Visconde do Uruguay. *Ensaio sobre o direito administrativo*. Rio de Janeiro : s/e, 1962, 2 v. v. 1.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TRIGUEIRO, Osvaldo. O Supremo Tribunal no Império e na República. In: MARINHO, Josaphat; ROSAS, Roberto (coord.). *Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal: conferências e estudos*, Universidade de Brasília 11 a 14 de setembro de 1978. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1982. p. 6-23, nota 33, 38.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Poder Judiciário na Constituição : uma proposta de reforma. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 160, p. 32-60, abr./jun. 1985 a.

_____. Problemas e soluções na prestação da Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 93-115.

_____. Supremo Tribunal Federal: do Império à República. *Revista Del Rey Jurídica*. Belo Horizonte, n. 12, p. 15-20, 2003.

VELLOSO, Paulo Boeckel. Poder Judiciário e a convocação da Assembléia Constituinte. In: CHIARELLI, Carlos Alberto. *O poder judiciário e a nova Constituição*. Porto Alegre : AJURIS (Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul : Escola Superior da Magistratura), 1985. p. 9-21.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário -crise, acertos e desacertos*. Trad. de Juarez Tavares. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.

ZVEITTER, Waldemar. O controle do Poder Judiciário. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *O Judiciário a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 65-74.