

O Ideário Democrático na Interpretação Constitucional: Estudo de Caso

André Felipe Alves da Costa Tredinnick
Juiz de Direito do TJ/RJ

1. INTRODUÇÃO

A palavra *democracia* vem do grego *δημοκρατία*, *dēmokratīā*, a partir de *δημος*, *dēmos* (“povo”) ou *δημιος*, *de-mios*, (“do povo, público, escolhido entre o povo”¹) e *κράτος*, *kratos* (“governo” ou “força, robustez, domínio, poderio, vitória”²). Remonta, portanto, às noções mais fundamentais da organização humana, na qual as pessoas, reunidas em festividades ou assembléias, muitas vezes ao final de uma batalha³, tomavam as decisões que afetavam a todos. Daí, temos democracia como *domínio do povo, poder do povo*.

Ocorre a democracia quando as pessoas, em reunião, escolhem os rumos que a coletividade deseja seguir, de forma direta e imediata, sem nenhuma interferência ou intermediação.

Na aurora da Idade Contemporânea, a noção de democracia se transubstancia na concepção da escolha dos dirigentes da coletividade por alguns de seus membros, no desenho clássico da democracia liberal representativa.

Hoje, já superadas as restrições do voto limitado a uma elite econômica, gênero ou faixa etária, chegamos ao sistema vigente, como estabelece a Constituição da República: “Todo poder emana

¹ ISIDRO PEREIRA, *Dicionário Grego-Português e Português-Grego*, 8ª ed., Livraria A.I., Braga, 1998.

² Idem.

³ *Ilíada de Homero*, I, 120-6, tradução de Haroldo de Campos, São Paulo, Arx, 2003.

do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos dessa Constituição” (parágrafo único, artigo 1º).

Somos assim um Estado Democrático de Direito, na moldura de democracia liberal.

Essa forma de governo⁴, tão criticada e combatida ao longo da história, impõe assim a escolha dos representantes do povo pelo próprio, em regra que por evidência se espraia por todos os demais Poderes e Órgãos do Estado, que se pretendem instituições democráticas.

Não há qualquer espaço para outra forma de regime dentro da opção pelo Estado Democrático de Direito. Sua densidade repele outras formulações que lhe são antagônicas.

2. DESENVOLVIMENTO DA TESE: A NORMA DO ARTIGO 96, I, “A” DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. SEU SIGNIFICADO

A norma do artigo 96 da Constituição Federal de 1988 (“Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos (...)”), estatui uma regra que diz respeito tão somente à garantia da autonomia e independência do Poder Judiciário.

Em sua integralidade, diz o texto constitucional:

“Art. 96 - Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;”

É certo que o princípio da separação dos poderes impõe que cada um destes tenha plena autonomia em sua organização inter-

⁴Consoante a classificação adotada por PAULO BONAVIDES (Ciência Política, 6a ed.: Forense, Rio de Janeiro, 1986, p. 223 ss.

na, em especial no que diz respeito à escolha de seus órgãos diretivos, e neste ponto não há mais discussão em nossa atual ordem constitucional, como já houve no passado (infra, n. 2).

O ponto é se a forma utilizada, de um colégio eleitoral restrito, atende aos princípios constitucionais mencionados.

A análise de tal questão se dará pelo estudo da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2012-9⁵, que entendeu que a Emenda Constitucional nº 7, de 11 de março de 1999, que modificou o artigo 62 da Constituição Paulista, seria inconstitucional, em uma análise liminar.

Nenhum dos Poderes da República poderá afirmar-se independente e autônomo, como reza o artigo 2º da Constituição, se não puder escolher, livremente, dentre os seus membros, aqueles que comporão os seus órgãos dirigentes.

Mas a regra consagraria o autogoverno ou a autoadministração do Poder Judiciário?

Em nosso sistema presidencialista a regra do artigo 96, I, “a” da Constituição como consagra o autogoverno da magistratura. Isto porque a autonomia da magistratura, quanto à designação e escolha dos membros de seus órgãos dirigentes, constitui-se em verdadeiro autogoverno, na medida em que tal termo impõe a responsabilidade dos seus dirigentes de uma forma vertical, assegurando o julgamento de uns magistrados por outros, de instância superior (e. g., artigo 96, III; artigo 105, I, “a” e artigo 102, I, “c”, da C.F.).

Neste sentido, temos a lição de Alexandre de Moraes, (**Direito Constitucional**, 6ª ed.: Atlas, 1999) mencionando precedente originário do Tribunal de Justiça da Bahia, em que o governador do Estado nomeava os desembargadores diretamente: “O processo de provimento dos cargos de desembargador, por acesso dos juízes de carreira, deve ser iniciado e completado no âmbito do próprio

⁵ O julgamento da liminar ainda está pendente de um voto. O Ministro Ricardo Lewandowsky substituiu o Ministro Nélson Jobim, que pediu exoneração do cargo para se dedicar a carreira política da qual era originário (<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>).

Tribunal de Justiça, não admitindo a participação de qualquer dos outros poderes do Estado.” (Inf. STF 43, ADIn 202-BA, Rel. Min. Otávio Gallotti, em 5-9-96. Precedentes: ADIn 314-PE (Pleno 4-9-91) e ADIn 189-RJ (RTJ 138/371, p. 425).

Da mesma forma, Pinto Ferreira (**Comentários à Constituição Brasileira**, 4º v.: Saraiva, 1992, São Paulo, p. 24): “Autogoverno da magistratura. As regras do artigo 96 consagram o autogoverno da magistratura, viabilizados por garantias objetivas ou institucionais. Os tribunais exercem de modo geral funções políticas, legislativas, normativas e administrativas, como consignadas no artigo 96, I e II. A primeira função, prevista no artigo 96, I, “a”, em sua ordem interna, é a de eleger seus órgãos diretivos (presidentes e demais titulares de sua direção). Qualquer outro critério que não seja o da eletividade é inconstitucional.”

Em igual sentido, José Cretella Júnior, (**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, v. VI, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1992, p. 3.033) escreveu que: “Eleição de seus órgãos diretivos. Cabe privativamente aos tribunais, mediante eleição interna, selecionar os órgãos que irão dirigir o colegiado: Presidente, Vice-Presidente, e outros.”

Sobre a atual Constituição, Celso Ribeiro Bastos (**Comentários à Constituição do Brasil**, 4º volume, tomo III: Saraiva, 1997, p. 75) escreveu, a propósito do citado artigo 96, I, “a”: “As atribuições enumeradas (incisos I, II e III) são conferidas em caráter privativo, é dizer, com exclusividade aos Tribunais de todo o País. Compete privativamente aos Tribunais a escolha de seus Presidentes, Vice-Presidentes e demais componentes dos órgãos que irão dirigir o colegiado. *É bom ressaltar que a escolha deverá ser feita mediante eleição interna, sendo inconstitucional a adoção de qualquer outro critério.*”⁶ (grifei)

Esta é a única razão pela qual se inseriu tal dispositivo, dentro da tradição brasileira de constitucionalizar normas não materialmente constitucionais.

⁶No mesmo sentido, ressaltando a reserva constitucional na matéria, ou seja, para tal decisão, somente a Lei Complementar (LOMAN) pode regular a matéria: ADI-MC 1152 / RJ - RIO DE JANEIRO, 1994.

Resta, portanto, interpretar o alcance da norma. Especificamente, se tal dispositivo chancela a prática de um colégio eleitoral restrito ou se, ao revés, impõe a ampla participação dos membros efetivos do Poder Judiciário na escolha dos seus órgãos diretivos.

3. A COMPREENSÃO DA NORMA JURÍDICA CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 96, I, “A”, PRIMEIRA PARTE

“Onde não existem dúvidas, não se interpreta.” Com esta singela frase, Konrad Hesse abre o capítulo de sua obra **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**⁷ dedicado à interpretação constitucional.

Nem sempre, contudo, ter-se-á a premissa da dúvida, como exigência para a atividade da interpretação constitucional.

Ocorre que a lei necessita ser compreendida pelo seu aplicador, o que exige a atividade de entendimento ou apreensão do seu conteúdo⁸.

Há expressões na Constituição que são inequívocas, como por exemplo, a regra da proibição da pena de morte, posto que ninguém pretenda a discussão sobre o significado da palavra morte, ou tortura, e assim por diante.

A “*competência privativa dos tribunais para eleger seus órgãos diretivos*” (artigo 96, I, “a”, primeira parte, da CF), exclui a possibilidade de participação de todos os magistrados no processo eletivo, ou antes, a impõe?

3.1) Uma breve noção acerca da evolução da interpretação da norma jurídica em geral, e da constitucional em particular

Para a solução deste problema, e para guiar-se nesta busca, deve o hermenauta valer-se da *técnica de interpretação*.

Essa técnica vem evoluindo ao longo do tempo, refletindo o aprimoramento do sistema democrático.

⁷ Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, ed. Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1998, p. 53/54.

⁸ Apud CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Instituições de Direito Civil - Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral do Direito Civil, v. I, 6ª ed., Rio de Janeiro, 1994, p. 123 ss.

Evoluiu também a partir da recusa da “teoria da única interpretação correta”, de caráter autoritário, repelida por Manoel Jorge e Silva Neto⁹ com dois fundamentos: a impossibilidade de uma interpretação “verdadeira” e a dificuldade do conceito de “verdade”.

Luís Roberto Barroso já lecionou¹⁰ sobre a evolução da interpretação jurídica, começando pelo jusnaturalismo, com os problemas decorrentes de se conceber uma ideia do direito puramente subjetiva, passando pelo positivismo jurídico, que pregava a subserviência inumana, totalitária, ao Direito escrito, chegando à velha *dogmática tradicional*, segundo a qual a interpretação jurídica seria um mero processo de aplicação da lei ao caso concreto, sem maiores considerações, sendo o juiz apenas “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*” (Montesquieu, *De l’esprit des lois*, livre XI, chap. 6, 1.748), não lhe competindo qualquer papel interpretativo.

O absurdo desta compreensão¹¹ levou a soluções como a teoria crítica do direito, que preconiza “a atuação concreta, a militância do operador jurídico, à vista da concepção de que o papel do conhecimento não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação.”¹²

Chega-se, então, ao *pós-positivismo* e à *Normatividade dos Princípios* onde há uma superação do positivismo jurídico, e um retorno reflexivo¹³ ao período jusnaturalista, com uma nova reaproximação da ética com o Direito, sem a necessidade, contudo, de que tal se desse pela concepção de um *lógos* universal.

Recusa-se uma ideia de verdade, em prol da construção permitida por um diálogo permanente.

⁹ *Curso de Direito Constitucional*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 79/80.

¹⁰ “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro” (*in Revista da EMERJ*, v. 4, n. 15, 2001, p. 11 e ss.)

¹¹ “*Summum ius, summa iniuria.*”

¹² BARROSO, *op. cit.*, p. 21

¹³ Conforme a concepção original e extensiva de PROCLLO, retomada no Renascimento por PICO DELLA MIRANDOLA (*De Ente et Uno*), para os quais o retorno aos princípios seria um novo conceito do caminho para a renovação.

Assim, atualmente, admite-se que a melhor interpretação será aquela que se deixar guiar pela compreensão de que, além do direito escrito, deve-se reconhecer a normatividade dos princípios e a natureza essencial dos direitos fundamentais.

“Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não¹⁴, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins”, e assim, “servem de guia para o intérprete.”¹⁵

A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central¹⁶.

A Constituição se torna, atualmente, um modo de olhar e interpretar toda a atividade social, que no campo jurídico se chama de filtragem constitucional, pela qual toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.

3.2) Empregando os métodos tradicionais de interpretação, para a compreensão do significado do termo “tribunal”, confor-

¹⁴ Aqui, Luis Roberto Barroso cita JÜRGEN HABERMAS (*Direito e Democracia: entre felicidade e validade*, v. 1997, p. 303), ao mencionar decisão do Tribunal Constitucional Alemão: ‘O direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. Em certas circunstâncias, pode haver um ‘mais’ de direito em relação aos estatutos positivos do Estado, que tem a sua fonte na ordem jurídica constitucional como uma totalidade de sentido e que pode servir de corretivo para a lei escrita; é a tarefa da jurisdição encontrá-lo e realizá-lo em suas decisões’”.

¹⁵ BARROSO, *op. cit.*, p. 33.

¹⁶ Entre estes princípios, temos o princípio da razoabilidade, pelo qual o Judiciário pode invalidar os atos legislativo e administrativo, quando não houver adequação entre o fim perseguido e o meio empregado, quando a medida adotada não seja exigível ou necessária, existindo caminho alternativo para chegar ao mesmo resultado, exigindo-se o mínimo de prejuízo para o direito individual e quando não houver proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida tem maior relevo do que aquilo que se ganha. Tal princípio não se traduz em voluntarismo por parte do Poder Judiciário, e sim abre caminho para uma ação construtiva para se criar o melhor resultado. Outro princípio é o da dignidade da pessoa humana, que é composto por um mínimo existencial, ou seja, o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável para o desfrute da própria liberdade. Aqui temos a renda mínima, o acesso à saúde básica e educação fundamental e o acesso à justiça.

me inserido no artigo 96, I, “a”, primeira parte, da Constituição Federal

Os métodos tradicionais de interpretação são classificados, de um modo geral, como sendo a interpretação gramatical, histórica, lógica e sistemática. Embora limitados, apontam a solução do problema.

3.2.1) Os métodos gramatical, lógico e sistemático

Estes são métodos utilizados como ponto de partida para a identificação de inconsistências, com vistas à decidibilidade do problema¹⁷.

O método de *interpretação literal ou gramatical*, que leva em conta os termos do texto constitucional¹⁸, emprega uma análise filológica, para encontrar o real sentido da palavra, não deixa qualquer dúvida quanto ao sentido do termo “tribunal”, empregado no artigo 96, I, da Constituição Federal.

Parte-se do pressuposto de que a ordem das palavras e o modo como elas estão conectadas são importantes para obter-se o correto significado da norma.

Tribunal não é sinônimo de órgão colegiado, ou de “instância superior”, mas sim significa “o conjunto dos magistrados ou os magistrados ou pessoas que administram a justiça.”

A palavra “Tribunal” vem do latim, *tribunal*, que era o “lugar onde se sentavam os tribunos”, daí: “Tribuna onde se sentavam os magistrados, os juízes” (Cícero, “*Verrinas*” 2, 94), segundo o **Dicionário Escolar Latino-Português**, org. por Ernesto Faria, ed. MEC, 1955, p. 933).

Etimologicamente ingressa no português em 1549, conforme o “Tractado moral de lououres & perigos dalgus estados seculares”, composto por Sancho de Noronha, segundo o **Dicionário Houaiss** (ed. Objetiva, Rio de Janeiro, 2001, 1ª ed, p. 2765), sendo utilizada para designar a “...cadeira de juiz ou magistrado,

¹⁷ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação*: Atlas, São Paulo, 1988, p. 260 ss.

¹⁸ *Apud* NAGIB SLAIB FILHO, “Hermenêutica Constitucional”, in *Revista de Direito da EMERJ*, v. 4, n. 16, p. 75.

ext., local de julgamento judicial” (**Dicionário Etimológico Nova Fronteira**, Antônio Geraldo da Cunha, 2ª ed, p. 788, Rio de Janeiro, 1996), ou “o estrado em que nas casas destinadas ao julgamento e à administração da justiça tomavam assento os juízes e outras pessoas de distinção.” (Caldas Aulete, **Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa**, ed. Delta, Rio de Janeiro, 1958, v. 5, p. 5079).

Modernamente, assenta-se que “Tribunal” “é o órgão de soberania onde se discutem, julgam e decidem questões forenses e do contencioso administrativo, onde se fazem os julgamentos, onde se administra a justiça, assegurando a defesa dos direitos e interesses juridicamente protegidos dos cidadãos. (**Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea**, da Academia das Ciências de Lisboa, ed. Verbo, v. II, 2001, p. 3632).

Assim também Caldas Aulete: “Casa das audiências judiciais, onde se julgam e decidem as questões forenses, e as do contencioso administrativo. Lugar onde se é julgado. Os magistrados ou pessoas que administram a justiça. A junta ou sessão de magistrados. (**Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa**, ed. Delta, Rio de Janeiro, 1958, v. 5, p. 5079) e o **Dicionário Houaiss** (*op. cit., loc. cit.*): “...2. jur. Lugar em que se realizam as audiências judiciais e se fazem os julgamentos. 3. jur. Conjunto dos magistrados ou pessoas que administram a justiça.”.

Em matéria jurídica, escreve De Plácido e Silva (**Vocabulário Jurídico**, ed. Forense, edição universitária, v. III, 1ª ed., 1987, p. 417): “Tribunal- Do latim *tribunal* (assento dos magistrados); de *tribunus*, nome dado ao magistrado romano, que defendia o povo, ou a *tribus*, no Senado Romano, em sentido lato, entende-se *todo magistrado*, ou *colégio de magistrados*, a que se defere uma jurisdição. E, assim, tribunal tanto se refere à autoridade administrativa, como à autoridade judicial, ao juiz singularmente considerado, como ao colégio de juízes. Na terminologia do direito francês, tribunal designa o magistrado, ou o corpo de magistrados, exercendo uma jurisdição, em regra, de caráter inferior, sendo os tribunais de ordem superior denominados de Cortes (*Cours*).

Na linguagem do direito brasileiro, Tribunal tanto designa o que tem jurisdição superior, como aquele que este se subordina. Tribunal, no conceito do direito processual brasileiro é somente o órgão judicante coletivo, isto é, o grupo, ou colégio de juizes, a que se comete jurisdição para administrar a justiça, em determinado território, assim se distinguindo dos órgãos judiciários singulares, constituídos pelos juizes.”

Por fim, segundo o dicionário AURÉLIO, que registra entradas pelo verbete “tribunal”, e pelo verbete “tribunal de justiça”: “Do lat. *Tribunale*, cadeira de juiz ou magistrado. Jurisdição dum magistrado, ou de um corpo de magistrados que julgam em conjunto. Casa onde se discutem e julgam as querelas judiciais. Entidade moral capaz de formar juízo e considerar-se juiz. Tudo que julga. Lugar onde se é julgado. Corpo coletivo superior; conselho. Ant. Designação genérica de qualquer órgão de deliberação coletiva, fosse de natureza administrativa, ou judiciária, ou consultiva, etc. e Tribunal de justiça. Bras. Órgão colegiado constituído de juizes de segunda instância (desembargadores), com jurisdição comum, subdividido em seções, câmaras ou turmas, e competente para julgar os recursos das decisões de primeira instância e as causas originárias que lhe são reservadas por lei; foro.”

Processualmente, ou seja, no Código de Processo Civil e no Código de Processo Penal, temos tal definição, nos capítulos próprios.

Terá querido o constituinte designar tribunal de tal forma? Vimos que sua vontade não é guia da interpretação constitucional, eis que se deve utilizar dos modernos critérios de interpretação aberta, e da inserção da norma em um contexto.

Seguramente, por esta forma de interpretação, não resta dúvida de que o termo “tribunal” empregado no artigo 96 da Constituição Federal refere-se a totalidade dos magistrados que fazem parte do mesmo.

Ao se empregar a *interpretação lógica ou racional*, pretende-se “desvendar o sentido e o alcance da norma, estudando-a por meio de

raciocínios lógicos¹⁹, analisando os períodos da lei e combinando-os entre si, com o escopo de atingir perfeita compatibilidade”²⁰, método que se emprega *pari passu* com a *interpretação sistemática*, que pressupõe a “unidade do sistema jurídico do ordenamento”²¹, segundo a qual uma norma não existe isoladamente, e deve o intérprete, portanto, investigar qual a tendência dominante nas várias disposições existentes sobre matérias correlatas²². Por ele, “relaciona-se a norma com outras que digam respeito ao mesmo objeto”²³.

A Constituição Federal emprega quase duzentas vezes a palavra “tribunal” e seu plural “tribunais”.

Excetuando-se as vezes em que utilizou a palavra como referência aos tribunais superiores ou de segunda instância da Justiça Federal ou órgãos administrativos estranhos ao Poder Judiciário (Tribunal de Contas), é somente no Capítulo III (“Poder Judiciário”), do TÍTULO IV (“Da Organização Dos Poderes”), onde podemos visualizar que a palavra foi empregada tanto na acepção do gênero, como sinônimo de *Poder Judiciário*, a indicar o todo, o conjunto de magistrados (juízes e desembargadores), quanto na da espécie, quando se empregou o termo “tribunal” como sinônimo de *órgão de segunda instância* (ou instância recursal, ou o órgão composto por desembargadores).

¹⁹ Como procedimentos para esta interpretação, recomenda TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR: 1º) uma atitude formal, que procura solucionar eventuais incompatibilidades pelo estabelecimento: a) de regras reais quanto à simultaneidade de aplicação de normas, que introduzem critérios de sucessividade (lei posterior revoga a anterior), de especialidade (lei especial revoga a geral), de irretroatividade (lei posterior não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido) ou de retroatividade (pode retroagir, para dar a solução mais justa ao caso); b) de regras alusivas ao problema da especialidade, tendo em vista a aplicação das normas em territórios diversos (*lex loci* da celebração do negócio jurídico); 2º) uma atitude prática, para evitar incompatibilidades à medida que elas forem se apresentando, repensando as disposições normativas. (p. ex.: soluções da jurisprudência). 3º) atitude diplomática, que recomenda ao intérprete, tentando evitar incompatibilidades em certo momento e em determinadas circunstâncias, buscando uma solução, ainda que provisória, para o caso.

²⁰ MARIA HELENA DINIZ, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*: Saraiva, São Paulo, 1988, p. 388.

²¹ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *op. cit.*, p. 262.

²² *Apud* CAIÓ MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *op. cit.*, *loc. cit.*

²³ MARIA HELENA DINIZ, *op. cit.*, p. 389.

Excetuando-se os casos em que o emprego foi indubitoso²⁴, ou quando se distingue a espécie do gênero, como na hipótese do artigo 125, § 1º²⁵, ou quando há atribuição de funções ao tribunal, como por exemplo, nas disposições do artigo 93, II, d²⁶, VIII²⁷, 95²⁸ e 126²⁹, existem hipóteses em que o texto constitucional não fez tal distinção.

Nestas hipóteses, não é permitido ao intérprete permear a norma com qualquer tipo de interpretação que represente uma redução de alcance do princípio democrático, mormente afastando a norma do sistema, que se dirige pelo Estado Democrático de Direito.

Este, sem dúvida, é o caso do artigo 96, I, “a”, da Constituição.

Para reforçar a robustez desta conclusão, alcançada pela interpretação sistemática, vemos que nos últimos anos, impôs-se a tendência da escolha democrática dos órgãos de direção das demais funções essenciais à justiça, como o Ministério Público³⁰, a

²⁴ Como no Título IX da Constituição, que trata das suas “disposições gerais”: “Art. 235 - Nos dez primeiros anos da criação de Estado, serão observadas as seguintes normas básicas: IV - o Tribunal de Justiça terá sete Desembargadores;”

²⁵ “Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.”

²⁶ “d) na apuração da antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;”

²⁷ “o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto de dois terços do respectivo tribunal, assegurada ampla defesa;”

²⁸ “Art. 95 - Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;”

²⁹ “Art. 126 - Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça designará juízes de entrância especial, com competência exclusiva para questões agrárias.”

³⁰ No Estado do Rio de Janeiro, a Lei Complementar estadual n. 67 de 31 de outubro de 1990, que alterou a Lei Complementar n. 28 de 21 de maio de 1982, estabelece que: “Artigo 7º - A Chefia do Ministério Público é exercida pelo Procurador-Geral de Justiça, nomeado pelo Governador do Estado dentre os integrantes da carreira indicados em lista tríplice, para mandato de dois (2) anos. § 1º - A lista de que trata o presente artigo será composta em eleição a ser realizada de dois em dois anos no dia 14 de dezembro (dia nacional do

Defensoria Pública³¹ e a Ordem dos Advogados do Brasil³², tratadas no mesmo título que o Poder Judiciário.

De modo que é assistemático prever-se a escolha dos cargos dirigentes dos Tribunais por um colegiado restrito, método incompatível, de toda sorte, com o princípio democrático.

3.2.2) O método histórico

O método histórico, rotulado frequentemente como mero elemento da atividade da hermenêutica³³, remete o intérprete às “normas que vigoraram no passado e que antecederam a nova disciplina para, por comparação, entender os motivos condicionantes

Ministério Público), mediante voto obrigatório direto e secreto de todos os membros do Ministério Público, considerando-se classificados para integrá-la os três concorrentes que, individualmente, obtiverem a maior votação. § 2º - Em caso de empate, considerar-se-á classificado para integrar a lista o candidato mais antigo na carreira, ou, sendo igual a antiguidade, o mais idoso. § 3º - Somente poderão concorrer à eleição os membros do Ministério Público que tenham mais de dois (2) anos de efetivo exercício na carreira e que dela não estejam afastados. § 4º - Vetado. § 5º - Caso o Chefe do Poder Executivo não efetive a nomeação do Procurador-Geral de Justiça nos quinze (15) dias que se seguirem ao recebimento da lista tríplice, o candidato mais votado será investido no cargo pelo órgão Especial do Colégio de Procuradores, nos três dias úteis subsequentes.”

³¹ No Estado do Rio de Janeiro, a Lei Complementar n. 95, de 21 de dezembro de 2000, que altera a Lei estadual 2.657 de 26 de dezembro de 1996: “Artigo 7º - A Chefia da Defensoria Pública é exercida pelo Defensor Público Geral do Estado, dentre os integrantes da classe final e da classe intermediária da carreira, maiores de trinta e cinco anos e com mais de 03 (três) anos de carreira, indicados em lista tríplice, para mandato de 04 (quatro) anos, coincidente como mandato do Governador do Estado. § 1º - A lista de que trata o presente artigo será composta em eleição a ser realizada na primeira quinzena de novembro do último ano do mandato do Governador do Estado, mediante voto direto, unipessoal, obrigatório e secreto de todos os membros da Defensoria Pública, considerando-se classificado para integrá-la os três concorrentes que obtiverem a maior votação.” (D.O. Poder Executivo de 22/12/2000, p. 1).

³² Estabelece o artigo 63 da Lei Federal nº 8.906, de 04 de julho de 1994 (Estatuto da O.A.B.): “Art. 63. A eleição dos membros de todos os órgãos da OAB será realizada na segunda quinzena do mês de novembro, do último ano do mandato, mediante cédula única e votação direta dos advogados regularmente inscritos. § 1º A eleição, na forma e segundo os critérios e procedimentos estabelecidos no Regulamento Geral, é de comparecimento obrigatório para todos os advogados inscritos na OAB.”

³³ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *op. cit.*, *loc. cit.* (“A origem histórica da lei é fato às vezes ponderável na apuração das modificações por que passa a legislação em um dado momento”).

de sua gênese”³⁴, utilizando-se também os textos que registram a discussão sobre a norma.

Pode-se afirmar que faz parte da tradição constitucional de nosso país que o Poder Judiciário eleja seus órgãos dirigentes, como um resultado do Princípio da Separação dos Poderes, sem a interferência do Poder Executivo ou do Legislativo, com algumas oscilações ao longo das nossas sucessivas Cartas.

Em nossa primeira Constituição, ainda no Império (1824) assegurava-se a independência do Poder Judiciário (artigo 151), mas não se previa expressamente a eleição *interna corporis* dos seus dirigentes.

Surge a regra pela primeira vez com a República, prevendo a Constituição de 1891 que “os tribunais federais elegerão *de seu seio* os seus presidentes e organizarão as respectivas secretarias” (artigo 58, grifei), dentro da ótica que prevaleceu para nossa Federação.

A previsão constitucional do autogoverno do Poder Judiciário desaparece na ambígua Constituição de 1934 (artigo 67, “a”), que refletia as ideias liberais das revoluções de 1930 e 1932, e totalitárias então em voga³⁵, e na Constituição de 1937 (artigo 93, “a”), a “polaca”, de feição unitária e de inspiração fascista.

A regra volta com a democratização, como se observa na Constituição de 1946 (artigo 97. “Compete aos tribunais: I- eleger seus presidentes e demais órgãos de direção.”), sendo repetida, *ipsis litteris*, na Constituição outorgada pelo ditadura militar, no ano de 1967 (artigo 110, I), que estabelecia a independência formal do Poder Judiciário, não obstante o obscurantismo inaugurado a partir de então.

³⁴ TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *op. cit.*, p. 263.

³⁵ “A Constituição de 1934 teve vida curta. Ao mesmo tempo em que tentou estabelecer uma ordem liberal e moderna, buscou também fortalecer o Estado e seu papel diretor na esfera econômico-social. O resultado não agradou a Vargas, que se sentiu tolhido em seu raio de ação pela nova Carta. Em seu primeiro pronunciamento, Getúlio tornou pública sua insatisfação; em círculos privados, chegou a afirmar que estava disposto a ser o “primeiro revisor da Constituição.”, “A Era Vargas. Anos de Incerteza - 1930-1937. A Constituição de 1934” (fonte: http://www.cpdoc.fgv.br/nav_historia/htm/anos30-37/ev_constituicao_1934.htm).

A “Emenda Constitucional” n. 01 de 1969, nova Constituição de fato, cristalização do recrudescimento do regime militar, modificou a redação do dispositivo, estatuidando que “Compete aos Tribunais: I- eleger seus presidentes e demais titulares de sua direção;” (artigo 115).

Findo oficialmente o regime de exceção, a atual Constituição da República estabelece que: “art. 96 - Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos (...);”.

Sem destoar, vale ressaltar que mesmo diante da ordem constitucional pretérita, o entendimento se mantém.

Assim, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, (**Comentários à Constituição Brasileira - Emenda Constitucional n. 01 de 17 de outubro de 1969**, 2º volume, ed. Saraiva, 1974, p. 235), comentando o artigo 115, I: “Defere a Constituição aos Tribunais a escolha de seus presidentes e demais componentes dos órgãos que dirigirão seus trabalhos. A previsão parece óbvia. Entretanto, nos Estados Unidos, o Presidente da Suprema Corte é nomeado pelo presidente da República, embora vitaliciamente.”

Também Themistocles Brandão Cavalcanti³⁶, discorrendo sobre o artigo 97 da Constituição de 1946, que estatuiu (“Compete aos tribunais: eleger seus presidentes e demais órgãos de direção...”): “O texto é mais amplo e preciso do que os daqueles já encontrados nas Constituições de 1891 (artigo 58, parágrafo 1º) e de 1934 (artigo 67). A eleição do Presidente e órgãos de direção é inerente à própria independência do órgão coletivo. É uma delegação de poderes que envolve o prestígio e o interesse coletivo do Tribunal. Não obstante, sob o regime da Carta de 1937, o Presidente do Supremo Tribunal Federal passou a ser livre escolha do Presidente da República, entre os Ministros do Tribunal. O preceito já foi revogado, voltando ao regime tradicional da eleição, consagrado no texto constitucional.”

Tal norma existe e se mantém em nossa tradição constitucional, afora os períodos mencionados, para assegurar a independên-

³⁶ A Constituição Federal Comentada, 3ª ed., v. II, José Konfino, 1956, p. 301.

cia do Poder Judiciário, prevista expressamente no artigo 2º o da *Charta Magna*, que não poderia existir ou vicejar se dependesse o Poder Judiciário da ingerência de representante de outro dos Poderes da República na escolha de seus dirigentes.

Discorrendo sobre a Constituição de 1946, Pontes de Miranda dizia que “nenhuma Constituição estadual pode entregar ao Governador, ou à Assembléia legislativa, a designação do Presidente dos Tribunais de Justiça, ou outros quaisquer. Tão pouco dar a presidência ao mais antigo, ou de qualquer modo excluir a eletividade.” (**Comentários à Constituição de 1946**, ed. Boffoni, Rio de Janeiro, v. II, p. 170, mantendo idêntico comentário, na obra **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda 01, de 1969**, tomo III, 2ª ed., ed. RT, São Paulo, 1970, p. 585).

3.2.3) O método teleológico e axiológico

Enquanto no *método teleológico*, “verifica-se o fim prático da norma, observando que o objetivo e a razão da lei são indicados pelas exigências sociais que ele é chamado a satisfazer”³⁷, o *método axiológico* “funda-se na apreensão dos valores tutelados pela norma jurídica, nos princípios postos pela norma constitucional, de modo a fazer prevalecer, em cada caso, o valor de patamar superior”³⁸, chegaremos à conclusão de que a norma do artigo 96, I, “a” da Constituição não teve por outro objetivo senão o de instituir a autonomia do Poder Judiciário, sob os auspícios da democracia.

No preâmbulo da Constituição³⁹, ao se estatuir que os representantes do povo brasileiro têm a finalidade de instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício de diversos princípios, entre eles a igualdade, como valor supremo de uma sociedade fraterna e pluralista, não é possível enxergar-se que um dos Poderes da República fosse menos democrático do que os demais.

³⁷ EDUARDO ESPÍNOLA e EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, atualizado por SILVA PACHECO, v. 1º, ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1995, p. 165.

³⁸ NAGIB SLAIB FILHO, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁹ Conforme texto oficial, publicado no *Diário Oficial da União* n. 101-A, de 05 de outubro de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional

No subsequente “Título I” da Constituição, que trata dos “Princípios Fundamentais”, vemos que a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, fundado no “pluralismo político”⁴⁰, o que exclui a possibilidade de deliberação autocrática da condução de um dos poderes da República.

Por fim, o *standart* da igualdade entre os poderes, inerente à independência e à harmonia que viceja entre eles, consoante o artigo 2º da Lei Fundamental⁴¹, impede a existência de organização de um dos Poderes de forma não democrática ou oligárquica.

3.3) Empregando os métodos de interpretação constitucional específicos, para a compreensão do significado do termo “tribunal”, conforme inserido no artigo 96, I, “a”, primeira parte, da Constituição Federal

A discussão até aqui travada, embora apresente resultados satisfatórios para a tese defendida, não encerra a questão.

A busca pela consolidação democrática, pela harmonização da norma constitucional, através da construção de uma sociedade “pluralista” (artigo 1º, V, CF) e “livre, justa e solidária” (artigo 3º, I, CF), somente será alcançada com a aplicação dos métodos específicos e hodiernos de interpretação das normas constitucionais.

Interpretação constitucional é concretização (KONRAD HESSE, *op. cit.*, p. 61). Constituição e realidade não podem ser isoladas uma da outra. Para a realização da Constituição, não basta

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

⁴⁰ “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: V - o pluralismo político.”

⁴¹ Art. 2º - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

ater-se ao seu texto linguístico. Para poder dirigir a conduta humana em uma determinada situação, a norma precisa ser concretizada. Para a concretização, deve-se atentar para as particularidades da vida real. A concretização do conteúdo da norma constitucional somente é possível com o emprego das condições da “realidade” que essa norma está determinada a ordenar.

Dentro desta concepção, podem-se sintetizar os cânones empregados para a interpretação constitucional:

a) o intérprete não pode compreender o conteúdo da norma fora da existência histórica. É necessário que o hermeneuta insira a origem da norma dentro de um contexto histórico, tendo em conta ainda a evolução do direito constitucional naquele campo.

b) Procedimento de concretização das normas constitucionais: não pode haver método de interpretação autônomo. Não se pode usar um único método de interpretação.

*c) Limites da interpretação: a **constitutio scripta** é um limite insuperável. Não pode haver mutação constitucional por interpretação. A letra da norma constitucional não pode ser distorcida pela sua interpretação.*

d) Só se declara a inconstitucionalidade de uma norma jurídica acima de qualquer dúvida razoável. Se há dúvida quanto à constitucionalidade de uma norma, deve-se entendê-la como constitucional.⁴²

e) Interpretação conforme a constituição. Uma lei não deve ser declarada nula quando ela puder ser interpretada em consonância com a Constituição. Ocorre de duas formas: aplicando-se a interpretação compatível com a Constituição ou pela superação de uma dúvida ou ambigüidade da norma em questão pela determinação, pelos demais dispositivos da própria Constituição. Em nenhum caso uma lei deve ser declarada nula se a inconstitucionalidade não é evidente, se existem somente objeções, por mais sérias que sejam. “O

⁴² NAGIB SLAIB FILHO, *op. cit.*, p. 89.

legislador democrático tem a presunção de constitucionalidade de sua vontade”⁴³.

Interpretação constitucional é, portanto, uma atividade que transcende a simples aplicação do direito, ou a compreensão e a explicitação do sentido de uma norma⁴⁴, tamanho o grau de influência desta atividade no corpo social.

Deve-se buscar, dentro desta inafastável perspectiva, uma verdadeira *democratização da interpretação constitucional*, através da participação neste processo de todos os grupos ou indivíduos que vivem a norma, posto que “quem vive a norma acaba por interpretá-la, ou ao menos co-interpretá-la”, na feliz expressão de Peter Häberle⁴⁵.

Desta forma, temos como consequências desta ótica que o juiz constitucional não interpreta no processo constitucional de forma isolada, e que a “Corte constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com sua atualização públi-

⁴³Apud H. HESSE, *op. cit.*, p. 73. Hoje, a regra é mencionada no artigo 28, parágrafo único, da lei 9.869/99, que regula o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

⁴⁴Idem, H. HESSE, *Grudzüge*, p. 21.

⁴⁵**Hermenêutica Constitucional**, ed. Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1997, p. 13. Veja-se também o que já foi mencionado sobre o tema, consoante a doutrina pungente de LUIS ROBERTO BARROSO, *op. cit.*, e supra, n. 3.2. JÜRGEN HABERMAS, partindo da mesma concepção de interpretação constitucional a partir de uma “comunidade de intérpretes”, estatuiu que “o direito legítimo se reproduz apenas através de uma circulação do poder constitucionalmente regulada”, que se alimenta da comunicação de uma esfera pública não corrompida e enraizada no núcleo das esferas privadas de um mundo da vida não distorcido, através das redes da sociedade civil.” (“Between Facts And Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy”), citado por GISELE CITTADINO (1988-1998, **Uma Década da Constituição**, p. 359), que acrescenta, com propriedade: “Em outras palavras, (...) o cidadão atua decisivamente no âmbito da sociedade civil e da esfera pública política, a sua vontade e opinião, ainda que informais, interagem e influenciam as decisões e deliberações tomadas no âmbito do sistema político.” (*op. cit.*, *loc. cit.*). Não se deve, aqui, imaginar qualquer comunhão com a tese do direito norte-americano do chamado “minimalismo judicial”, defendida por CASS SUNSTEIN (“Sobre o Minimalismo Judicial de Cass Sunstein”, resenha de FLÁVIO GALDINO, *in Arquivos de Direitos Humanos*, v. 2, Renovar, Rio de Janeiro, 2000, p. 173 ss.), que prega, em casos onde não haja consenso na sociedade, que a Corte Constitucional abstenha-se de examinar a causa, durante determinado período.

ca”⁴⁶, ou seja, pelas manifestações públicas e por meio de ensaios e discussões sobre o tema.

Assim, e desde que a Constituição é “um espelho da publicidade e da realidade”⁴⁷, e, mais que isso, é “também a fonte de luz”⁴⁸, possuindo uma função diretiva eminente, não se pode conceber a referida norma do artigo 96, I, “a” da Constituição Federal de 1988 como algo isolado de todo o sistema constitucional, nem tampouco impermeável às opiniões da sociedade.

4- A SOCIEDADE ABERTA INTERPRETA A CONSTITUIÇÃO

A democracia é algo tão óbvio e inerente às pessoas, é tão basilar para permitir o relacionamento social, que mesmo as mais simples organizações humanas refletem seu princípio básico: o direito de todos escolherem o destino comum, ainda que por meio de seus representantes.

A natureza política do ser humano, já estabelecida por Aristóteles⁴⁹, impõe tal concepção.

Assim, dos condomínios em edificações⁵⁰, aos sindicatos⁵¹, aos clubes privados, passando pelas Universidades pú-

⁴⁶ PETER HÄBERLE, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁷ PETER HÄBERLE, *op. cit.*, p. 34.

⁴⁸ No original: *Sie ist auch die Lichtquelle*, *idem, ibidem*.

⁴⁹ “ (...) É evidente, pois, que a cidade faz parte das coisas da natureza, que o homem é naturalmente um animal político, destinado a viver em sociedade, e que aquele que, por instinto, e não porque qualquer circunstância o inibe, deixa de fazer parte de uma cidade, é um ser vil ou superior ao homem.”, ARISTÓTELES (O Político, Capítulo I, parágrafo 9º, *Ediouro*, p. 13).

⁵⁰ Onde é intuitivo que o síndico será eleito pela maioria dos condôminos, como se vê na Lei 4.591/64: “Art. 22. Será eleito, na forma prevista pela Convenção, um síndico do condomínio, cujo mandato não poderá exceder de 2 anos, permitida a reeleição e § 5º O síndico poderá ser destituído, pela forma e sob as condições previstas na Convenção, ou, no silêncio desta pelo voto de dois terços dos condôminos, presentes, em assembléia-geral especialmente convocada.” Note-se ainda que o artigo 24, § 4º foi modificado pela Lei 9.267 de 25/03/1996, passando a admitir que mesmo os inquilinos passassem a votar nas assembléias: “Nas decisões da Assembléia que não envolvam despesas extraordinárias do condomínio, o locatário poderá votar, caso o condômino-locador a ela não compareça.

⁵¹ CLT: “Art. 529 - São condições para o exercício do direito do voto como para a investidura em cargo de administração ou representação econômica ou profissional: a) ter o associado mais de 6 (seis) meses de inscrição no Quadro Social e mais de 2 (dois) anos de exercício da atividade ou da profissão; b) ser maior de 18 (dezoito) anos; c) estar no gozo dos direitos sindicais. Parágrafo único - É obrigatório aos associados o voto nas eleições sindicais.”

blicas⁵², não se poderia conceber qualquer destes aglomerados humanos onde vicejasse a não participação de todos aqueles que possuem íntima ligação com aqueles, sob pena de configurarem injustiça e questionáveis privilégios.

Ainda que a marcha constitucional seja inevitável, mesmo instituições não democráticas, e muito mais complexas, já tiveram historicamente seu momento democrático, como anota Leonardo Boff⁵³.

Nos demais Poderes da República, que se situam no mesmo patamar que o Poder Judiciário, o Executivo e o Legislativo, o que se vê é a plena e direta participação do povo (Executivo) ou de todos os seus membros na escolha de suas “mesas”, ou seja, seus órgãos diretivos e representativos⁵⁴.

⁵² Lei nº 1.115 de 16 de janeiro de 1987 (“Dispõe sobre a forma de elaboração de lista tríplice para nomeação do Reitor e Vice-Reitor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ”): Art. 1º - “O Reitor e Vice-Reitor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, serão nomeados pelo Governador do Estado, dentre professores indicados em lista tríplice, resultante de eleição direta realizada nos termos desta Lei. (...)”.

⁵³ Que lembra, com a erudição que lhe é peculiar, que na Igreja Católica, o Papa era eleito pela comunidade eclesial e de fiéis, mencionando RUDOLF FISCHER-WOLLPERT, no livro **Léxico dos Papas - de Pedro a João Paulo II** (Ed. Vozes, Petrópolis, 1991, p. 263-267), o verbete “Eleição do Papa”, onde se historia todo o processo da escolha do Papa: “Nos primórdios da Igreja, o bispo de Roma (como também os demais bispos) era eleito pelo clero e pelo povo da cidade” (p. 263). “Isso vigorou até 1509, quando o Papa Nicolau II decretou que os cardeais-bispos escolhessem os nomes para papa, apresentando-os depois aos cardeais-clérigos. Há a eleição. Mas compete ao clero e ao povo acolher ou não o nome da escolha. Se não houver o aplauso do povo, procede-se a nova eleição. Como se depreende, embora não votem, têm poder de fazer e desfazer o Papa, o que equivale a um poder de decisão negativa. Sem o povo não há papa. Isso funcionou até 1274 quando o Concílio Ecumênico de Lião estabeleceu que os cardeais da Cúria Romana, após a morte do Papa (sem esperar os cardeais de fora) se reúnem num recinto fechado a chave (conclave) para escolher o sucessor. O povo fica totalmente de fora. Até os dias de hoje. Mas em todo o cristianismo até o ano mil valia o pensamento jurídico antigo segundo o qual “tudo o que interessa a todos, deve ser decidido por todos.” E aí entrava o povo na eleição de vários ministérios (funções de serviço) na Igreja também do Papa.”

⁵⁴ Nos regimentos internos das duas Casas Legislativas do Congresso Nacional, não se vê qualquer disposição que diga, ainda que indiretamente, que somente poderão votar para a escolha dos membros das Mesas somente os congressistas mais antigos, ou mais votados, ou de determinado partido ou coligação, ou oriundos de determinado Estado da Federação. No Senado: “No início de legislatura, os Senadores eleitos prestarão o compromisso regimental na primeira reunião preparatória; em reunião seguinte, será realizada a eleição do Presidente e, na terceira, a dos demais membros da Mesa;”, conforme o Artigo 3º, V, da Resolução nº 93, de 1970, segundo o sítio do Senado Federal (www.senado.gov.br).

Se não estivesse prevista a escolha dos Presidentes das Casas por todos os seus membros, além de evidentemente inconstitucional, por ferir todo o ordenamento constitucional, estaria consagrado um verdadeiro regime oligárquico dentro do Congresso.

Mencione-se ainda, o que se disse sobre as funções essenciais à justiça (como o Ministério Público, a Defensoria Pública, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, e a O.A.B., no plano federal), quando se falou sobre o método de interpretação sistemática.

Veja-se que na impossibilidade de o Governador do Estado continuar no cargo, assim como seu Vice-Governador e o Presidente da Assembleia Legislativa, quem assumiria o cargo seria o Presidente do Tribunal, no caso, eleito por um número máximo de poucas centenas de desembargadores.

Dentro desta perspectiva, já é assunto corrente entre os magistrados a necessidade de adoção de um sistema democrático de escolha dos representantes do Poder Judiciário.

Assim, no “XVII Congresso Brasileiro de Magistrados - Natal/RN, 24 a 27 de outubro de 2001”, que teve como conclusões a chamada “Carta de Natal”⁵⁵, propuseram, entre outras medidas destina-

⁵⁵ “Os magistrados brasileiros reunidos no XVII Congresso Brasileiro de Magistrados, realizado na cidade de Natal, Rio Grande do Norte, considerando a inadiável necessidade de uma ordem jurídica justa e acessível a todos visando à afirmação nacional e ao fomento da cidadania e da paz social; considerando que é dever do juiz lutar pela preservação da independência e das prerrogativas da magistratura, indispensáveis à construção dessa ordem como garantia do cidadão; considerando que os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos são intangíveis conquistas da humanidade que não podem ser restringidas em nome da segurança; considerando a premência de uma equânime repartição das riquezas para acesso de todos aos bens sociais, a eliminação da pobreza e da exclusão social; considerando o papel transformador do juiz:

REAFIRMAM seu compromisso com a Nação em defesa da Justiça, da Ética e da Democracia e sua crença na superação desse grave momento por que passa a humanidade, mediante o aperfeiçoamento das instituições e o alcance da paz mundial.

REPUDIAM, por inadmissível, qualquer restrição aos direitos constitucionais proposta em nome da segurança contra o terrorismo internacional, por constituir ameaça ao Estado Democrático de Direito e ensejar leis e atos de exceção.

ENTENDEM que a reforma do Poder Judiciário deve preservar as garantias da magistratura, assegurar o amplo acesso à Justiça, a efetividade das decisões judiciais, a independência dos juízes, a transparência administrativa, a autonomia financeira dos Tribunais e a participação de todos os juízes nas administrações dos Tribunais a que estão vinculados. PROPUGNAM a reforma e democratização do Poder Judiciário mediante a concretização das

das à modernização e moralização do Poder Judiciário, que devem ser feitas *“Eleições diretas, pelo voto de todos os juizes vitalícios, para os órgãos diretivos dos Tribunais, admitindo-se a possibilidade constitucional de sua instituição pelos Tribunais Estaduais, mediante proposta de emenda às respectivas Constituições.”*

Propôs-se, assim, a efetivação da democracia na órbita do Poder Judiciário, superando-se o atual sistema não representativo e autóctone, segundo o qual os cargos diretivos são preenchidos

seguintes proposições, expostas nos painéis, palestras e debates:

1. Repúdio à possibilidade de demissão de juizes por decisão administrativa, por configurar quebra da garantia da vitaliciedade indispensável à liberdade de julgamento e às garantias constitucionais dos cidadãos.
2. Rejeição da instituição de súmulas vinculantes por constituírem invasão de competência e usurpação de parcela de soberania confiada ao Poder Legislativo, propondo-se, como solução alternativa, a adoção da súmula impeditiva de recurso objetivando a celeridade dos julgados.
3. Eleições diretas, pelo voto de todos os juizes vitalícios, para os órgãos diretivos dos Tribunais, admitindo-se a possibilidade constitucional de sua instituição pelos Tribunais Estaduais, mediante proposta de emenda às respectivas Constituições.
4. Criação de Ouvidorias, em todos os Tribunais, para o estabelecimento de vias de comunicação direta com a sociedade.
5. Repúdio ao nepotismo, com vedação normativa expressa dessa prática relativamente aos três Poderes.
6. Eleições, por todos os juizes vitalícios, de metade da composição dos Órgãos Especiais dos Tribunais, sendo a outra metade composta pelo critério de antigüidade.
7. Manutenção da competência dos Juizes Estaduais para o julgamento dos crimes contra os direitos humanos, como preservação do princípio do juiz natural.
8. Ampliação da competência da Justiça do Trabalho para julgamento de todos os dissídios, individuais e coletivos, decorrentes de relações de trabalho.
9. Proibição de sessões secretas e exigência de fundamentação de todas as decisões administrativas dos Tribunais.
10. Participação de magistrados, escolhidos pelo voto direto de todos os juizes, na composição de Conselhos de Justiça e da Magistratura.
11. Fixação, por Resolução dos Tribunais, de critérios objetivos para a promoção por merecimento, observada a quinta parte mais antiga dos juizes, devendo as escolhas ser realizadas em sessões públicas
12. Preservação do critério de antigüidade na indicação para o exercício da jurisdição eleitoral e no preenchimento de pelo menos metade das vagas destinadas à remoção do juiz na carreira.

REITERAM sua crença na democracia como a única solução segura e duradoura para composição dos conflitos sociais, de legítimo exercício de poder e fortalecimento do Poder Judiciário como guardião da Constituição, da Justiça, da Liberdade e das esperanças dos cidadãos. Não há segurança nem Paz sem Justiça! Natal, 27 de outubro de 2001. ANTÔNIO CARLOS VIANA SANTOS - Presidente.”

pelo voto apenas dos desembargadores do Tribunal de Justiça, e juízes de alçada, nos Estados-membros que ainda os possuem.

5. A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 07 DE 11 DE MARÇO DE 1999, DO ESTADO DE SÃO PAULO

Dentro destes inúmeros contextos e anseios inquebrantáveis, o Estado de São Paulo tornou-se pioneiro ao erigir ao texto constitucional estadual a regra, de forma explícita, prevendo a eleição direta, por parte de todos os magistrados, de cargos de chefia do Poder Judiciário local, através da Emenda Constitucional nº 007 , de 11 de março de 1999.

Eis o seu texto: Art. 001 ° - O *caput* do art. 062 da Constituição do Estado passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 062 - O Presidente e o 1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça e o Corregedor Geral da Justiça comporão o Conselho Geral da Magistratura, e serão eleitos a cada biênio, dentre os integrantes do órgão especial, pelos Desembargadores, Juízes dos Tribunais de Alçada e Juízes vitalícios . Art. 002 ° - Esta Emenda Constitucional entrará em vigor na data de sua publicação.”

Foi, no entanto, objeto de representação por parte do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao Procurador Geral da República, que impetrou a ação direta de inconstitucionalidade n. 2012-9., sendo inicialmente indeferida a liminar, pelo Ministro Marco Aurélio, o que não foi confirmado, ao ser levada a matéria ao Plenário do Supremo Tribunal Federal.

6. AS OPINIÕES CONTRÁRIAS À TESE EXPOSTA

Toda busca da construção de um consenso democrático, e não como uma imposição autoritária e intolerante de uma verdade subjetiva, deve admitir-se enganosa, e sujeitar-se às críticas.

Esta é a filosofia autocrítica do conhecimento, defendida pelo filósofo Karl R. Popper⁵⁶, e por ele enunciada da seguinte

⁵⁶ **Sociedade Aberta, Universo Aberto (Offene Gesellschaft - offenes Universum)**, Publicações Dom Quixote, 3ª ed., Lisboa, 1995, p. 93 ss., em tópico sob o título “Tolerância e Responsabilidade Intelectual”.

forma: “*Se posso aprender contigo e quero fazê-lo no interesse da busca da verdade, então tenho não só de te tolerar, mas também de reconhecer como potencialmente portador dos mesmos direitos; a potencial unidade e igualdade de direitos de todos os homens é um pressuposto da nossa disposição para discutirmos racionalmente.*”⁵⁷.

Por este motivo, devem ser analisadas as objeções existentes contra a mudança no sistema de escolha dos órgãos diretivos do Poder Judiciário, tal como se tem defendido aqui.

Diversos argumentos têm sido trazidos a respeito da inconveniência da adoção da medida ora preconizada.

A mais comum argumentação é que seria inconveniente a “politização” do Poder Judiciário, o que traria a desavença para o seio da magistratura, desviando os magistrados de seu dever precípua.

Tal oposição vem cristalizada na Carta n. 04 de 2001, do “Colégio Permanente de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil”, que foi resultado da reunião ocorrida na cidade de São Luis, Maranhão, tendo concluído os Presidentes, entre outras coisas, em: “4) repudiar quaisquer tentativas de submissão dos Tribunais de Justiça a controles que importem na quebra do princípio da autonomia dos estados; 5) Posicionar-se contra a pretendida extinção dos tribunais de Alçada, que fere o princípio federativo, e contra a tese das eleições diretas para os cargos de direção dos tribunais, pelas nocivas e graves conseqüências delas decorrentes; 8) Reafirmar sua crença na Democracia, caminho único para a composição dos conflitos sociais, e a necessidade do fortalecimento do Poder Judiciário como guardião da Constituição, garantia de liberdade e da Justiça e esperança do povo.”⁵⁸

A argumentação parte da premissa de que não há dissenso político entre os membros da última classe da magistratura nos Estados, os desembargadores, e que as eleições para os cargos diretivos do Poder Judiciário ocorrem placidamente, sem alterações.

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 107.

⁵⁸ Conforme publicação do D.O. de 13/11/01, Poder Judiciário, Seção I, Estadual, p. 1 e 2.

No entanto, como é evidente, o embate político ocorre, com vivacidade, como em qualquer agremiação humana, sendo apenas restrito.

Nunca deixará de haver o embate de ideias e concepções quando se trata da escolha das pessoas que dirigirão a cúpula do Poder Judiciário, e todas as consequências que isto representa⁵⁹.

Ainda que se aceitem a temperança e a experiência dos mais antigos como algo palpável, não se pode deixar de afirmar que o regime exercido se trata do governo de poucos, em detrimento da imensa maioria de magistrados, dotados também das mesmas características do ofício, constituindo-se assim regime de governo divorciado dos princípios democráticos, consagrados na Constituição Federal.

⁵⁹ Como foi o caso da interposição da ADIn 2346-2, de 08/11/2000, contra decisão administrativa do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, onde foi alterada a forma de concorrência aos cargos diretivos do Tribunal. Foram requerentes: Partido Social Liberal. PSL, e Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Data da distribuição: 08/11/2000. Relator : Celso de Mello. Objeto: Expressões sublinhadas e em destaque, da decisão administrativa do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (D.O., parte III, de 28 de abril de 2000. 1) reunido o plenário e aberta a sessão, será formada a lista dos desembargadores legitimados para concorrer às vagas da administração. 2) nos termos do artigo 102 da LOMAN, poderão concorrer a eleição os desembargadores mais antigos, desimpedidos, integrantes do órgão especial, na proporção e ordem de votação que se seguem: a) cinco (5) para presidente; b) quatro (4) para vice-presidente; c) três (3) para 2a. Vice-presidente; d) dois (2) para 3a. Vice-presidente; e) um (1) para corregedor-geral da justiça. 3) as recusas dos concorrentes serão apresentadas no início dos trabalhos, quando serão apreciadas pelo plenário. Em caso contrario, será obrigatória a aceitação da escolha. 4) estarão impedidos de concorrer: a) os titulares e ex-titulares de quaisquer cargos de direção por quatro anos, contínuos ou não, excluído um período de mandato inferior a um ano (art. 102, segunda parte da LOMAN); b) presidente ou ex-presidente, cujo mandato seja ou tenha sido de período igual ou superior a um ano (art. 102, segunda parte da LOMAN); c) os titulares e ex-titulares de cargos de direção, para um segundo mandato no mesmo cargo, em continuação ao primeiro, sendo ambos de tempo igual ou superior a um ano. 5) no caso de eleição de cargos isolados, para provimento temporário decorrente de vacância, os legitimados a concorrer serão correspondentes ao número de cargos vagos. 6) em todos os casos, será eleito aquele que obtiver a maioria simples dos votos. *Despacho medida cautelar*: 'Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido Social Liberal, que busca a declaração da invalidez jurídico-constitucional de "dispositivos (...) da decisão administrativa do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, publicada no Diário Oficial do Estado, Poder Judiciário, parte III, de 28 de abril de 2000, que dispõe sobre as normas reguladoras que disciplinam o processo eleitoral para os cargos de direção do Egrégio Tribunal de Justiça

Estender a prática inegavelmente política e extremamente salutar da escolha dos membros dos cargos de direção da magistratura não é outra coisa senão consagrar-se a democracia no seio do Poder Judiciário, e responsabilizar todos seus membros por suas escolhas.

Outras instituições, insufladas pelos ventos democráticos da Constituição Federal de 1988, estabeleceram a escolha direta ou formação de listas tríplexes, e os resultados, ao longo de todos estes anos, revelam instituições unidas e fortes, sem o menor traço de corporativismo ou desdém pelo interesse público, muito ao contrário.

Quando o profissional do direito, seja ele juiz de direito, promotor de justiça, defensor público ou advogado, tem a certeza de pertencer a um corpo verdadeiramente democrático, sabe que nunca terá de se curvar perante interesses outros que não o de bem servir ao público, este profissional certamente trabalhará melhor, e a instituição progredirá a olhos vistos, renovada pela democracia.

Assim Fausto Cuocolo alerta que a independência funcional dos magistrados não é suficiente, por si só, para garantir a liberdade e objetividade da atividade jurisdicional - julgar -, sem estar acompanhada da independência organizativa da magistratura, isto é, a defesa dos juízes além do tribunal⁶⁰.

Acrescenta o constitucionalista peninsular, com inteira propriedade: *“Como diz a fórmula do juramento dos magistrados ingleses, o juiz deve poder conceder justiça ‘sem medo e sem favor, sem afeição e sem rancor’”. Se também se admite a sublimação do juiz no julgar, certo é que fora do tribunal o juiz retorna a ser*

(...) Sendo assim, tendo presentes as razões expostas - e considerando, sobretudo, a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente aquela que desqualificou, como ato normativo, para efeito de fiscalização concentrada de constitucionalidade, a resposta dada, sem caráter vinculante, a consultas formuladas em tese (adi 1805-df, rel. Min. Néri da Silveira) - não conheço desta ação direta de inconstitucionalidade, por inexistir, na espécie, ato revestido de densidade normativa, ficando prejudicada, em consequência, a apreciação do pedido de medida cautelar”. DJ data: 01/02/2001”.

⁶⁰ *Principi di Diritto Costituzionale*, ed. Giuffrè, Milano, 1996, p. 684 ss.

*homem, com os seus problemas e com as suas possíveis fraquezas. Se não é protegido das pressões, das adulações, das ameaças, como se pode garantir a eficácia real da própria independência funcional?”*⁶¹

7. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.012-9

A mais séria objeção a tese exposta foi dada pela votação, por maioria, da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n. 2012-9, originária do Estado de SÃO PAULO, tendo como relator o Senhor MINISTRO MARCO AURÉLIO, e como parte-requerente o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, com fulcro no artigo 103, VI, da Constituição Federal e como parte-requerido a ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO, por sua Mesa.

A referida ADIn visava à Emenda Constitucional n. 07 de 11 de março de 1999, que deu nova redação ao artigo 62 da Constituição Paulista, como se viu no item 04, ao argumento de que a mesma contrariaria os artigos 2º, 96, I, “a” e 96, II, “d” da Constituição Federal, que ora se encontra em andamento, com petição do presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, solicitando a definitiva apreciação da cautelar. arquivada na C.P.O., a partir de 27/06/2000, consoante informação obtida no sítio do STF⁶², no dia 10/02/2002.

Proposta com pedido de liminar, a mesma foi indeferida pelo Ministro Marco Aurélio, em março de 1999 e, levada ao pleno, tal decisão não foi referendada pelos Ministros que participaram do julgamento no Pleno do STF, em 04/08/1999, a saber: Ilmar Galvão, Maurício Correa, Sidney Sanches, Sepúlveda Pertence, Nélson Jobim e Nery da Silveira, ausente justificadamente o Ministro Celso de Mello.

8. ANÁLISE CRÍTICA DOS VOTOS DOS MINISTROS

O que se pode observar dos votos dos Ministros, levando-se em conta que a matéria foi objeto apenas de medi-

⁶¹ *Op. cit.*, p. 685.

⁶² www.stf.gov.br.

da liminar, vê-se que provavelmente a ausência de discussão prévia da matéria, inclusive com os membros do Poder Judiciário paulista, levaram o Supremo a adotar uma posição conservadora.

Foi o americanismo de Rui Barbosa que o levou a “adaptar” a Constituição Norte-Americana ao Brasil, pelo que temos um sistema em que o Poder Executivo indica os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e o Legislativo apenas os referenda, mediante uma sabatina *pro forma*, sem qualquer espécie de consulta aos demais membros do Supremo Tribunal Federal, que não possuem qualquer interferência no preenchimento dos cargos, não havendo sequer a imposição de concurso público ou do salutar exercício da magistratura, exigindo-se apenas a condição de brasileiro nato (artigo 12, § 3º, IV, CF), em pleno gozo da cidadania, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade e possuidores de notável saber jurídico e reputação ilibada (artigo 101, CF).

Este sistema, que necessita de aperfeiçoamento, impede por certo que haja uma imediata assimilação de institutos sutis como a democratização do Poder Judiciário, nas demais instâncias do Poder Judiciário.

Tal conservadorismo, tão característico de nossa história⁶³, leva ao receio a à desconfiança da adoção de novos rumos, ainda que estes encontrem perfeita adequação ao texto constitucional, e revelem apenas o cumprimento do destino democrático, inserido da Constituição Federal.

Seja como for, é inegável que os Ministros superaram a questão do vício de iniciativa, que também era causa de pedir da ação direta de inconstitucionalidade, ao estatuir que a Constituição apenas restringe a iniciativa de lei estadual ao Poder Judiciário,

⁶³ Foi o que o Ministro Marco Aurélio chamou, em seu voto, de misoneísmo, ou neofobia: “tendência de espírito ou atitude sistemática de hostilidade à inovação, à mudança (nos hábitos, ou padrões estabelecidos)”. “Não faltou, além disso, o constante argumento dos partidários eternos do *status quo*, dos que, temerosos do futuro incerto e insondável, só querem, a qualquer custo, o repouso permanente das instituições”, dizia SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, a respeito do movimento abolicionista (**Raízes do Brasil**, Companhia das Letras, 26a ed., São Paulo, 1995, p. 75).

sendo silente quanto ao poder constituinte decorrente de Emenda à Constituição Estadual.

Para superá-lo, somente a discussão ampla do tema pode diminuir as tensões e trazer o convencimento para os interessados. 📄