UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAFAEL CAMPOS SOARES DA FONSECA

Seleção de Juízes Federais no Brasil

Brasília - DF
2014

RAFAEL CAMPOS SOARES DA FONSECA

Seleção de Juízes Federais no Brasil

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, no curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Orientadora: Professora Doutora Claudia Rosane Roesler

Brasília - DF
2014

RAFAEL CAMPOS SOARES DA FONSECA

Seleção de Juízes Federais no Brasil

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, no curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Orientadora: Professora Doutora Claudia Rosane Roesler

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ___/___/2014, com menção ____.

Banca Examinadora:

_____

Orientadora: Professora Doutora Claudia Rosane Roesler

_____

Integrante: Professor Doutor Néviton Guedes

_____

Integrante: Professor Doutor Vallisney de Souza Oliveira

_____

Suplente: Professor Doutor Roberto Carvalho Veloso

RESUMO

Esta investigação trata dos mecanismos de seleção de juízes federais derivados da realidade historicamente construída no Estado brasileiro, sobretudo a experiência contemporânea sob a égide da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, o problema principal deste estudo é a adequação constitucional e democrática do efetivo funcionamento desse sistema de escolha em cotejo com as expectativas sociais referentes às funções incumbidas à Magistratura, tendo em conta o Estado Democrático de Direito que se constitui a República do Brasil. Adota-se como hipótese principal a disfuncionalidade do atual modelo em decorrência dos tensionamentos de origem interna e externa incidentes no Poder Judiciário, isto é, há um paradoxo entre o recrutamento e a formação dos juízes federais (desvio aristocrático) e o perfil de magistrado positivado na Carta Maior (tentação populista). Ademais, apresenta-se como quadro teórico a Teoria da Argumentação Jurídica, especialmente a partir do pensamento de Neil MacCormick. Nessa linha, a metodologia é tópica, ou seja, busca-se pensar por problemas o Direito. Enfim, a estrutura da argumentação a ser empreendida nesta investigação se dará em três capítulos. A um, serão explicitadas as premissas investigativas a partir de três eixos argumentativos: (i) Estado Constitucional de Direito; (ii) Poder Judiciário; (iii) Juiz – em duas vertentes, a tradição ocidental e a experiência brasileira. A dois, a prática da seleção de juízes federais será abordada descritivamente sob o enfoque dogmático, nos seguintes aspectos: (i) a legislação; (ii) dados dos concursos realizados; e (iii) o perfil dos candidatos. A três, sob o enfoque zetético, serão abordadas as atribuições funcionais legitimamente esperadas de um juiz federal no contexto atual. Em movimento conclusivo, será realizada uma avaliação comparativa entre as conclusões retiradas dos capítulos 2 e 3, de modo a verificar a hipótese levantada.

Palavras-Chave: Magistratura. Justiça Federal. Seleção de Juízes. Argumentação Jurídica. Neil MacCormick.

SUMÁRIO

Introdução.....**6**
1. O Judiciário e o Juiz na Tradição Ocidental e no Brasil.....**10**
1.1. O Estado Constitucional de Direito.....**10**
1.2. O Poder Judiciário no Estado Constitucional.....**15**
1.3. O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental.....**18**
1.4. A República Federativa do Brasil.....**22**
1.5. O Poder Judiciário no Brasil.....**25**
1.6. A Justiça Federal no Brasil.....**29**
1.7. O Perfil Juiz no Brasil.....**35**
2. A Seleção de Juízes Federais no Brasil pós-88.....**38**
2.1. A Legislação e as Resoluções.....**38**
2.2. A Experiência dos Concursos Anteriores.....**47**
2.3. O Perfil do Candidato.....**52**
3. As Funções Constitucionais da Magistratura Federal.....**55**
3.1. O Juiz da Legalidade.....**55**
3.2. O Juiz da Constitucionalidade.....**61**
3.3. O Juiz na Internacionalidade e na Transnacionalidade.....**66**
Considerações Finais.....**78**
Referências bibliográficas.....**86**

INTRODUÇÃO

Em seara de Direito Público, uma das grandes questões a ser enfrentada pelos juristas no século XXI é a posição institucional e as funções constitucionais legitimamente atribuíveis ao Poder Judiciário nos Estados Constitucionais e Democráticos de Direito. Objeto de dissensos razoáveis tanto na teoria quanto na práxis, o fenômeno alcunhado pela doutrina comparada como *Global Expansion of Judicial Power* é marcado por inúmeras tensões (ou paradoxos) as quais devem ser compatibilizadas (ou trabalhadas de forma criativa) com o intuito de obter o melhor desenho institucional possível em cada contexto estatal, a fim de viabilizar em ponto ótimo o desempenho pelo Poder judicante das incumbências de garantidor e concretizador dos direitos fundamentais, bem como de fiador da democracia constitucional.

Nessa senda, variados estudos já foram realizados nas mais diversas temáticas, como, por exemplo, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, a discricionariedade interpretativa gozada pelo magistrado com reflexos na criação judicial do Direito, supremacia judicial e diálogos constitucionais, entre outros. Entretanto, ainda é campo relegado a outras ciências sociais, com destaque para a Sociologia e a Ciência Política, as investigações sobre os mecanismos de seleção e formação de magistrados historicamente surgidos em cada Estado, bem como em perspectiva comparada. No sentido de oferecer subsídios e atenção a este debate, a presente investigação se coloca.

Sendo assim, o objeto de análise deste estudo monográfico é a seleção de juízes federais na República Federativa do Brasil, mormente no que tange a experiência posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 e seus respectivos reflexos no plano fático.

Cabe, portanto, uma justificativa ao corte metodológico aqui empreendido. Com a finalidade de melhor precisar os elementos da investigação e posteriores conclusões, optou-se por centrar as atenções na Justiça Federal, por entendê-la singular na conjuntura estatal brasileira, desde sua criação até a contemporaneidade. Tal afirmação se sustenta em razão das competências atribuídas a este ramo judicial ao longo das constituições brasileiras, com destaque para a Constituição de 1988. Igualmente, chama-se a atenção para uma série de processos os quais tal Justiça vem passando, *verbi gratia*: a interiorização da Justiça Federal, a criação de quatro novos Tribunais Regionais Federais, a implantação de estrutura permanente para as Turmas Recursais.

Noutro giro, o enfoque dado aos juízes federais substitutos e titulares de primeiro

grau decorre da forma única de seleção (concurso público), bem como a ausência de estudos doutrinários acerca do que compõe a significativa maioria do corpo judicial e por efeito, do volume de trabalho apresentado pela Justiça Comum Federal.

Visto isso, resta esposar o quadro metodológico da presente investigação. Em primeiro lugar, o problema principal desta é: **há adequação constitucional e democrática entre o efetivo funcionamento do sistema de seleção de juízes federais no Brasil em relação às expectativas normativas e sociais referentes às funções incumbidas à Magistratura Federal, à luz do Estado Democrático de Direito que se constitui a República Federativa do Brasil?**

Para responder (ao menos parcialmente) tal pergunta, faz-se necessário subdividir o problema em problemas secundários, quais sejam:

1) Os diplomas normativos (Constituição, LOMAN, Res. CNJ 75 e Res. CJF 67) são aptos a promover a transformação do perfil da Judicatura Federal da linha tradicional (hierarquizada e legalista) para a linha constitucional-democrática (efetivação dos direitos fundamentais e respeito aos pressupostos da democracia deliberativa)?
2) As experiências dos concursos atuais e anteriores promovidos nas já instaladas cinco Regiões da Justiça Federal, bem como o perfil de candidatos prestadores do certame, principalmente aqueles que lograram êxito, apontam para uma mudança significativa na forma de seleção de juízes federais, consentânea aos ditames constitucionais?

Com o fito de responder a tais indagações, são apresentadas algumas hipóteses (respostas parciais), a guiarem a investigação. Em relação ao problema principal, **acredita-se que há uma disfuncionalidade do atual modelo em decorrência dos tensionamentos de origem interna e externa incidentes no Poder Judiciário, isto é, há um paradoxo entre o recrutamento e formação dos juízes federais (tradicional) e o perfil de magistrado positivado na Carta Maior (revolucionário).** Tal tensão entre o tradicional e o revolucionário irá gerar efeitos em todo desenho institucional da Justiça Federal atual, o que, por óbvio, repercute nas hipóteses apresentadas aos subproblemas da investigação no sentido de funcionamento precário, tendo em conta a dubiedade de orientação acerca do perfil de Justiça esperado pelos próprios membros do corpo judicial, bem como pelos outros atores políticos, estatais ou não.

Ainda sim, torna-se imperativo justificar a presente investigação, de modo a contextualizá-la no desenvolvimento do saber jurídico. Nesse sentido, Carlo Guarnieri

apresenta como razões para o estudo da seleção e formação de juízes três vetores: (i) a qualificação profissional, o que interfere diretamente no funcionamento do sistema e na qualidade global da Justiça; (ii) o corpo judicial em uma perspectiva macro, interferindo sobremodo no perfil de juiz que se produzirá; (iii) a independência e imparcialidade dos juízes, pois são determináveis em parte por sistemas que privilegiam a capacidade profissional.[1]

Decerto, a seleção de magistrados é fundamental para o regular funcionamento da **democracia constitucional**, visto que: (i) a autonomia para selecionar seus próprios quadros é um dos pilares da **independência judicial**, conforme preconizado pela Constituição Federal; (ii) a **legitimidade democrática** do Poder Judiciário decorre da fundamentação argumentativa de suas decisões, visto que não há propriamente um vínculo de representação entre o Povo (instância de atribuição de legitimidade) e a Magistratura; (iii) as premissas e os limites da **interpretação jurídica** estão correlacionados aos mecanismos de seleção de juízes, adote-se quer um modelo hermenêutico pautado pelo decisionismo (*nightmare*), quer um modelo que negue, em certa medida, a possibilidade da discricionariedade judicial (*noble dream*), conforme aponta Neil MacCormick.[2]

A respeito do marco teórico e da metodologia empregada, também é necessário tecer alguns comentários. A partir do pensamento de Theodor Viehweg, tem-se a possibilidade de discussão da cientificidade do saber jurídico sob a ótica da retórica. Nesse sentido, "O problema central de nossa disciplina, que Viehweg qualifica como uma aporia, constitui-se na questão do que é o justo aqui e agora."[3] Noutras palavras, busca-se aplicar a aspiração de Justiça, situacional e racional, ao campo específico do recrutamento da Judicatura Federal. É dizer: a forma de seleção dos julgadores, por envolver conhecimentos técnicos e visões de mundo, apresenta relevante papel no modo por meio do qual a Justiça é produzida pelo sistema jurídico.

Dessa aderência teórica, para os fins desse trabalho, intenciona-se a construção de um saber jurídico completo, que só pode ser alcançável pela conjugação dos enfoques dogmático e zetético sobre nosso objeto de investigação.

> Assim, se utilizarmos o enfoque dogmático, nossas premissas serão inquestionáveis. Se utilizarmos o zetético, serão sempre passíveis de revisão. Compreendemos desse modo porque vemos que Viehweg qualifica a presença dos referidos enfoques no saber jurídico como produtores de **diferentes argumentações**, ou seja, o objeto é o mesmo, apenas aquilo que sobre ele se diz é que é distinto segundo modo como é construído o discurso [...] A discussão colocada nesse contexto acentua a

[1] GUARNIERI, 2001, p. 23-27.
[2] MACCORCMICK, 2008, p. 357.
[3] ROESLER, 2013, p. 193.

> complexidade do saber jurídico ao mostrá-lo em relação constante com dois polos: a necessidade de contribuir para a decisão dos conflitos sociais e o saber científico (ROESLER, 2013, p. 194-197, grifo no original).

Ademais, o **marco teórico desta investigação é o pensamento de Neil MacCormick**, seja em sua investigação de base (teoria da argumentação desenvolvida em *Retórica e o Estado de Direito*), seja em sua Teoria do Direito (Teoria Institucional do Direito). Já em termos metodológicos, filia-se ao raciocínio tópico por pensar o Direito problematicamente, a partir de pontos de partida (*topoi*), sem furtar-se à afirmação de que "A ligação entre pensamento problemático, tópica e Jurisprudência é derivada de sua função social".[4]

Por fim, a presente investigação se dará em três estágios. No primeiro capítulo, serão explicitadas as premissas investigativas por meio de três eixos argumentativos: (i) Estado Constitucional de Direito; (ii) Poder Judiciário; (iii) Juiz – em duas vertentes, a tradição ocidental e a experiência brasileira. No segundo capítulo, a prática da seleção de juízes federais será abordada descritivamente sob o enfoque dogmático, tangenciando: (i) a legislação; (ii) dados dos concursos anteriores e o perfil dos candidatos. No terceiro capítulo, sob o enfoque zetético, serão abordadas as atribuições funcionais legitimamente esperadas de um juiz federal no contexto atual pós-88.

Em movimento conclusivo, será realizada uma avaliação comparativa entre as conclusões retiradas dos capítulos 2 e 3, de modo a verificar as hipóteses levantadas. Dessa avaliação, pretende-se esclarecer o problema principal e respectivos problemas secundários, a fim de contribuir tanto para a decisão dos conflitos sociais com vinculação à normatividade jurídica, quanto para a produção de saber científico no campo da Jurisprudência (Ciência do Direito).

[4] Ibid., p. 196.

1. O JUDICIÁRIO E O JUIZ NA TRADIÇÃO OCIDENTAL E NO BRASIL

Este capítulo terá a finalidade de introduzir conceitos fundamentais para o desenvolvimento da investigação, assim como explicitar as premissas investigativas que regerão o trabalho. Nesse sentido, a estrutura estatal será enfocada de maneira pormenorizada e de maneira decrescente de extensão. Tal processo será repetido tanto na vertente da tradição ocidental quanto na experiência brasileira.

Na primeira parte do capítulo, serão abordados em perspectiva comparada os seguintes elementos do Estado Constitucional de Direito. Em primeiro lugar, o próprio conceito desse tipo de Estado. Em segundo lugar, o enfoque se centrará na posição institucional do Poder Judiciário no Estado Constitucional. Em terceiro lugar, será abordado o perfil do Juiz na tradição ocidental, inclusive os mecanismos de seleção historicamente construídos que serão tratados em suas vantagens e desvantagens.

Dado o Estado Constitucional de Direito como pano de fundo, o incipiente Estado Democrático de Direito brasileiro será tratado nos mesmos aspectos, porém com maior concretude, na segunda parte desse capítulo. O Estado brasileiro será panoramicamente delineado, com especial olhar às suas idiossincrasias quando em comparação com o modelo de Estado Constitucional de Direito. Em seguida, será enfrentada a problemática da atuação do Judiciário brasileiro nas práticas institucionais e sociais. Aqui, a Justiça Federal e seus fundamentos serão tratados nos fins desta investigação. Por último, tem-se o perfil do juiz federal brasileiro, nos termos das normas constitucionais a ele atinentes.

1.1. O Estado Constitucional de Direito

É indubitável configurar o desenvolvimento do Estado de Direito como uma conquista civilizatória da sociedade, porquanto redefiniu as bases formativas e operativas do Estado. Nesse diapasão, torna-se imperativo analisar sua origem e desdobramentos.

Para Luigi Ferrajoli, o Estado de Direito pode ser compreendido em dois sentidos: (i) fraco ou formal; e (ii) forte ou substancial. No primeiro sentido, é notável a vinculação do Poder Público à Lei, em contraposição ao Estado Absolutista, contudo tal submissão se dá apenas sob o ponto de vista da fonte e da forma legal. Já no segundo sentido, apresenta-se o mesmo tipo de vinculação, a diferença se dá na natureza bifronte desse vínculo: forma e

conteúdo (princípios substanciais).[5]

Ademais, o autor sustenta que cada sentido representa um modelo de Estado. No sentido fraco ou formal, trata-se do Estado Legislativo de Direito (Estado Legal), sob a regência do paleojuspositivismo, assim tendo a legalidade estrita como norma de reconhecimento. No sentido forte ou substancial, o modelo aponta para o Estado Constitucional de Direito, marcado pelo neojuspositivismo[6], além da norma de reconhecimento ser a própria Constituição. Nessa perspectiva, Ferrajoli se propõe a distinguir tais modelos estatais do ponto de vista do Direito, da ciência jurídica e da jurisdição.

O Estado Legal se traduz na própria afirmação do princípio da legalidade como fonte exclusiva do direito válido e existente. Assim, o Direito objetivo tem sua validade posta por uma autoridade dotada de competência normativa. A ciência jurídica se resume a cognição do Direito Positivo, enquanto a jurisdição tem sua principal função marcada pela subsunção do fato à norma, visto que a legalidade é a fonte de legitimação do Poder Judiciário.[7]

A grande mudança ocorrida entre os modelos de Estado é que no Estado Constitucional a própria Lei fica subordinada materialmente e formalmente a outra lei superior, a Constituição. Logo, a validade do Direito é vista sob a ótica constitucional, abrangendo o aspecto formal e material da norma jurídica. Ademais, a ciência jurídica adquire um viés mais crítico e prospectivo, ao passo que a jurisdição passa a se vincular primeiramente à Carta Maior, logo toda interpretação/aplicação deve ser feita em conformidade material e formal com a Constituição.[8] Ferrajoli não deixa de anotar que daí surge um componente vital para a democracia, pois esta passa a ser tanto procedimental quanto substancial.[9]

O autor italiano também indaga sobre quais seriam as mudanças estruturais e culturais que levaram à sucessão de modelos. Aponta duas mudanças estruturais. A uma, do Estado Pré-moderno para o Estado Legal, chegou-se à conclusão de que o Direito seria produzido por linguagem artificial, e não natural, como se supunha com fulcro na tradição. Por conseguinte, o Direito adquire autonomia, visto que não decorre da moral, religião ou outra esfera social, mas sim é autoreferente, criando a si próprio. A duas, do Estado Legal

[5] FERRAJOLI, 2006, p. 417.
[6] Trata-se de opção teórica do autor. Nesta investigação, serão adotadas as premissas e conceitos do pós-positivismo, conforme o marco teórico escolhido. Destaca-se a correlação necessária entre Direito e Moral, visto incorporar-se ao próprio conceito de Direito uma pretensão de correção material.
[7] Ibid., p. 423 e 424.
[8] Ibid., 424-429.
[9] Tal constatação se coaduna com importante debate no âmbito da teoria constitucional entre procedimentalistas e substancialistas.

para o Estado Constitucional, o próprio fundamento do Estado se desloca para as normas substanciais anteriormente referidas, com especial destaque para os direitos fundamentais e a separação de poderes.[10]

Noutro giro, Ferrajoli reconhece uma mudança cultural[11] em que se passa a ver a Constituição como limite e vínculo contra os Poderes da maioria, o que em última medida justifica o próprio controle de constitucionalidade.[12] Daí, cabem duas colocações. A uma, essa limitação advinda da Constituição pode ser encarada como um pré-comprometimento do Poder Constituinte,[13] o qual instrumentaliza uma Corte Constitucional, como Guardiã da Constituição,[14] contra a tentação de uma "ditadura das maiorias". A duas, essa mudança cultural pode ser entendida como uma "cultura de constitucionalidade".[15]

Em complemento a essa linha de raciocínio, evoca-se a instituição da força normativa da Constituição, de Konrad Hesse, porquanto uma Constituição que se faça valer no Estado Constitucional deve se converter em "força ativa" diuturnamente.

> Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas [...] puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa caso se façam presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só *a vontade de poder (Wille zur Macht)* mas também *a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung).* (HESSE, 2009, p. 132).

No âmbito desta investigação, outro problema é igualmente relevante na emergência do Estado Constitucional de Direito: a reabilitação da argumentação geral como fator central na relação governante-governado, agora não mais monopolizado pela representação popular. Nesses termos, pode-se falar em um constitucionalismo discursivo.

Sob a ótica de nosso marco teórico, na obra *Retórica e o Estado de Direito*, o pensamento de MacCormick tem como ponto de partida o problema da conciliação entre o Estado de Direito e o caráter argumentativo do desenvolvimento do Direito. Portanto, a obra em si se traduz em um esforço de composição desses dois pontos de partida no estágio atual das Teorias da Argumentação Jurídica. Conclui-se que tal empreendimento se concretiza por

---

[10] Ibid., p. 429-431.

[11] "Acrescento que a nossa cultura jurídica é, ainda, de fato, largamente paleopositivista e aconstitucional; e paradigma do Estado Constitucional de Direito deve ainda, em grande parte, ser desenvolvido, tanto no plano teórico como no institucional." (FERRAJOLI, op. cit., p. 437)

[12] Ibid., p. 432.

[13] *ELSTER*, 1980, *passim*.

[14] Aqui se furta à discussão entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, bem como se informa que tal faceta do Estado Constitucional é alcunhada de dificuldade contramajoritária do Judiciário, a qual será abordada apenas lateralmente na presente investigação.

[15] Na literatura constitucional, encontram-se diversas expressões com esse mesmo referente ou algo próximo, por todos, cita-se o "sentimento constitucional" (Pablo Verdú).

intermédio do direito de defesa e da possibilidade permanente de contestar as premissas do argumento jurídico apresentado, à luz das teorias retóricas, procedimentais e das leis.[16]

Por fim, cabe abordar os conceitos fundamentais do Estado Constitucional de Direito, quais sejam, a Constituição, os direitos fundamentais e a Separação dos Poderes, de modo a identificar os caracteres desse modelo de Estado.

À luz da Teoria dos Sistemas, a Constituição é o acoplamento estrutural entre os subsistemas da Política (Poder/Não-Poder) e do Direito (Lícito/Ilícito). O acoplamento estrutural, então, restringe o campo de possíveis estruturas que os sistemas realizam sua autopoiese.[17]

Ademais, por não possuir causa específica, a Constituição, na qualidade de acoplamento estrutural, é aquisição evolutiva, quer dizer, "pressupõem a si próprios enquanto se revinculam às descontinuidades do ambiente, e para cujas estabilizações contribuem".[18] Por conseguinte, percebe-se a relevância da Constituição no sentido de operacionalizar o fechamento operacional de ambos os sistemas, bem como superar as limitações da autodescrição por intermédio da hetero-referenciabilidade entre esses mesmos sistemas, que se comunicam por meio de irritações.

> Os problemas da circularidade e da re-introdução da unidade na unidade atormentam assim também o sistema político. Esses são desviados no sistema jurídico em canais interpretativos, no sistema político em canais organizativos e estratégicos. [...] Por meio do conceito de Estado instituem-se ofícios ao dotá-los de competências condicionáveis. Organiza-se a "separação de poderes." A integração das comunicações entre os cargos é subordinada à adequação ao direito de suas decisões. [...] É certo que o paradoxo da soberania não é acolhido em detrimento do direito positivo, mas, ao contrário, é resolvido por seu intermédio (LUHMANN, s.d., p. 20).

Justamente esse ponto interessa a este estudo, porquanto fundamenta a Teoria da Separação de Poderes. Bruce Ackerman credita a essa teoria às seguintes finalidades: a democracia, a competência profissional e a proteção e a ampliação de direitos fundamentais.[19] Nesse sentido, a proposta da separação de poderes vai além da manifestação de freios e contrapesos para um âmbito mais geral da teoria constitucional, embora ainda serviente ao ideal de limitação do poder político.

> A separação de poderes é orientada a impedir que todas as funções estatais sejam concentradas em uma única estrutura organizacional. Isso produz um sistema de freios e contrapesos e permite que "o poder controle o próprio poder". Ocorre a fragmentação do poder, com uma pluralidade de sujeitos exercitando competências distintas e controle recíproco (JUSTEN FILHO, 2012, p. 87)

Sendo assim, Marçal Justen Filho alicerça o conteúdo da separação de poderes em três postulados: (i) diferenciação de estruturas organizacionais estatais, classicamente

[16] MACCORMICK, op. cit., p. 17-42
[17] LUHMANN, 2006, p. 72.
[18] Id., s.d., p. 29.
[19] ACKERMAN, 2009, p. 7.

identificados como Legislativo, Judiciário e Executivo; (ii) diferenciação de funções estatais, classicamente identificadas como legislação, jurisdição e administração; (iii) atribuição a cada estrutura organizacional uma função estatal precípua.[20]

Acerca do controle recíproco entre os Poderes, assim como o controle operado internamente, Karl Loewenstein concebe o controle constitucional do Poder político em dúplice direção, horizontal e vertical. Sob o prisma vertical, tendo em conta a Constituição como dispositivo de controle do Poder, este é limitado pelo Federalismo, pelas garantias das liberdades individuais e pelo pluralismo. Do ponto de vista horizontal, tem-se o controle inter-órgão e o intra-órgão. Este é ligado ao processo de institucionalização do Poder, logo se trata do exercício de uma função constitucional pulverizado entre vários agentes e órgãos a realizarem tal incumbência conjuntamente.[21]

Já aquele é marcado pelas relações que se estabelecem entre os diversos e independentes detentores do poder, por intermédio do processo político. Igualmente, no constitucionalismo democrático se apresentam quatro classes de controle inter-órgão: parlamento frente ao governo; governo frente ao parlamento; os tribunais frente ao parlamento e ao governo; o eleitorado frente aos demais detentores do Poder.[22]

Como visto *supra*, com Luhmann, percebe-se que a Constituição se traduz no "estatuto jurídico do político"[23], isto é, além de constituir a organização do Poder em determinada comunidade política se vinculando *pro futuro* (paradoxo da soberania), a Carta Maior também é fonte de criação e validade de toda norma jurídica (*autopoiesis)*, o que se pode chamar de supremacia constitucional (*paramount law)*. Por decorrência, as normas constitucionais, principalmente aquelas que consagram direitos, possuem aplicabilidade imediata e força cogente a ponto de permitir que sua exigibilidade seja objeto de tutela jurisdicional. Esse quadro, por si só, altera a natureza do Estado, ao colocá-lo como "Estado de Direitos", em que os direitos fundamentais ocupam posição central no sistema jurídico.

Nesses termos, tem-se a fundamentalidade das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico. Se pelo lado formal, tem-se que "A *fundamentalidade formal* das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário"[24]. Sob a ótica da vertente substancial, a fundamentalidade decorre

[20] Ibid., p. 88.
[21] LOEWENSTEIN, 1986, p. 235.
[22] Ibid., p. 252 e 253.
[23] Expressão popularizada na academia brasileira por influência de J. J. Canotilho.
[24] ALEXY, 2008, p. 520.

das normas e direitos fundamentais atuarem como instrumentos para a tomada de decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.[25]

Portanto, esse conjunto de transformações no modelo de organização política estatal é genericamente denominado de "constitucionalização do Direito". Nesse campo, um marco teórico comumente adotado é o estudo de Riccardo Guastini[26] sobre a constitucionalização dos ordenamentos jurídicos, notadamente o caso italiano. Nele, busca-se conceituar o que seria esse "constitucionalizar" e também as condições para o desencadeamento desse processo. Logo, a constitucionalização do ordenamento jurídico seria um conjunto de transformações em que, ao fim e ao cabo, a ordem jurídica se tornasse completamente "impregnada" pelas normas constitucionais. Conjuntura essa marcada por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, a qual possuísse a capacidade de condicionar a legislação, a jurisprudência, a doutrina, a ação dos atores políticos e até as relações sociais. Conforme o italiano nota bem: a constitucionalização é gradativa, porquanto não haja uma resposta binária para o estado de um ordenamento nesse aspecto.

Daniel Sarmento[27] afirma que o processo de constitucionalização do Direito envolve duas facetas distintas: questões antes delegadas ao legislador passam a ser tratadas pelo Poder Constituinte em suas diversas modalidades, logo constitucionalizadas, o que retira uma série de decisões do alcance das maiorias legislativas momentâneas; além disso, os princípios e valores constitucionais penetram em todo o ordenamento jurídico, impondo uma "filtragem" constitucional de modo que se dê uma releitura do Direito à luz da Constituição. E mais: a Carta Maior não é somente a lei fundamental do Estado, mas também da sociedade, ou melhor, ela não apenas coordena as relações entre os Poderes e o governante-governado, como também é uma norma diretiva fundamental no sentido de ser uma ordem objetiva de valores. Consoante a esses ideais, a argumentação de Luís Roberto Barroso[28]: "A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico."

1.2. O Poder Judiciário no Estado Constitucional

[25] Ibid., p. 522
[26] GUASTINI, 2009, p. 75-98.
[27] SARMENTO, 2007, p. 116-122.
[28] BARROSO, op. cit, p. 217.

Da mesma forma que ocorreu na seção passada, o conceito de Poder Judiciário será abordado em dois movimentos: longitudinal/histórico e transversal/comparativo. É dizer: primeiro será abordado a afirmação do Judiciário como Poder Político, seguidamente serão expostos os seus elementos identificadores.

A noção moderna de Estado decorre, em grande medida, dos ideais propalados pela corrente filosófica do Iluminismo. A ver, é no *ius publicum* dos romanos que o pensamento liberal encontra *locus* adequado para a restrição tanto da sujeição feudal quanto do absolutismo real, porquanto se constrói um sistema em que o poder contém o poder e há a vinculação do Estado ao princípio da legalidade, isto é, pelo estabelecimento de limites e condições jurídicas da atuação estatal, ficam garantidos os espaços de liberdade individual.[29]

Ademais, tal formulação é gerada pelas três grandes Revoluções Liberais: no sentido de afirmar a legitimidade do poder e da representação política, advém a Revolução Inglesa e a criação do Direito Parlamentar; a fim de afirmar a independência política, tem-se a Revolução Americana e a gênese do Direito Constitucional; por fim, pela redefinição dos interesses públicos e sua condução pelo próprio povo, noticia-se a Revolução Francesa e a estruturação do Direito Administrativo.[30]

Nessa senda, institucionaliza-se um Poder Político, dentro da dinâmica de separação dos poderes, responsável precipuamente pela função jurisdicional, traduzível em Administração da Justiça, monopolizada pelo Direito Público na figura estatal, com a competência de decidir conflitos sob o manto da coisa julgada. Logo, o Judiciário se insere no sistema de organização estatal por sua responsabilidade no controle de legalidade, o qual é entendido em dois planos: o Estado de Direito se viabiliza pelo controle de legalidade em sentido estrito, isto é, a submissão do agir do Estado e da sociedade à lei; enquanto o Constitucionalismo, pelo controle de constitucionalidade, relativo à submissão da própria lei à Constituição.[31]

Contudo, ainda em Montesquieu, formulador da doutrina da tripartição dos poderes, a despeito das funções institucionais *supra*, o Judiciário é concebido como Poder de menor relevância em relação aos demais, dada a imposição de um caráter puramente exegético à atividade jurisdicional.[32] Nessa perspectiva, o juiz é um autômato da lei, ou seja, por meio de seu conhecimento técnico, deve aplicar a "letra fria" da lei na exata medida querida pelo Poder legiferante. Tal construção é reflexa da baixa Idade Média, na qual o magistrado era

[29] MOREIRA NETO, 1999, p. 45
[30] Ibid., p. 46 e 47.
[31] Ibid., loc. cit.
[32] MONTESQUIEU, 2000, p. 201-211

uma extensão do braço do rei e a magistratura, composta pela classe nobiliárquica. Portanto, com as revoluções burguesas, por certo, os novos detentores do poder têm a visão do magistrado-inimigo[33], de modo que estruturam o Judiciário de maneira a ser subsidiário, apolítico, passivo e formalista.

Demais disso, essa formulação encontrará sua reformulação com os adventos das sociedades de massa e do Estado Social. Com o aparecimento da técnica de controle social de cunho promocional, marca distintiva do Estado Providência, acentua-se o poder criativo do Direito Jurisprudencial por duas razões: a natureza principiológica das legislações sociais, o que se traduz na conferência de maior discricionariedade aos juízes no caso concreto; a inflação dos textos legislativos, colocando em xeque a crença na completude e centralidade sistêmica dos códigos. Nessa perspectiva, o Judiciário se agiganta como Poder, pois as transformações econômicas e sociais prometidas pelo Estado do Bem-Estar Social dependem, em grande medida, da interação entre os Poderes Executivo e Judiciário.[34]

Entretanto, a esse novo "Gigante" não se furtam os efeitos da chamada Falência do Estado Social. Esta pode ser dimensionada em duas crises: (i) financiamento; e (ii) legitimidade. Quanto à crise de legitimidade, já foi exposto de que forma a legitimação do Poder judicante muda na passagem para o Estado Constitucional, por conseguinte a atuação, ou mesmo a mera existência, do Judiciário não mais se justifica por força da autoridade das leis. Para isso, aponta-se a noção de racionalidade discursiva como nova fonte de legitimação, ou seja, a legitimidade do juiz deriva da fundamentação de suas sentenças.

Por outro lado, a crise de financiamento é igualmente relevante e até mais vistosa aos olhos do Povo. Em suma, trata-se do reclamo pelo Acesso à Justiça em uma sociedade de massa, mas ao mesmo tempo complexa e plural. No Direito Processual, identificam-se três ondas de Acesso à Justiça. Essas ondas estariam no sentido de remoção dos obstáculos à resolução de litígios. A primeira onda refere-se à remoção de obstáculos econômicos, tendo como marco a Assistência Judiciária gratuita. Seguidamente, a segunda onda se traduz na remoção de obstáculos de cunho individualista, logo se criaram mecanismos de proteção de interesses transindividuais. Por fim, a terceira onda é referente a obstáculos qualitativos, então se tem a Reforma do Poder Judiciário, desformalização e meios alternativos de resolução dos conflitos.[35]

Diante de tal quadro, é fenômeno global a constatação de que o aparato judicial se vê

[33] TAVARES, 2012, p. 27-31
[34] CAPPELLETTI, 1993, p. 34-56
[35] FONSECA; FONSECA, 2013, p. 19

desprovido de recursos materiais, técnicos e humanos suficientes, em decorrência da não adaptação de seus processos e culturas a esse novo cenário. Nessa senda, é inequívoco falar, em âmbito mundial, em uma crise do modelo de gestão da Administração da Justiça.[36]

> A realidade complexa que cerca o Poder Judiciário pode ser colocada, portanto, nos seguintes termos: é um ator político na medida em que tem a responsabilidade de buscar fins sociais determinados na Constituição e controlar o cumprimento de funções políticas e de execução de programas de outros poderes; é um ator passivo, ou seja, que necessita ser provocado; é um corpo coletivo, mas expressa uma parte considerável de sua atividade em decisões individuais, das quais, no entanto, se cobra coerência com o conjunto das decisões tomadas pelo corpo a que pertence; e, por fim, trabalha com um emaranhado legislativo cuja coerência e acessibilidade estão sobejamente conhecidas como precárias (ROESLER, 2006, p. 7).

Em síntese, o Estado-Juiz na conjuntura atual é muito mais do que "um organismo direcionado a resolver conflito de interesses surgidos na sociedade, mas também como ordenador da respeitabilidade dos direitos humanos fundamentais, seu garante último, inclusive contra o próprio Estado-administrador, ou Estado-legislador"[37]. Ressalta-se, assim, a afirmação peremptória do Poder Judiciário como Poder Político autônomo e independente.

1.3. O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental

Esta seção do capítulo focará na figura da Judicatura, porquanto é ela quem faz cotidianamente o Estado-Juiz.[38] Para isso, três assuntos devem ser abordados: (i) as balizas dadas pelo direito comparado (tradição ocidental) para se pensar o problema (ii) o perfil de juiz no Estado Constitucional; (iii) os modelos historicamente construídos de recrutamento de magistrados, ressaltando suas vantagens e desvantagens.

No imaginário europeu, o "juiz" é uma figura arquetípica, inclusive por influência do plano religioso. O perfil deste magistrado está "em posição de destaque; os seus símbolos são a balança e a espada punitiva. Ele vê tudo e decide com justiça. O seu veredicto é inevitável. Ele é a 'última instância'."[39] Entretanto, descendo do plano simbólico, duas colocações são relevantes: (i) o conflito aristocrático/populista que rege o desenvolvimento do perfil dos membros do Estado-Juiz; e (ii) a diferenciação *Common Law/Civil Law*.

---

[36] Exemplificativamente, destaca-se o estudo de Rafael Jiménez Asensio acerca do ordenamento espanhol: JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. Riforma Dell'Amministrazione della Giustizia e Comunità Autonome. In: GAMBINO, Silvio (org.). *La Magistratura nello Stato Constituzionale: Teoria ed esperienze a confronto.* Milão: Giuffrè, 2004.

[37] TAVARES, op. cit., p. 38.

[38] Aqui se critica parcela da doutrina que tenciona modificar as condições operativas do Estado-Juiz pensando exclusivamente na Instituição e em normas, sem considerar que qualquer mudança nessa seara deve passar necessariamente pelo material humano e sua cultura organizacional, especificadamente: os magistrados e seu senso comum teórico.

[39] STOLLEIS, 2007, p. 21.

Em maior ou menor grau, o Judiciário sofre com pressões internas e externas, as quais podem ser agrupadas em duas direções, nos termos de Antonie Garapon: (i) o desvio aristocrático e (ii) a tentação populista.[40] A primeira implica em uma forte ligação com a Política, o qual compromete a independência e a imparcialidade do Poder, além disso se pauta por um funcionamento burocratizado e pautado em uma hierarquia orgânica. Já a segunda se traduz em uma inclinação voltada para atender o "apelo das massas", desconsiderando as exigências do devido processo legal sob a justificativa de se tratar "formalismo exarcebado" e contrário à celeridade e à verdade real. Tal concepção rotineiramente descamba para a irresponsabilidade política.

Do mesmo modo, é relevante a bifurcação da experiência europeia em dois modelos de sistema jurídico: o Direito Comum inglês e o Direito romano-civilístico continental. Por óbvio, isso gera repercussões nas incumbências da jurisdição. Tal distinção fica evidente na própria obra de Montesquieu, pois apesar de se espelhar na organização política inglesa e sua supremacia parlamentar, reconhece ao Judiciário um lugar secundário. Em síntese, a experiência inglesa marcou-se por uma preocupação pela "unidade da jurisdição", conquanto a história francesa se voltou para a "unidade da administração" sob a batuta napoleônica.

Nos termos de R. C. Van Caenegem, há duas visões opostas sobre o perfil dos magistrados: no direito consuetudinário, os magistrados são os "oráculos da lei" (*The Oracles of the Law*), isto é, a lei é o que o juiz diz que é lei; ao passo que na tradição civilística, o Juiz assume uma função de porta-voz do Legislador, o que se sintetiza na expressão "boca da lei" (*bouches de la loi)*, ou seja, a lei é aquela que o legislador diz que é.[41] Não se pretende aqui gerar máximas, porém apenas explicitar duas visões opostas que refletem com precisão a disputa entre Legislativo e Judiciário pelo controle da Lei.

Por certo, o perfil de juiz esperado no Estado Constitucional deve ser condizente com as atribuições institucionais do Estado-Juiz. Nesse sentido, o juiz assume seu papel de agente promotor de transformações sociais, visto que é seu dever a efetivação dos direitos fundamentais, o que, por vezes, repercute em interferências no Legislativo e no Executivo. Tal faceta é denominada pela doutrina como "ativismo judicial". Por si só, o ativismo judicial não é maléfico à democracia constitucional. Na verdade, como bem observa André Tavares, o Estado Constitucional exige o ativismo como um dever.[42]

Nessa linha de raciocínio, deve-se delimitar melhor o conceito com o intuito de

[40] GARAPON, 2001, *passim.*
[41] CAENEGEM, 2007, p. 35-40.
[42] TAVARES, op. cit., p. 43

evitar equívocos. O discurso dos direitos fundamentais possibilita um novo papel ao Poder Judiciário em caráter contramajoritário, o que, por certo, implica em uma postura mais ativa e intervencionista do Judiciário, sobretudo a Justiça Constitucional, em searas que seriam *prima facie* exclusivamente políticas.[43]

Ainda em concordância com André Tavares, tal fenômeno teve como causa a abertura semântica das constituições, o que se justifica pela "contemplação principiológica do discurso dos direitos humanos, pela supremacia da Constituição, pela vinculação dos legislativos aos direitos fundamentais consagrados e, sobretudo, pela necessidade de retirar, do âmbito político, certas opções."[44]

Dado o caráter pejorativo que o termo "ativismo" tomou no contexto brasileiro, por jogo de palavras, há uma constitutiva tensão entre o ativismo e a altivez do Estado-Juiz. Noutras palavras, até que ponto é constitucionalmente adequada essa postura do Judiciário em face dos outros Poderes e da sociedade civil?

Não é pretensão desta investigação responder tal indagação, entretanto em consonância com o marco teórico tal limite é traçado pelo próprio esforço de se conjugar os dois pontos de partida, isto é, o Estado de Direito e o caráter argumentativo de direito - direito de defesa e contestação das premissas conforme as teorias retóricas, procedimentais e das leis. Portanto, os parâmetros de controle do ativismo judicial seriam dados pela própria argumentação jurídica, na qualidade de "caso especial" da argumentação geral.

> A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais. A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos (ALEXY, 2008, p. 43).

Por outro lado, o juiz também tem importante papel na preservação da democracia constitucional. Nesse sentido, a doutrina diverge em relação ao exato contorno dessa tarefa, principalmente no que toca a jurisdição constitucional. Há aqueles que consideram que o Estado-Juiz deve se limitar a garantir as regras do jogo democrático em uma perspectiva procedimental,[45] conquanto também exista parcela doutrinária que infirma a necessidade de um Judiciário atuante no próprio jogo democrático.[46] Da divergência, o que se extrai é o consenso de que a jurisdição não se reduz a compor lides subjetivas ou aplicar a lei ao caso concreto, objetivando a pacificação social, mas sim se define pelo seu dever de concretizar os

[43] Por muitas vezes, tal discussão é tratada na doutrina como judicialização da política e politização do jurídico, o que não será aqui tratado.
[44] Ibid., p. 45-46.
[45] Cita-se, v.g., Habermas (deliberativo), Ely Hart (radical).
[46] Cita-se, v.g., Dworkin, MacCormick.

valores públicos ao dar tutela concreta ao direito material.[47]

Nesse momento, torna-se cabível adentrar o terreno dos modelos de recrutamento de juízes historicamente surgidos. Tal incursão se dará sob a influência de dois marcos: (i) Eugenio Raúl Zaffaroni e (ii) Carlo Guarnieri. No primeiro, têm-se três modelos de análise da Magistratura, o que inclui sua seleção, quais sejam, (i) o empírico-primitivo; (ii) o tecno-burocrático; e (iii) democrático contemporâneo. Já o italiano divide a seleção de juízes em (i) juiz-funcionário e (ii) juiz-profissional, seguidamente aponta as vantagens e desvantagens de cada modelo.

De plano, convém alinhar o pensamento com o de Garapon na medida em que ele concebe a seleção de juízes como resultante das relações entre justiça e política. Estabelece, assim, dois modelos, o burocrático e o profissional.

> No modelo burocrático, os juízes são escolhidos por concurso aberto a estudantes em geral, logo após o diploma universitário. A organização é hierárquica. A promoção, geradora inclusive de uma certa competição ao longo da carreira, se faz sobre a antiguidade e o mérito. No segundo, que podemos qualificar de aristocrático, os juízes são recrutados quando no meio de carreira, dentro de um pequeno número de advogados (*barristers)*, para ocupar diretamente postos elevados que, na maioria dos casos, nunca mais deixarão. Este modelo desconhece quase sempre a hierarquia interna e, portanto, a promoção (GARAPON, 2001, p. 57).

Conforme já dito, para Zaffaroni, a experiência da Magistratura na tradição ocidental pode ser compreendida por meio de três modelos, o que repercute na qualificação exigível no momento da seleção. Embora produtos de momentos históricos diferentes (estágios da evolução política da Magistratura), cabe dizer que eles ainda subsistem nos dias atuais (daí sua importância). Metaforicamente se fala na "contemporaneidade do não contemporâneo", quer dizer, "como resultado de qualquer fenômeno de dinamismo institucional, em que subsistem instituições que já não têm seu sentido originário, mas que foram assumindo novas funções reais ou latentes".[48]

Em primeiro lugar, surge o modelo empírico primitivo no qual a seleção carece de nível técnico, tendendo para a arbitrariedade partidarizante. Nesse caso, o perfil do juiz será deteriorado, sendo insuficientes as condições de controle de constitucionalidade, segurança jurídica e independência judicial. Em geral, insere-se no contexto de países não democráticos ou com democracias instáveis.[49]

Em segundo lugar, tem-se o modelo tecno-burocrático no qual se erradica a arbitrariedade seletiva, a fim de se garantir o nível técnico da magistratura. Aqui a qualidade da prestação jurisdicional é melhor, embora mais formalizado. "O perfil do juiz não deixa de

---

[47] MARINONI, 2008, p. 110.
[48] ZAFFARONI, 1995, p. 102.
[49] Ibid., p. 102-103.

ser deteriorado, mas aqui com acentuada tendência à burocratização 'carreirística'. A independência, no melhor dos casos, é apenas externa"[50].

Em terceiro lugar, há o modelo democrático contemporâneo no qual se preserva a seleção técnica com um melhor controle sobre os mecanismos seletivos. "O perfil do juiz tenderá para o de um técnico politizado (não partidarizado nem burocratizado). A independência é mais bem assegurada do que nos outros modelos, tanto externa quanto internamente."[51]

Outra forma de ver a tipologia das seleções de magistrados é construída por Guarnieri. Para ele, há dois modelos básicos de recrutamento: o juiz-funcionário e o juiz-profissional. O primeiro está ligado com a tradição romano-germânica em que os quadros da Judicatura são preenchidos por concursos públicos e o aprendizado da função se dá no próprio exercício desta, dado que o perfil do postulante é o jovem bacharel. Já o segundo, presente em países de *Common Law*, pauta-se na seleção de profissionais bem-sucedidos de outras carreiras jurídicas, v.g. advocacia, com experiência profissional comprovada que lhe habilite a exercer a função jurisdicional.[52]

Ainda no exercício comparativo, a seleção nos moldes do juiz-profissional tem a vantagem de permitir uma avaliação mais duradoura de suas capacidades profissionais e de suas características psicológicas. Em compensação, apresenta como desvantagens, o caráter clientelista, a disposição de bons candidatos já integradas em outras carreiras a ingressarem na magistratura, bem como reproduzir vícios profissionais da outra carreira, o que tende à homogeneização.[53]

Já o recrutamento nos termos do juiz-funcionário importa como vantagens a garantia de conhecimentos técnicos e evita ingerências externas. Em contrapartida, as desvantagens são a dificuldade em avaliar as condições reais de capacidade para o exercício jurisdicional, assim como há dificuldade em alcançar objetivos institucionais e um comportamento aproximadamente uniforme de seus membros.[54]

1.4. A República Federativa do Brasil

Em outubro de 1988, deu-se a promulgação da Constituição Federal da República

[50] Ibid., p. 103.
[51] Ibid., loc. cit.
[52] GUARNIERI, 2001, p. 23-36.
[53] ROESLER, 2006, p. 11.
[54] Ibid., p. 12.

Federativa do Brasil, após um longo período de ditadura militar. Nesse documento jurídico, consubstanciou-se uma série de conquistas democráticas. O Art. 1º dispõe que a organização política brasileira se constitui em um Estado Democrático de Direito, não se furtando de enunciar em seu parágrafo único que o titular da soberania é o Povo, exercendo-a de forma direta ou indireta, nos termos da Carta Maior.

Igualmente, dispõe em seu artigo 2º quais são os Poderes da União, a saber, o Judiciário, o Legislativo e o Executivo. Encontra-se aí presente a cláusula de separação de poderes, tendo em conta a previsão de independência e harmonia entre eles. Ademais, ao longo de toda Constituição é previsto um amplo leque de direitos fundamentais. Com a finalidade de resguardar esses conceitos essenciais, a Carta Magna também prevê uma série de instrumentos de salvaguarda, dentre os quais se destacam a jurisdição constitucional, as cláusulas pétreas e a intervenção federal (princípios constitucionais sensíveis).

À luz desse panorama, serão trabalhadas essas quatro instituições jurídicas - Estado Democrático de Direito, soberania popular, separação de poderes e direitos fundamentais – dentro da realidade específica do Brasil contemporâneo, mesmo que de maneira breve.

Em relação ao Estado Democrático de Direito, deve-se ter em conta se tratar de um período de redemocratização, ou melhor, uma democracia incipiente. Nesse sentido, vive-se um momento de intenso experimentalismo institucional e consolidação de instituições. Isso é particularmente importante quando se pensa no Estado-Juiz, a título exemplificativo se tem o pretexto de Reforma do Judiciário (EC 7/77) para a edição do Pacote de Abril de 1977. É dizer: tendo em conta sua função social, a dogmática jurídica deve estar atenta aos avanços e retrocessos a partir do horizonte normativo da democracia constitucional a qual a Constituição pretende constituir. O grande desafio aqui é a convergência da vontade de poder com a vontade da Constituição.

A respeito da soberania popular, a principal dificuldade reside na institucionalização da indivisibilidade da soberania popular.[55] Para isso, é relevante primeiro definir Povo para perceber o atual déficit de representatividade e reflexionar sobre as possíveis significações da soberania popular na sociedade brasileira.

Para Friedrich Muller, o Povo pode ser operacionalizado em três vertentes: o Povo ativo (cidadania) o qual interfere diretamente na vontade política do Estado; o Povo como instância global de atribuição de legitimidade, que está explícito no art. 1º, parágrafo único, da Carta Constitucional, sendo titular do Poder Constituinte e a partir dele o Poder

[55] MAUS, 2010, p. 203-2015

Constituído se legitima; por último, o Povo como destinatário das promessas civilizatórias, o que traduz a ideia de titularidade dos direitos fundamentais.[56]

Embora haja na Constituição alguns instrumentos de democracia direta, nota-se um esgotamento da democracia representativa nos moldes até então apresentados.[57] Nessa perspectiva, pode-se afirmar que há um déficit de legitimidade democrática na atuação estatal, visto sua inabilidade de "promover o bem de todos" (Art. 3º, IV, CF), agravado pela falta de representatividade dos agentes políticos. Fazendo, portanto, todo sentido a construção teórica de Paulo Bonavides acerca da "crise constituinte".[58]

Enfim, as palavras de Ingeborg Maus fornecem uma alternativa de ressignificação da soberania popular:

> Porém, somente na abstração plena de todos os momentos conteudísticos se obtém um conceito de povo "destradicionalizado" e pós-convencional que se harmoniza com uma sociedade pluralizada e multicultural. A clássica ideia da indivisibilidade da soberania popular não remete, sob esse aspecto, a um sujeito coletivo pouco claro, mas contém a simples exigência de que a soberania compete exclusivamente àqueles que são afetados pelas próprias decisões – e não aos administradores e funcionários. A ideia da unidade e indivisibilidade da soberania popular designa nada mais do que o "Estado" nas mãos do "povo" (MAUS, 2010, p. 171)

Noutro giro, não sem razão Gilberto Bercovici aponta que um primeiro passo seria pensar a especificidade da manifestação do Poder Constituinte no contexto brasileiro, distinguindo-as das suas congêneres europeias. Assim, talvez o discurso do poder constituinte cesse sua função meramente legitimadora da dominação.[59]

De plano, há uma dificuldade quando se fala em separação de poderes com escopo na Constituição de 88, visto que se dilatou temporalmente a decisão acerca do sistema de governo (Art. 2º, ADCT, CF), além de haver forte divergência entre o anteprojeto elaborado pela Comissão Afonso Arinos (**parlamentarista**) e a orientação **presidencialista** do então presidente José Sarney.[60]

> Notoriamente houve um processo de radicalização na Assembléia Constituinte, que desaguou na formação de grupos e agora na revisão das normas regimentais [...] Há desacordo, portanto, sobre questões constitucionais básicas [...] As instituições nacionais só se revelarão aptas a sobreviver com eficácia, a serviço do povo, se refletirem a tolerância democrática, expressa num texto constitucional de renovação com equilíbrio [...] nenhuma Constituição transmite pureza lógica intocável. Do reconhecimento dessa certeza não se há de concluir, no entanto, que a estrutura constitucional possa revelar, sem risco, contradições flagrantes (MARINHO, 1992, p. 63-64 e 91).

Em termos pragmáticos, tal indefinição gerou inúmeros problemas de coerência na sistemática da Constituição, mesmo sob o prisma do metaprincípio interpretativo da Unidade

---

[56] MULLER, 2003, *passim*.
[57] Exemplo latente é os protestos de junho de 2013, concomitantes aos jogos da Copa das Confederações.
[58] BONAVIDES, 2009 , p.161-169.
[59] BERCOVICI, 2006, p. 223-224
[60] SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 157

da Constituição (Konrad Hesse).[61] O resultado é a operacionalização do presidencialismo de coalizão, observando-se uma hipertrofia do Executivo cumulado com um fisiologismo partidário.

Outro problema relativo a esse tópico reside nos exatos contornos da jurisdição constitucional. Na última década, o Supremo Tribunal Federal alçou à posição de importante ator político na esfera pública, interferindo na efetivação dos direitos fundamentais[62] e no funcionamento da democracia brasileira[63].

Por último, mas não menos problemático, é a questão da previsão constitucional de direitos fundamentais. Tirante os problemas já abordados anteriormente de forma comparativa, a situação do Brasil se agrava por pertencer ao grupo de países da chamada "Modernidade Periférica". De pronto, percebe-se uma objeção ao decreto imediato de uma Pós-modernidade, porquanto sequer as promessas da Modernidade foram concretizadas para grande parcela da população desses países. Noutras palavras, o Estado Social não se realizou, a despeito do intervencionismo publicístico se fazer presente.

Em síntese, o quadro pode ser assim descrito: com a promulgação da nova Constituição, as condições iniciais já são altamente problemáticas, pois de um lado, há um Povo, como destinatário de prestações civilizatórias do Estado[64], altamente carente e de outro lado, uma Lei Básica que garante direitos da forma mais ampla possível[65]. Nesse panorama concreto, deve-se pensar a efetividade dos direitos fundamentais.

1.5. O Poder Judiciário no Brasil

A história constitucional brasileira, *per se*, é intricada, o que repercutiu na formação do Judiciário. O marco inicial pode ser fixada na dissolução da Assembleia Constituinte de 1823 e posterior outorga da Constituição de 1824, por Dom Pedro I. Apesar do desgate político gerado à imagem do imperador, o resultado foi algo entre o absolutismo e o liberalismo. Acertada é a metáfora de Paulo Bonavides quando alcunha o Poder Moderador de

[61] A título de exemplo, cita-se a espécie normativa da Medida Provisória, importada do ordenamento italiano e concebida em contexto tipicamente parlamentarista, porém na prática brasileira foi desvirtuada a ponto de permitir que o Executivo paute os trabalhos do Legislativo.
[62] Cita-se, v.g., a possibilidade de controle de políticas públicas.
[63] Cita-se, v.g., a possibilidade de congressista impetrar mandado de segurança com fulcro em seu direito líquido e certo de um devido processo legislativo, quando em face de descumprimento de regras constitucionais relativas ao processo legislativo. Logo, excepcionalmente, atua em controle preventivo de constitucionalidade.
[64] MÜLLER, op. cit., p. 75-77.
[65] STRECK, 2011, p. 47.

"constitucionalização do Absolutismo"[66], o qual permitia inclusive a suspensão de Magistrados na forma prevista pela lei.

Ao fim e ao cabo, no que toca a Constituição Imperial "Tudo terminou como D. Pedro I queria: uma Constituição outorgada; liberal em matéria de direitos individuais, mas centralizadora e autoritária da soma dos poderes que concedia ao monarca constitucional."[67]

Tal digressão histórica é relevante na medida em que se percebe a colocação do Judiciário em uma posição subsidiária, apolítica (embora partidarizante), passiva, formalista e pretensamente neutra já na raiz do Estado brasileiro. A ver, aqui não há qualquer pretensão historiográfica, mas tão-somente o desejo de contextualizar a instrumentalização do Estado-Juiz pelo Poder Moderador (Imperador) e posteriormente pelo Poder Executivo, principalmente em períodos autoritários.[68]

Esse panorama judicial se consolidou e se desenvolveu ao longo da República em períodos democráticos ou não. Modificando-se no que tange a burocratização da estrutura, o que inclusive contribuiu para a submissão do Judiciário no quadro republicano. A ver, a estrutura organizacional desse Poder se marcou por uma hierarquia tipicamente napoleônica, com origem na seara militar.[69] Nesses termos, não se trata apenas do controle técnico das decisões por via recursal, dado que o escalonamento da carreira da Judicatura gerou sérios efeitos na independência e na imparcialidade dos juízes.

Cria-se um espírito de corpo injustificável à luz do princípio da igualdade,[70] o que ainda hoje é tachado de corporativismo, o que, em última via, gera uma homogeneização exacerbada do "sentido comum teórico"[71] e da ideologia dos juízes. Ademais, até mesmo como corolário do processo anterior, há um insulamento do corpo judicial tanto em termos sociais quanto no que tange a *praxis* e a *theoresis*, tendo em vista a noção de submissão acrítica ao direito posto, assim como a importação politicamente tendenciosa do positivismo normativista.

Seguindo a tendência da tradição ocidental relativa ao Estado Constitucional de Direito, a Constituição Federal vigente tenta romper com esse paradigma. A Constituição é inegavelmente prolixa, longa e analítica, o que não se encerra no amplo rol de matérias abrangidas, posto que muitas vezes há um detalhamento que ultrapassa sobremodo as

---

[66] BONAVIDES, 2002, p. 105
[67] Ibid., p. 89.
[68] Não haveria espaço para lembrar as rupturas institucionais, v.g., dissoluções do Congresso, Códigos propostos na forma de Decreto-Lei, ou até mesmo destituição dos cargos de Ministros do Supremo Tribunal Federal.
[69] ROCHA, 1995, p. 38
[70] Nos dias atuais, ainda causa muita polêmica nos meios de comunicação as férias diferenciadas previstas na LOMAN em face do resto do funcionalismo público e dos trabalhadores em geral.
[71] WARAT, 1988, p. 35 e 36.

fronteiras da constitucionalidade material.[72]

Embora seja compromissória, do ponto de vista da Ordem Econômica e Social, parte significativa da doutrina considera a ideologia constitucionalmente adotada como Social, em que o Estado tem importante papel na realização dos objetivos fundamentais da Carta Magna. Tal constatação se liga ao fato de que a Constituição Federal é dirigente[73], ou seja, "ela não se contenta em organizar o Estado e elencar direitos negativos para limitar o exercício dos poderes estatais. Vai muito além disso, prevendo direitos positivos e estabelecendo metas, objetivos, programas e tarefas a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade."[74] Há, portanto, um claro projeto de desenvolvimento dirigido pela Constituição, que ocasione transformações sociais nas estruturas da sociedade brasileira.

Tendo isso como ponto de partida, também se positivou diversos mecanismos que buscam garantir a aplicabilidade das normas constitucionais. Logo, tendo em conta a inafastabilidade do controle jurisdicional como garantia fundamental, não é de se espantar que uma série de demandas que eram exclusivamente políticas seja apreciada pelo Poder judicante. Tem-se aqui, gradativamente ao longo das duas primeiras décadas de vigência da carta constitucional, a afirmação do Judiciário brasileiro na qualidade de Poder autônomo e independente.

Nos dizeres de Maria Tereza Sadek: "A confluência desses dois aspectos – a constituição do Judiciário como poder de Estado e a consagração dos direitos – projetou o Poder Judiciário para o centro da vida política e social."[75] Pois bem, arremata: "Para além do aspecto simbólico, o conjunto de modificações aprovado desenhou um novo quadro institucional, não apenas para o Poder Judiciário, mas também para as demais instituições do sistema de justiça."[76]

Assim, não é à toa a positivação de uma série de garantias constitucionais e deveres institucionais (garantias estruturais) do Poder Judiciário. Nos termos de Tavares, as garantias do Poder (orgânicas) são o autogoverno, a autonomia financeira e a capacidade normativa (regimento interno); conquanto os deveres institucionais são a necessidade de concurso público de provas e títulos para ingresso, a formação em escolas judiciais, o número de juízes proporcional à demanda e à população, a jurisdição ininterrupta, a justiça itinerante, a descentralização da Justiça, a unificação dos Tribunais de Alçada aos Tribunais de Justiça e a

[72] SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 170.
[73] Aqui se estar a falar no constitucionalismo dirigente, de J. J. Canotilho.
[74] Ibid., p. 171.
[75] SADEK, 2012, p. 396.
[76] Ibid., p. 397

distribuição imediata de processos. Porém, como se verá a seguir, esse plexo de deveres não é inteiramente originário.

A despeito de o posicionamento da Carta Maior ser inicialmente dirigente, tal processo sucumbe às transformações globais operadas pelo neoliberalismo, o qual propugna pela neutralização estatal na economia, como exigência própria dessa fase do capitalismo, isto é, a desregulamentação estatal e a globalização dos mercados. Ou seja, "o neoliberalismo é uma doutrina política reativa a implementação do Estado de Bem Estar e sua implementação busca equiparar a liberdade política à liberdade econômica."[77]

Nessa linha, com o Governo Fernando Henrique Cardoso, o Brasil alinha-se ao Consenso de Washington e emprega vontade política em diminuir o tamanho e a intervenção do Estado, por meio do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE). No âmbito constitucional, tal conjunto de reformas estruturais se apresentou na forma da chamada Reforma da Administração, isto é, a EC 19/98, com "34 dispositivos contendo quase cem normas".[78]

Contudo, como bem apontou Diogo Moreira, já em 1999: "Sem a *reforma do judiciário*, portanto, não é que a reforma do Estado estará incompleta: ela não terá sido feita."[79] Nesse sentido, os influxos neoliberais também incidiram no Judiciário, o que culminou na chamada Reforma do Judiciário (EC 45/04).[80]

Isso se deu porque o *Rule of Law* é imprescindível para vincular a globalização política à globalização econômica, via ordem e previsibilidade no cumprimento dos contratos. Por conseguinte, coloca-se a atuação do sistema legal como condição para o desenvolvimento.[81]

> É necessário, segundo o ditame neoliberal, assegurar os meios necessários de proteção do investidor e do proprietário, de sorte que os contratos sejam cumpridos e as decisões judiciais sejam previsíveis e decorram de processos baratos e acessíveis [...] é imprescindível o desenvolvimento do Judiciário como prestador de serviços com imparcialidade, previsibilidade, agilidade, custo de acesso e possibilidade de recurso limitada (ROCHA, 2006, p. 504).

Para os fins dessa pesquisa, importa que a conformação do Estado-Juiz na organização política é o parâmetro para avaliar a adequabilidade do modelo de recrutamento de magistrados. Para Claudio Souza Neto, reputa-se superada a teoria social-dirigente por

---

[77] ROCHA, 2006, p. 501.
[78] MOREIRA NETO, op. cit., p. 21.
[79] Ibid., 20.
[80] Aliás, tal conjunto de reformas estruturais no Judiciário se deu de forma simultânea em toda América Latina, sob a batuta do Banco Mundial.
[81] ROCHA, op. cit., p. 503.

ainda se referir a um contexto que não mais é real, assim o verdadeiro dilema se dá entre uma teoria constitucional democrática e uma teoria constitucional de cunho neoliberal. Ainda arremata: "é tempo de 'menos abrangência constitucional' e de mais 'democracia'".

Outro ponto a ser considerado é a persistência do "Local" diante do "Global". A título de exemplo, cita-se um dos marcos da EC 45/05, o Conselho Nacional de Justiça. Na visão de Alexandre Veronese e Eduardo Val, a proliferação por toda América Latina de Conselhos de Justiça pode ser entendida por duas chaves analíticas: a (i) proposição internacional - alinhamento e condicionamento aos interesses de instituições financeiras internacionais - e (ii) adaptação local pelo sistema político nacional – debate sobre controle externo do Judiciário a partir do Governo Geisel -, por intermédio da cultura jurídica.[82]

1.6. A Justiça Federal no Brasil

A criação de uma Justiça Federal no Brasil remonta aos comezinhos da República, ou mais precisamente ao Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, sob forte inspiração nos modelos norte-americano (Constituição de 1789), suíço (Lei de 1847) e argentino (leis de 1882 e 1883)[83], todos derivados de Repúblicas com jurisdição federal em seus territórios. Já na Constituição de 1891 sua instituição foi ratificada e encontrou guarida constitucional.

Como se sabe, o Judiciário é dual, apresentando-se em dois níveis da Federação: o Estadual e o Federal. Logo, quando se fala em Justiça Federal, há dois sentidos possíveis: o primeiro é amplo, pois abrange todo aparelho judiciário integrante da União Federal, nesse sentido tem-se a Justiça Federal Comum, a Justiça Federal do Trabalho, a Justiça Federal Eleitoral e a Justiça Federal Militar; no segundo se bifurca a Justiça em Comum e Especializada, sendo integrantes da Comum a Justiça Estadual e a Justiça Federal. Logo, o objeto de estudo desta investigação é a magistratura de primeira instância da Justiça Federal Comum no primeiro sentido ou na Justiça Federal no segundo sentido. A partir daqui, apenas referida como "Justiça Federal" (JF).

Percebe-se aqui que a dualidade da Justiça era tida para os republicanos como pressuposto da República Federal, como já anota o Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça do Governo Provisório, Campos Salles, em sua exposição de motivos para referido decreto.[84] Afinal, uma Justiça desse tipo pressupõe uma Federação (União e

[82] VERONESE; VAL, 2008, p. 11.
[83] CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2000, p. 12.
[84] SALLES, 2010, p. 324 e 325.

Estados-membros), impossível em um Estado Unitário e imperial como o vigente no período imperial.

Ademais, o desenvolvimento da Justiça Federal na história brasileira pode ser agrupado em quatro fases.[85] A primeira vai de 1890 até 1937, tendo como marco inicial sua criação pelo Decreto 848 e final a sua extinção pela Constituição Polaca em pleno Estado Novo. A segunda fase se refere ao período de 1946 até 1966, cujo termo inicial é a instalação do Tribunal Federal de Recursos (2ª instância), que persistiu sem primeira instância, até o advento de sua regulamentação em 1966. Já a terceira fase compreende desde a regulamentação em 1966 até a promulgação da Carta Maior de 1988, a qual introduziu significativas mudanças na estrutura dessa Justiça, dentre as quais a extinção do TFR e criação dos TRFs. A quarta e última fase é a atual, abrangendo o período de redemocratização do Brasil.

Já na origem, tendo em conta o modelo de Federalismo dual, a Justiça Federal tem a função institucional de julgar a União (autor, réu, intervenção, assistência), seja na condição de pessoa jurídica de direito público interna, seja na representação do Estado Federal no plano externo. Com a remodelação da Administração Pública, a partir do Decreto-Lei 200/67, a atual Constituição já prevê também como pessoas jurídicas que ensejam o critério de competência relativo à pessoa (Art. 109, I, CF), portanto atrativo de julgamento pela JF, as autarquias, as fundações públicas e as empresas públicas de âmbito federal.

De todo modo, a forma que será aqui exposto o conceito de Justiça Federal é por meio da descrição de sua estrutura organizacional e de sua competência jurisdicional definidas constitucionalmente.

A Justiça Federal é composta por dois órgãos, os juízes federais e os Tribunais Regionais Federais (art. 106, CF). Sobre estes, no dia 30 de março de 1989, foram instalados os Tribunais Regionais Federais (TRF), em consonância ao disposto na Lei 7.727, de 09 de janeiro de 1989, com sede e jurisdição nos termos da Resolução 01/88, do TFR. Na nova ordem constitucional, tais tribunais substituíram o extinto Tribunal Federal de Recursos.[86]

De acordo com o artigo 107 da Constituição, os TRFs são compostos de, no mínimo, sete desembargadores, com os seguintes critérios objetivos: recrutados, quando possível na Região; brasileiros com mais de trinta anos e menos de sessenta e cinco anos, sendo um

[85] Essa divisão historiográfica é parcialmente inspirada nas notas explicativas do *Repertório Biográfico da Justiça Federal*, entretanto se discorda das balizas temporais adotadas na terceira fase, bem como compreender o período ditatorial e a redemocratização como pertencentes a um mesmo grupo, somente pelo fato do centenário da Justiça Federal em 1990.
[86] PONCIANO, 2008, p. 67.

quinto entre os membros do Ministério Público e a Advocacia, já o restante do próprio quadro de juízes federais com mais de cinco anos de exercício escolhidos, alternadamente, por antiguidade e merecimento; nomeação pelo Presidente da República, após formação de lista tríplice por sistema de cooptação pelo próprio tribunal. Também por mandamento introduzido pela EC 45/04 o TRF deve instalar justiça itinerante e poderá funcionar descentralizadamente em Câmaras Regionais.

Atual celeuma se dá em razão da criação dos novos Tribunais Regionais Federais por previsão da EC 73/2013, a qual alterou o art. 27 da ADCT prevendo o mandamento de instalação em até 6 meses, a contar da promulgação da emenda, de quatro novas Regiões, redistribuindo a jurisdição federal das atuais cinco Regiões. Entretanto, por força de uma liminar concedida pelo atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Joaquim Barbosa, tal processo de implantação remanesce paralisado.

O juiz federal em si será abordado em pormenores na seção seguinte, mas a ele se aplicam todos os direitos, garantias e deveres aplicáveis a toda a Magistratura. A primeira instância da Justiça Federal é dividida em Seções Judiciárias, a partir da divisão inicial em Regiões. Cada capital de Estado e o DF é sede de uma Seção, sendo esta dividida em Varas ocupadas por um juiz titular e um juiz substituto, em função do território e da matéria. Com base no princípio da especialidade, também é possível a subdivisão das Seções em Subseções sediadas em cidades com demanda judiciária mais acentuada.

Dentro dessa perspectiva, é interessante destacar a sistemática *sui generis* dos Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais criada para combater o fenômeno da massificação das causas federais. Por isso, fixou-se como critério absoluto de competência o valor de 60 salários mínimos, bem como outras matérias dispostas na Lei 10.250/01. Além disso, sua peculiaridade se estende ao sistema recursal que se dá nas Turmas Recursais (TR), compostas cada uma por três juízes também de primeira instância, os quais a partir da Lei 12.665/12 possuem seus cargos ligados diretamente à estrutura da TR. Igualmente, a uniformização da jurisprudência é encargo da Turma Nacional de Uniformização (TNU), sob a regência do Conselho da Justiça Federal (CJF).

Novamente sem pretensão exaustiva, torna-se imperativo tecer algumas considerações a respeito das competências jurisdicionais da Justiça Federal. Essa análise se dará em dois aspectos: (i) TRF e juiz federal e (ii) cível e criminal. O TRF possui dois tipos de competências, as originárias e as recursais, sobre as primeiras, de maneira geral, tem-se: no âmbito cível, o mandado de segurança, a correição parcial, a ação rescisória e os conflitos de competência; na seara criminal, a ação penal originária, o *habeas corpus*, a revisão criminal, o

mandado de segurança criminal e conflitos de competência. No âmbito das competências recursais, é ele o órgão competente para reavaliar tecnicamente as sentenças e as decisões interlocutórias dos juízes de primeiro grau, além dos recursos de suas próprias decisões no caso de decisões monocráticas, divergências no julgamento colegiado, obscuridade, omissão, contradições.

Já a competência do juiz federal é ampla e abarca matérias referentes à União e demais entes do art. 109 da Carta Maior, quando atua no plano interno como ente federativo dotado de autonomia ou no plano externo na qualidade de representante de Estado-Nação detentor de soberania. De todo modo, visto a sistemática básica, o artigo 109[87] da Constituição apresenta o rol de competências, bem como a possibilidade de sua delegação, onde não haja Vara Federal. Vale também destacar que a Competência, dentre todas as matérias processuais, talvez seja a que mais conformada por construções pretorianas.

Nesse momento da investigação, convém explicitar com clareza a razão pela qual se escolheu a Justiça Federal como objeto de pesquisa: (i) necessidade de recorte metodológico, dado a abrangência e complexidade do Poder Judiciário brasileiro; e (ii) pelo fato da União ser superlativa em todos os sentidos na República do Brasil, fato que se reflete no volume de trabalho, na complexidade das causas e temas característicos, conquanto os recursos materiais e humanos estão claramente defasados para lidar com a atual realidade, ainda mais com os fenômenos expansivos de interiorização da justiça federal, a criação dos novos TRFs e a criação de estrutura permanente para as TRs.

Para ratificar tais alegações, torna-se conveniente trazer alguns dados acerca da

---

[87] Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País; III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional; IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira; VII - os "habeas-corpus", em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição; VIII - os mandados de segurança e os "habeas-data" contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais; IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar; X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização; XI - a disputa sobre direitos indígenas.

realidade da Justiça Federal[88]. Em primeiro lugar, cabe dizer desde o ano de 2004 há uma média de 6 milhões de processos em tramitação só na primeira instância da JF, sendo uma média de 2 milhões de processos distribuídos (novos) e 2 milhões de processos julgados.[89] No ano de 2012, o Justiça em Números do CNJ apontou um estoque de 8.120.705 processos, sendo aproximadamente 3 milhões de casos novos e 3 milhões de casos julgados.

Figura 1 - Movimentação Processual no ano de 2012.

Movimentação Processual

	Estoque	Δ (+/-)	Casos Novos	Δ (+/-)	Julgados	Δ (+/-)	Baixados	Δ (+/-)	Saldo Estimado
2° Grau	1.026.932	-0,66%	507.368	-3,39%	593.452	1,80%	588.089	13,02%	946.211
1° Grau	4.810.673	3,32%	966.868	-9,08%	923.566	6,57%	1.441.186	16,36%	4.336.355
Turmas Recursais	862.343	20,96%	459.044	3,89%	447.681	2,80%	394.064	22,44%	927.323
Juizados Especiais	1.420.757	-9,52%	1.178.802	-4,99%	1.036.337	-8,01%	1.469.194	0,02%	1.130.365
Justiça Federal	8.120.705	1,85%	3.112.082	-4,86%	3.001.036	-0,35%	3.892.533	9,66%	7.340.254

Fonte: Justiça em Números - CNJ.[90]

De modo a fazer frente à tamanha carga processual, o orçamento da JF para o exercício financeiro de 2012 foi de R$ 7.156.129.887. A título de parêntesis, tal valor foi inclusive objeto de recente controvérsia entre a Associação dos Juízes Federais do Brasil e o Presidente do STF, Joaquim Barbosa, a respeito de qual seria o real custo da implantação dos quatro novos TRFs. De qualquer forma, tal orçamento é disposto da seguinte forma:

Figura 2 - Despesa Total da Justiça em 2012

Tribunal Regional Federal	Dpj - Despesa Total da Justiça	
TRF 1ª Região	2.025.728.980	1º
TRF 2ª Região	1.177.212.063	4º
TRF 3ª Região	1.646.621.529	2º
TRF 4ª Região	1.412.421.412	3º
TRF 5ª Região	894.145.903	5º
Justiça Federal	7.156.129.887	

[88] As fontes de pesquisa são o "Justiça em números- 2012", do CNJ: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros>; assim como as estatísticas disponibilizadas pela Corregedoria-Geral do Conselho da Justiça Federal: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-geral/estatistica-da-justica-federal> Acesso em: 22 de fevereiro de 2014.

[89] Disponível em: http://daleth.cjf.jus.br/atlas/Internet/MovimProcessualJFINTERNETTABELAS.htm. Acesso em 22 de fevereiro de 2014.

[90] Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/tabelas-do-justica-em-numeros>. Acesso em 22 de fevereiro de 2014.

Fonte: Justiça em Números - CNJ.

Em movimento contínuo, a Justiça Federal conta com 1.714 juízes federais, sendo que o número deveria ser superior, visto o número de vacância, que será abordado posteriormente por este estudo. Segundo o CJF, no final do ano de 2012, havia um juiz federal de 1º instância para cada 131.827 habitantes.[91]

Figura 3 – Número de Magistrados em 2012

Magistrados	Quantidade	Δ (+/-)
2° Grau	130	-2,99%
1° Grau	1.142	-6,62%
Turmas Recursais	134	-34,31%
Juizados Especiais	507	10,94%
Total de Magistrados	**1.714**	-1,32%

Fonte: Justiça em Números - CNJ.

Igualmente, para o exercício da função jurisdicional a contento, há toda uma máquina administrativa voltada para a viabilização daquele. Nesse sentido:

Figura 4 – Colaboradores da Justiça Federal em 2012

Servidores	Quantidade	Δ (+/-)
Efetivos	25.772	3,06%
Cedidos	514	0,19%
Requisitados	1.719	6,05%
Sem Vinculo Efetivo	144	-7,10%
Terceirizados	6.796	19,88%
Estagiários	5.762	27,20%
Total de Servidores	**39.679**	8,80%

Fonte: Justiça em Números - CNJ.

[91] Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/atlas/Internet/HabitanteporJuizINTERNET.htm>. Acesso em 22 de fevereiro de 2014.

Mesmo assim, tal quadro é alarmante em face da carga de trabalho hodiernamente experimentada pela Judicatura Federal:

Figura 5 – Indicadores da Magistratura em 2012

	Carga de Trab.	Δ (+/-)	Proc. Julgados	Δ (+/-)	Proc. Baixados	Δ (+/-)
2° Grau	13.913	2,26%	4.565	4,93%	4.524	16,50%
1° Grau	5.212	8,13%	809	14,13%	1.262	24,62%
Turmas Recursais	10.534	75,69%	3.341	56,50%	2.941	86,41%
Juizados Especiais	5.709	22,26%	3.019	23,33%	3.498	37,53%
Justiça Federal	6.894	1,52%	1.751	0,99%	2.272	11,15%

Fonte: Justiça em Números - CNJ.

1.7. O Perfil do Juiz no Brasil

De plano, convém reafirmar que, antes de tudo, o juiz federal é regido por regras nacionais aplicáveis a toda a Magistratura, derivadas de normas constitucionais ou infraconstitucionais. Nessa linha, convém estabelecer ligações entre esta parte da investigação e a Seção 1.3, de modo a contextualizar a Judicatura brasileira em relação à tradição ocidental. Depois, pretende-se abordar o perfil do juiz brasileiro pós-88 e respectivo plexo de direitos e deveres constitucionais.

Sem dúvida, o juiz brasileiro se depara com o mesmo panorama de Judiciário extraído da tradição ocidental com relação à concretização e à tutela dos direitos fundamentais, bem como instituição fundamental para o funcionamento da democracia constitucional, ressalvadas suas peculiaridades já apontadas. Por conseguinte, não há muito que acrescentar.

Já em relação às classificações dos modelos de recrutamento, nas duas tipologias adotadas por este estudo percebe-se que o modelo brasileiro não se encaixa com perfeição em nenhuma das classificações e é normal que assim o seja. Carlo Guarnieri e Patrizia Pederzoli apontam com precisão que a distinção dos dois tipos de Judiciário (por efeito, a seleção de seus membros) é tipicamente ideal, visto que os casos concretos são mais complexos.[92] Entretanto, não deixam de ser instrumentos analíticos relevantes para o estudo.

[92] GUARNIERI; PEDERZOLI, op. cit., p. 66.

Da classificação de Zaffaroni, o Judiciário brasileiro apresenta um modelo tecno-burocrático bem consolidado, inclusive resultante de seu próprio isolamento social e político. O grande desafio que se coloca é a viabilidade de uma transição para o modelo democrático, que seja operante na realidade brasileira. Aqui, há diversas combinações entre duas tendências opostas. Na esteira de Flávio Dino,[93] identificam-se duas perspectivas de reação às reformas: (i) a continuísta, traduzível nas resistências ao novo papel do Estado-Juiz, inserta no paradigma do normativismo e o insulamento do Judiciário em relação à sociedade em prol de um tecnicismo; e (ii) a reformista radical, que tenciona mudanças utópicas e imediatas, desconsiderando as premissas e os limites do Judiciário na concretude e historicidade brasileira, em nome do dever de prestar contas e do compromisso social das instituições estatais.[94]

Em relação à tipologia de Carlo Guarnieri, não há dúvidas de que se tem um modelo de "juiz-funcionário" vigente no Brasil, porém não se pode reputá-lo puro, dado instituições como, por exemplo, o quinto constitucional nos tribunais, bem como alguns cargos de livre nomeação do Presidente da República nos Tribunais Superiores.[95] De todo modo, o recorte metodológico dessa pesquisa se enquadra nesse modelo, o que importa nas vantagens e desvantagens oportunamente já apontadas.

Tendo em vista a realidade propriamente brasileira, Luiz Flávio Gomes elabora cinco modelos de atuação judicial que bem descrevem o panorama atual:

> Tendo em vista o referencial de que se vale, emerge o correspondente *modelo de atuação judicial*. O juiz adstrito exclusivamente à lei representa o modelo "positivista-legalista"; o que coloca, de acordo com seus critérios pessoais, o valor "justiça" acima de tudo, inclusive da lei, retrata o modelo "alternativista extremado"; o que aceita a súmula vinculante, espelha o modelo opressivo hierárquico; por último, o que tem por base o "direito" (globalmente considerado – interno e internacional) personaliza o modelo constitucionalista de atuação judicial.
> Um "quinto" modelo de atuação judicial que, na verdade, não é nenhum modelo, senão uma aberração, não se vale de nenhum dos referenciais até aqui mencionados: consiste no juiz politicamente engajado com o Estado "autoritário" [...] Cuida-se de "modelo" que nem sequer alcança o nível mínimo da legalidade (exercita-se, destarte, na sublegalidade). (GOMES, 1997, p. 128 e 129).

Em primeiro lugar, da leitura do artigo 92, III, da Constituição, extrai-se que os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais são órgãos do Poder Judiciário. Seguidamente, a Carta Maior estabelece uma reserva legal qualificada, ou seja, remete a temática para o plano legal, mas não sem deixar de fazer prescrições de ordem material. Trata-se da previsão do Estatuto da Magistratura, por meio de Lei Complementar, de iniciativa do Supremo

[93] A rotulação em "continuísta *versus* reformista radical" não consta no pensamento do autor, sendo de nossa responsabilidade.
[94] COSTA, 2001, p. 22.
[95] Aqui vale ressaltar o peculiar caso do Superior Tribunal Militar, em que os Ministros provenientes dos quadros das Forças Armadas sequer bacharéis necessitam ser.

Tribunal Federal. Infelizmente, tal lei ainda não existe,[96] o que não impede que os princípios a serem observados por esse Estatuto sejam imediatamente aplicáveis.[97]

Por ora, tal situação se resolve com a Teoria da Recepção aplicada à Lei Complementar 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura - LOMAN)[98]. Ou seja, "Até o advento da lei complementar prevista no art. 93, *caput*, da Constituição de 1988, o Estatuto da Magistratura será disciplinado pelo texto da LC 35/1979, que foi recebida pela Constituição."[99]

Ademais, os juízes gozam das garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade, claramente o constituinte buscou dar concretude à Independência Judicial. Na visão do STF, a Constituição elevou a magistratura ao gênero de agente político. Nos termos do Ministro Néri da Silveira: "investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica."[100]

> O Magistrado é inviolável pelas opiniões que expressar ou pelo conteúdo das decisões que proferir, não podendo ser punido nem prejudicado em razão de tais pronunciamentos. É necessário, contudo, que esse discurso judiciário, manifestado no julgamento da causa, seja compatível com o *usus fori [...]* É que a independência judicial constitui exigência política destinada a conferir, ao magistrado, plena liberdade decisória no julgamento das causas a ele submetidas, em ordem a permitir-lhe o desempenho autônomo do *officium judicis*, sem o temor de sofrer, por efeito de sua prática profissional, abusicas instaurações de procedimentos penais ou civis[101] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, p. 1128).

Noutro giro, o parágrafo único do mesmo art. 95 veda aos juízes: o exercício de outro cargo, salvo o magistério; receber custas ou participação em processo; dedicação à atividade político-partidária; receber auxílios ou contribuições; e obediência à quarentena. Igualmente, a LOMAN também estabelece uma série de vedações. No campo das instituições judiciárias, o juiz deve observância aos ditames da Corregedoria Local e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

---

[96] Isso não implica dizer que ela não apresente eficácia negativa, logo a jurisprudência do STF é repleta de invalidações de regimentos internos e leis ordinárias que invadiram a seara do Estatuto da Magistratura.
[97] ADI 189, Rel. Min. Celso de Mello, j. 9-10-1991, Pleno, DJ 22-5-1992.
[98] HC 68.210, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18-12-1991, Pleno, DJ 21-8-1992.
[99] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, p. 1130. Retirado da ADI 1985, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-3-2005, Plenário, DJ 13-5-2005.
[100] Ibid., p. 1168. Retirado do RE 228.977, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 5-3-2002, Segunda Turma, DJ de 12-4-2002.
[101] Manifestação proferida no Inq. 2.699-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-3-2009, Plenário, DJE de 8-5-2009.

2. A SELEÇÃO DE JUÍZES FEDERAIS NO BRASIL PÓS-88

Após um capítulo de grande carga doutrinária, convém abordar aspectos legislativos e sociológicos acerca do objeto de estudo, de modo a melhor precisá-lo. A este propósito se volta este capítulo. Nesse sentido, tal empreitada se dará em três fases: (i) exposição do corpo normativo atinente à seleção de magistrados, desde a Constituição até a Resolução do Conselho da Justiça Federal (CJF); (ii) a exploração dos certames anteriores e atuais relativos ao cargo de juiz federal substituto; (iii) a análise do perfil do candidato aprovado.

> Mais do que uma descrição dos documentos legais e normativas internas que orientam o processo de seleção e de formação dos juízes [...] procurar-se-á apanhar, na escassa bibliografia existente sobre o tema, os contornos da prática que representa o referido sistema em suas dimensões reais, ou seja, enquanto orientados pela legislação, mas também enquanto marcados por uma história e uma cultura institucionais que precisam ser reconstruídas para que se analise o efetivo funcionamento do sistema e suas características marcantes (ROESLER, 2006, p. 5).

2.1. A Legislação e as Resoluções

Esta seção será responsável pela análise da legislação e respectivas disposições regulamentares acerca do recrutamento da Magistratura Federal. Para isso, a ordem expositiva obedecerá em ordem decrescente o escalonamento do ordenamento, quer dizer: o inciso I do artigo 93 da Constituição Federal; os artigos 78 e 79 da LOMAN; a Resolução CNJ 75; e a Resolução CJF 67. Espera-se obter um panorama do que a ordem jurídica brasileira atualmente dispõe sobre a temática em tela.

Como já informado, a Carta Maior apresenta em seu artigo 93 uma reserva legal qualificada em que remete à Lei Complementar o regime jurídico aplicado aos magistrados. Entretanto, como também já exposto, os princípios dispostos no artigo não se limitam à existência do Estatuto da Magistratura. Nessa linha, dispõe o inciso I do referido artigo:

> I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da OAB em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação.

Passa-se, portanto, ao exame minucioso desse artigo. Em primeiro lugar, é notável que mesmo com sua condição de agente político reconhecida pelo Pretório Excelso, o magistrado ocupa um cargo de carreira. Segundo Hely Lopes Meirelles e seus atualizadores, a carreira “É o agrupamento de classes da mesma profissão ou atividade, escalonadas segundo a

hierarquia do serviço, para acesso privativo dos titulares dos cargos que a integram, mediante provimento originário."[102]

Destarte, essa previsão reflete claramente a inspiração dos modelos tecno-burocrático e de juiz-funcionário que inspiram o desenho institucional do Judiciário. Embora escalonada em três níveis (juiz federal substituto, juiz federal titular e desembargador federal), não é possível conceber uma "hierarquia do serviço" nessa estrutura, sob pena de grave violação da independência e da imparcialidade judicial. À luz da Constituição de 88, o escalonamento se presta tão-somente para a organização administrativa e para o controle técnico das decisões judiciais por via recursal.

Por outro lado, a estruturação em carreira aliado com as garantias dos juízes, em especial a vitaliciedade, auxiliam na consolidação de um Poder Judiciário autônomo e independente, pois permite que o magistrado exerça seu ofício sem ingerências externas, concretizando o princípio do livre convencimento motivado.

O segundo ponto relevante é o cargo inicial ser o de juiz federal substituto. Como se depreende da argumentação anterior, tanto o juiz federal titular quanto o juiz federal substituto prestam a mesma tutela jurisdicional. Assim, adotando-se como premissa de que não há hierarquia, há razão constitucional para a discriminação entre dois cargos com a mesma função?

Tal pergunta se torna mais incômoda, quando a Resolução CNJ 133[103] dispõe sobre a simetria entre a Magistratura e o Ministério Público e equipara suas vantagens, afinal no Ministério Público Federal não há a figura do Procurador da República substituto. Agrava-se a situação, quando se percebe que outros órgãos do Judiciário da União equipararam os vencimentos entre os juízes titulares e substitutos, quando este substitui ou **até mesmo auxilia** aquele, como é o caso do TJDFT[104] e na Justiça do Trabalho, aqui por via regulamentar do Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

De qualquer modo, a resposta dada pelo Conselho da Justiça Federal encontra-se na Resolução CJF 1, de 20 de fevereiro de 2008. Consoante ao argumento aqui apresentado, o artigo 6º dispõe que "Os Juízes Federais Substitutos têm as mesmas funções jurisdicionais dos Juízes Federais titulares, devendo o seu exercício pautar-se pelo auxílio mútuo e recíproco". Entretanto, a discriminante se dá no artigo 3º: "A administração da vara compete

[102] MEIRELLES *et alii*, 2011, p. 460.
[103] Tal Resolução encontra-se *sub judice* na ADI 4822, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, e até o presente momento não encontra resultado definitivo.
[104] Arts. 46 e 47 da Lei 11.697/08, que dispõe sobre a organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios.

exclusivamente ao Juiz Federal titular, cabendo ao Juiz Federal Substituto auxiliar aquele em todas as atividades de natureza administrativa". Daí que se conclui que a diferenciação entre os cargos e respectiva diferença remuneratória se deve às funções administrativas as quais o Juiz Federal Titular exerce.

Novamente, nos termos do modelo de juiz-funcionário, a Constituição exige que a investidura no cargo de juiz federal se dê após prévia aprovação em concurso público de provas e títulos. Nada mais sendo do que aplicação do art. 37, II, CF.[105]

> O dispositivo declara abertamente o critério meritório para fins de ingresso nos quadros da Magistratura brasileira de primeira instância. Isso tem um significado duplo: i) não há ingresso por força ou indicação meramente política, suplantando, assim, eventuais práticas espúrias à República, como o "apadrinhamento"; ii) a forma eletiva para exercício de cargos não alcança o Judiciário brasileiro por força da vontade constitucional inequívoca (TAVARES, 2012, p. 223).

Outro elemento destinado a dar transparência ao certame é a participação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em todas as fases do concurso.[106] Aqui há um elemento de viabilização do modelo democrático como apresentado por Zaffaroni. Assim, na qualidade de função essencial à Justiça (art. 133, CF), a Advocacia tem co-responsabilidade na qualidade judicial dos ingressantes no Estado-Juiz.[107] Cumprindo duas funções, de acordo com André Tavares: "(i) impede que se forme um corporativismo ou uma ideologia judiciária já no momento do ingresso; e (ii) permite o controle geral dos processos de formação das fileiras do Judiciário."[108]

Por fim, o último elemento a ser comentado é o fato de o concurso ser de provas e **títulos**, bem como a exigência de 3 anos de atividade jurídica do bacharel em Direito.[109] Em primeiro lugar, é necessário ver que a etapa de títulos é meramente classificatória, entretanto demonstra uma preocupação do constituinte com as experiências acadêmicas e profissionais pregressas do candidato.

Por outro lado, a exigência de um tempo mínimo de atividade jurídica prévia ao ingresso e posterior à colação de grau do bacharelado é uma clara relativização do ideal do juiz-funcionário, pois diante do fenômeno da "juvenilização da Magistratura", o qual denota

---

[105] A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo coma natureza e a complexidade di cargo ou emprego, na forma prevista em lei.

[106] "Concurso para a magistratura: exigência constitucional de participação da OAB 'em todas as suas fases' : consequente plausibilidade da arguição de inconstitucionalidade das normas regulamentares do certame que: (a) confiaram exclusivamente ao presidente do Tribunal de Justiça, com recurso para o Plenário deste, decidir sobre os requerimentos de inscrição; (b) predeterminaram as notas a conferir a cada categoria de títulos: usurpação de atribuições da comissão, da qual há de participar a Ordem." (**ADI 2.210-MC**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, julgamento em 28-9-2000, Plenário,*DJ* de 24-5-2002.) **No mesmo sentido**: **ADI 2.204-MC**, Rel. Min. **Sydney Sanches**, julgamento em 8-11-2000, Plenário, *DJ* de 2-2-2001.

[107] TAVARES, op. cit., p. 223.

[108] Ibid., loc. cit.

[109] Esclarecendo o requisito: ADI 3460-0, Rel. Min. Carlos Britto.

um quadro em que cada vez mais os ingressantes na carreira são mais jovens, o que para alguns poderia significar despreparo para a função jurisdicional. De qualquer modo, trazida no bojo da Reforma do Judiciário, tal exigência demonstra um apelo à pragmaticidade e a uma experiência profissional anterior, dado o grau de responsabilidade do cargo de Juiz.

Já a LOMAN dedica dois artigos para tratar da questão no "Título V – Da Magistratura de Carreira". Contudo, em face da preocupação do Poder Constituinte em retirar tais decisões da esfera de opções do legislador ordinário, tais artigos tornaram-se praticamente irrelevantes após 1988. Porém, digno de nota é o §2º do artigo 78, pois prevê que "Os candidatos serão submetidos a investigação, relativa aos aspectos moral e social, e a exame de sanidade física e mental, conforme dispuser a lei." Tal previsão se converteu em uma etapa do concurso como se verá a seguir.

Atualmente, há uma Resolução do CNJ que dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional, a Res. CNJ 75, de 12 de maio de 2009. Antes de entrar no conteúdo propriamente dito dessa é necessário tecer comentários sobre duas questões: (i) o status normativo das Resoluções do CNJ e (ii) a iminência de alteração desse diploma regulamentar.

Antes de tudo, o Conselho Nacional de Justiça é resultado da EC 45/09, entretanto a discussão sobre um órgão de controle interno ou externo do Judiciário remonta à ditadura militar. Não é para menos que a LOMAN ainda prevê nos seus artigos 50 e ss. o Conselho Nacional da Magistratura. Órgão esse de caráter puramente disciplinar e que revela bem a face autoritária do modelo tecno-burocrático. De qualquer maneira, a atual Constituição traz no bojo de seu artigo 103-B o mandamento de instalação do CNJ, o que posteriormente foi declarado constitucional pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3367.

De acordo com o texto constitucional e as conclusões jurisprudenciais tomadas na referida ADI, o Conselho Nacional de Justiça é órgão integrante do Poder Judiciário, porém não possui função jurisdicional, tendo um caráter exclusivamente administrativo. Encontram-se sob seu crivo administrativo todos os órgãos do Estado-Juiz, com exceção do STF.

Nos dizeres do §4º do art. 103-B, são duas as competências básicas do CNJ: o controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário, bem como o controle do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Para os fins deste trabalho, importa o inciso I desse parágrafo, o qual permite ao Conselho expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência, a pretexto de zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura.

Muito se discutiu e ainda se discute sobre os limites do Poder normativo do CNJ. Conforme aponta Celso Bandeira de Mello, diversos atos de virtualidades jurídicas distintas são agrupadas sob o *nomen juris* Regulamento, sendo a única característica comum "o caráter geral e normalmente abstrato que possuem, de par com as circunstâncias de serem expedidos por órgão diverso daquele ao qual esteja cometida a edição de leis (Legislativo)."[110] Pois bem, Bandeira de Mello também anota que na realidade brasileira o Poder Regulamentar está associado tão-somente à figura do Chefe do Poder Executivo na forma como foi positivada no art. 84, IV, da Constituição.[111] Logo, dota-se de natureza jurídica de ato normativo secundário, com serventia vinculada ao fiel cumprimento da lei.

Nesses termos, a doutrina discutiu se as Resoluções emanadas do CNJ seriam atos normativos primários (validade derivada da Constituição e aptidão para inovar a ordem jurídica) ou secundários (validade derivada de um ato normativo primário com o fim de execução deste). A resposta dada pelo STF foi no primeiro sentido: na ADC 12-MC, ficou estabelecido que as Resoluções do CNJ são atos normativos primários, podendo inovar a ordem jurídica, pois gozam de generalidade, impessoalidade e abstratividade, além de retirarem sua validade diretamente do Art. 103-B, §4º, I, CF. Logo, assim se deve encarar a Res. CNJ 75.

Outro ponto preliminar é a iminência da revogação da Res. 75. Em primeiro lugar, é importante saber que a essa Resolução veio em substituição da Resolução CNJ 11, de 31 de janeiro de 2006. Logo, não é a primeira tentativa de uniformização das regras de seleção de juízes. Todavia, tal fato não é suficiente para apaziguar as inúmeras críticas recebidas.

Luis Felipe Salomão aponta como resumo das críticas, além de uma série de impropriedades jurídicas, as seguintes: a) inobservância das peculiaridades e necessidades locais e regionais ao uniformizar procedimentos para todos os ramos do Direito e todas as unidades federativas; b) alijamento das escolas da magistratura do certame; c) ausência de harmonização no tocante à atuação dos principais atores, além de falta de "ousadia" para superar as principais dificuldades de processo de recrutamento do juiz contemporâneo; d) usurpação da atribuição constitucional da Enfam.[112]

Assim, a substituição da atual Resolução era dada quase como certa ainda em 2013. Sinal disso foi o Seminário Regras de Concurso para a Magistratura, promovido pelo CNJ nos dias 6 e 7 de maio, para debater a minuta de Resolução redigida por um grupo presidido pelo

[110] MELLO, 2007, p. 329.
[111] Ibid., p. 332.
[112] SALOMÃO, 2009, p. 2.

Conselheiro José Munhoz e coordenado pela ex-conselheira Morgana Richa. Embora não publicada integralmente, segundo uma série de notícias veiculadas no site oficial do CNJ[113], propunha-se: ampliar o quantitativo de candidatos a serem classificados a prestar a segunda prova escrita, o alargamento do conceito de atividade jurídica, a centralidade do curso de formação inicial, a legalidade da previsão do exame psicotécnico.

Todavia, o ponto que gerou mais polêmica foi a centralização da primeira fase dos concursos em uma prova de âmbito nacional gerida por uma comissão permanente composta pelo CNJ, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho e a OAB, sendo que o restante das fases continuariam sob a regência dos tribunais. Tal modificação se daria para neutralizar os efeitos das Bancas de Concursos no perfil dos ingressantes. De todo modo, tal solução foi amplamente rejeitada pelos presentes no referido seminário.

Feito esse aviso, remanesce dizer que a problemática continua em aberto dado os mais de 100 processos no CNJ cujos objetos são pedidos de esclarecimento sobre a aplicabilidade da resolução. Tal situação não deixa de ser irônica dado que figurou como consideração no preâmbulo da Res. 75 “a multiplicidade de normas e procedimentos distintos por que se pautam os Tribunais brasileiros na realização de concursos para ingresso na magistratura, com freqüentes impugnações na esfera administrativa e/ou judicial”.

Na seara do que propriamente dispõe a Resolução, opta-se por fazer uma análise conjunta desta com a Res. CJF 67/09, tendo em conta suas similitudes. Afinal, o Conselho da Justiça Federal buscou adaptar os ditames do CNJ à realidade da Justiça Federal.

Sendo assim, a fase interna do concurso se dá com a observância de dotação orçamentária e a existência de vagas, bem como o interesse de cada TRF. O ato inicial de realização do concurso é a constituição de uma Comissão de Concurso, mediante resolução aprovada pela Corte Especial ou pelo Pleno. No âmbito da Justiça Federal, a Comissão será composta de cinco titulares, sendo dois membros do tribunal, um juiz federal de 1º grau, um professor de faculdade de Direito oficial ou reconhecida e um advogado indicado pelo Conselho Federal da OAB, com respectivos suplentes.[114]

De um modo geral, são atribuições da Comissão elaborar o edital e o cronograma, cuidar de toda a parte administrativa do certame, bem como preparar, aplicar e corrigir as provas escritas, além de argüir os candidatos submetidos à prova oral.[115]

---

[113] http://www.cnj.jus.br/noticias
[114] Art. 15, Res. CJF 69.
[115] Arts. 21 e 22, Res. CNJ 75.

No Anexo I da Res. CNJ 75, consta a relação mínima de disciplinas do concurso para provimento do cargo de juiz federal substituto da Justiça Federal, quais seja, Constitucional, Previdenciário, Penal, Processo Penal, Econômico e Consumidor, Civil, Processo Civil, Empresarial, Financeiro e Tributário. Ademais, no Anexo VI, há a previsão de Noções Gerais de Direito e Formação Humanística, com Sociologia do Direito, Psicologia Judiciária, Ética e Estatuto Jurídico da Magistratura Nacional, Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito e da Política.

A esse rol, a Res. CJF 67 acrescenta: Administrativo, Ambiental, Direito Internacional Público e Privado; bem como prevê que as Noções Gerais de Direito e Formação Humanística serão cobradas na segunda etapa. No mais, o Anexo I dessa resolução apresenta detalhadamente o conteúdo programático que deve ser exigido no certame. "Percebe-se que a intenção foi fazer um concurso bastante abrangente, embora se saiba que o cotidiano da magistratura federal é dominado por questões de Direito Público."[116]

Partindo para as etapas e o conteúdo do concurso, tem-se que o certame se desenvolve em seis etapas, sendo a última delas facultativa para cada ramo da Justiça decidir, a saber, o curso de formação nas Escolas da Magistratura.[117] No âmbito da Justiça Federal, tal previsão existe e é uma etapa de caráter eliminatório.[118]

A primeira etapa é uma prova objetiva seletiva, de caráter eliminatório e classificatório. Nesta, e tão-somente nesta fase, o CNJ e o CJF permitiram que essa pudesse ser "terceirizada" a uma instituição (Banca de Concursos) que seria responsável por elaborar e coordenar a etapa inicial. Ponto relevante é levantado pelo art. 22, pois cabe ao CJF, por intermédio do Centro de Estudos Judiciários, contratar ou celebrar convênio com a instituição executora, com validade de um ano. A relevância disso é que o candidato postulante ao cargo, seja em qual TRF for, encontrará as mesmas características de prova, caso também preste o concurso de outra Região.

Cabe ressaltar que se trata de uma faculdade concedida ao Tribunal, a qual se torna quase uma obrigação, tendo em conta a complexidade que se reveste hoje a realização de um concurso público. Como já apontado, trata-se de um dos pontos mais questionados da Resolução.

Relevante é que foram instituídos três blocos de disciplinas, com exigência mínima de acertos de 30% em cada bloco e 60% no âmbito global. Essa disposição não deixa margem

[116] ALVES, 2013, p. 231.
[117] Art. 5, Res. CNJ 75.
[118] Art. 5, VI, Res. CJF 69.

à dúvida: conforme o modelo do juiz-funcionário, deseja-se um perfil generalista, capaz de atuar em qualquer vertente da Competência da Justiça Federal. Ademais, dita o art. 27 da Res. CJF 67 que a prova objetiva será composta de cem questões e duração de cinco horas.

Em apoio a esta conclusão, a Res. CNJ 75 veda a consulta da legislação nesta etapa, o que implica em uma maior incidência de questões reprodutoras da "letra da lei". Completa-se a esse quadro o art. 33 desta Resolução: "As questões da prova objetiva seletiva serão formuladas de modo a que, necessariamente, a resposta reflita a posição doutrinária dominante ou a jurisprudência pacificada dos Tribunais Superiores." Dado que posição doutrinária dominante é um conceito fluido e gera certa insegurança, principalmente no examinador, tais disposições tendem a acentuar ainda mais o caráter "jurisprudencialista" dos concursos da magistratura federal, em contraposição ao viés mais "doutrinário" dos concursos do *Parquet*.[119]

Um último ponto acerca da primeira fase diz respeito à "cláusula de barreira"[120], isto é, as regras restritivas que limitam o número de candidatos habilitados para a fase seguinte do certame. A ver, dispõe o art. 44 da Res. CNJ 75 que nos concursos de até 1.500 inscritos, os candidatos que apresentarem as 200 melhores notas irão para a segunda fase; conquanto nos concursos com mais de 1500 inscritos, os trezentos candidatos mais bem classificados ficam habilitados para a etapa posterior. Dado os fenômenos expansivos da Justiça Federal, tais cláusulas são criticadas por acentuar a defasagem entre vagas previstas e número de aprovados.

Em relação à segunda etapa, tem-se que será composta de duas provas escritas: a primeira será discursiva, com objeto referente às noções gerais de Direito e formação humanística, assim como qualquer ponto do conteúdo programático; já a segunda prova escrita será prática, em dias sucessivos, de duas sentenças, de natureza civil e criminal. A partir dessa fase, o conteúdo das provas deve ficar necessariamente a cargo da Comissão. Além disso, o tempo mínimo de duração de cada prova será de quatro horas.

No mais, cada prova vale metade do valor da segunda etapa, sendo que no que tange a prática de sentenças, exige-se a aprovação nas duas com nota mínima de seis em cada uma delas. Já sobre a prova discursiva, a Comissão deve ter como critérios de avaliação: (i) o conhecimento sobre o tema jurídico; (ii) a utilização correta do idioma oficial; e (iii)

---

[119] Ibid., p. 85 e 86: "O que eu quero dizer com isso é que a chance de você ser questionado acerca de alguma teoria do Direito é muito maior em um concurso para promotor da justiça do que para juiz de direito ou juiz federal."

[120] Recentemente, em sede do RE 635.739, Rel. Min. Gilmar Mendes, o STF declarou constitucional a estipulação de cláusulas de barreiras, visto serem elas garantias da igualdade e da impessoalidade.

capacidade de exposição. Prioriza-se, então, o candidato com bom domínio idiomático e capacidade argumentativa.

A terceira etapa consiste na previsão do §2º do art. 78 da LOMAN, pois será avaliada: (i) inscrição definitiva[121]; (ii) exames de sanidade física e mental (condições de higidez física e mental) e psicotécnico (condições psicológicas); (iii) sindicância da vida pregressa e investigação social[122]. Caso o candidato não seja contraindicado nesta etapa, o que ensejaria sua eliminação, ocorrerá o deferimento da inscrição definitiva e a convocação para prova oral. Como se vê, trata-se de uma fase meramente eliminatória na qual a Comissão busca saber se o candidato está apto para ocupar um cargo de grande responsabilidade social.

A quarta etapa consiste na prova oral em sessão pública, a ser executada pela Comissão, sendo vedado o exame simultâneo de mais de um candidato e havendo registro de áudio ou outro meio de gravação. A ordem cronológica dos eventos ocorre da seguinte forma: primeiro, a Comissão agrupa, a seu critério, os temas e disciplinas da segunda etapa para efeito de sorteio; tal programa específico é divulgado no site do TRF até cinco dias antes da prova; depois, haverá um sorteio público de ponto para cada candidato com antecedência de 24 horas; por fim, haverá a argüição.

A ordem da argüição será definida por sorteio, no dia e hora marcados para início da prova oral. Nela, cada examinador disporá de 15 minutos para avaliar o conhecimento técnico do candidato acerca dos temas do ponto sorteado, utilizando como critérios: o domínio do conhecimento jurídico, a adequação da linguagem, a articulação do raciocínio, a capacidade de argumentação e o uso correto do vernáculo. Daí que cada examinador deverá atribuir uma nota de 0 a 10 para cada candidato, assim o resultado final nesta fase é a média aritmética das notas atribuídas pelos cinco examinadores. Para ser considerado aprovado e habilitado, cada candidato deve obter número não inferior a 6.

A quinta etapa consiste na avaliação dos títulos dos candidatos aprovados e tem natureza meramente classificatória. Nesse sentido, a Res. CNJ 75 arrola em seu artigo 67 quais atividades jurídicas pontuam. Em suma, há duas espécies: exercício profissional pretérito de cunho jurídico e desenvoltura acadêmica no tangente aos títulos e publicações.

---

[121] Conforme assentado na ADI 3460-0, Rel. Min. Carlos Britto, a comprovação dos 3 anos de atividade jurídica devem ser aqui comprovados. Não sem críticas da doutrina: André Tavares se pauta na Súmula 266 do STJ para argumentar que a comprovação do cumprimento das exigências temporais deve se dar na data da posse, e não no momento da inscrição. Além disso, o art. 37, I se refere a exercício do cargo, e não para a mera concorrência a um cargo (TAVARES, op. cit., p. 224 e 225).

[122] Até por ser dever do magistrado manter conduta irrepreensível na vida pública e particular, conforme o art. 35, VIII, LC 35/79.

Como sexta e última fase, há o curso de formação realizado pela Escola da Magistratura (ESMAFE) do TRF promotor do curso, com apoio do Centro de Estudos Judiciários do CJF. Tal curso terá duração de quatro meses, com 480 horas/aula, e observará regulamento próprio. A título meramente eliminatório (art. 9º, IV, Res. CJF 67), serão considerados aprovados os candidatos que obtiverem média final não inferior a 6 nesta etapa.

Nos termos do artigo 9º da Res. CJF 67, o candidato que for habilitado em todas as etapas do concurso será considerado aprovado para provimento do cargo.

Igualmente, convém explicitar que as etapas do exame não possuem o mesmo peso. Conforme o artigo 7º da Res. CJF 67, tem-se que: a primeira etapa (prova objetiva seletiva) tem peso 1; a segunda etapa (dissertativas e prática de sentença) possui peso 3 para cada prova; a quarta etapa (prova oral) possui peso 2; e por último, a quinta etapa (títulos) tem peso 1. Já em um exame rasteiro, percebe-se que a capacidade argumentativa e a pragmaticidade (manejo da escritura de sentenças usuais) são as características mais valorizadas.

Após a aprovação do quadro classificatório pela Comissão, o resultado final será submetido à homologação pelo TRF. Aqui vale a previsão do Art. 93, I, da Constituição, quer dizer, a ordem de classificação prevalece para a nomeação dos candidatos e por efeito, escolha de lotação e ordem de antiguidade.

Por fim, o artigo 12 da Res. CJF dispõe que o concurso deverá ser concluído no período máximo de dezoito meses, contados desde a inscrição preliminar até a homologação do resultado final. No final das contas, o que fundamentou o concurso foi o interesse público, bem como há a delicada questão da temporalidade dos créditos orçamentários. Igualmente, o prazo de validade é de dois anos, prorrogáveis uma única vez por igual período, a critério do tribunal.

2.2. A Experiência dos Concursos Anteriores

Este é o momento cabível para perquirir sobre as experiências anteriores em relação aos certames de juiz federal substituto nas cinco Regiões. Para isso, o recorte temporal se dará a partir da Constituição de 1988, em que os certames passaram a ser organizados pelos próprios tribunais, ao contrário do antigo modelo de exames nacionais promovidos pelo Conselho da Justiça Federal. No mais, o enfoque se dará nos concursos mais recentes.

No que toca a 1ª Região, com jurisdição no Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Rondônia, Pará, Piauí, Roraima e Tocantins, até o presente momento se deram 15 concursos[123], sendo o último ainda em aberto.

O primeiro concurso ocorreu em 1991, sob a presidência do juiz Adhemar Maciel, com um total de 18 aprovados. Já o segundo se deu em 1992, novamente tendo o juiz Adhemar Maciel na qualidade de presidente, com resultado final de 25 aprovados. No mesmo ano, teve-se o terceiro concurso, agora sob a presidência de Vicente Leal, com 22 aprovados. Em 1993, houve o quarto concurso, tendo como presidente o juiz Fernando Gonçalves e 17 aprovados. Somente em 1996, ocorreu o quinto concurso, agora a presidência coube ao juiz Osmar Tognolo, no qual 36 candidatos foram aprovados. Já em 1997, houve o sexto concurso, sob a presidência de Aloísio Palmeira, tendo como novidade a aprovação de 52 candidatos. Em 1998, o número de aprovados do sétimo foi reduzido para 44, além disso a presidência coube à juíza Assusete Magalhães.

Dessa primeira leva de concursos, percebe-se certa homogeneidade na Comissão Examinadora, sendo o professor de faculdade sempre indicado pela UnB e variando entre o Ministro do TCU Bento Bugarin e o ex-secretário da Receita Federal Osíris Lopes Filho. Situação não muito diferente da encontrada no indicado da OAB. Ademais, os juízes Carlos Fernando Mathias e a juíza Assussete Magalhães também figuraram diversas vezes na Comissão. De plano, percebe-se o rigor da seleção pelo número de aprovados, o que talvez seja reflexo da visão de que a Justiça Federal deveria se centrar nas capitais, com um quadro reduzido.

No oitavo concurso, realizado em 2001, sob a presidência de Olindo Menezes, tem-se novamente uma redução drástica no número de aprovados para 19. Tal quadro foi compensado no nono concurso, realizado em 2002, novamente figurando Olindo Menezes como presidente, agora com 52 aprovados. Digno de nota é a repetição na Comissão tanto do presidente quanto do desembargador Cândido Ribeiro e do advogado Jorge Amaury Nunes.

No décimo concurso, o presidente da Comissão foi o desembargador Jirair Meguerian, os desembargadores Carlos Mathias e Olindo Menezes voltam a figurar a Comissão. O resultado foi 35 aprovados do universo de 2216 inscritos, sendo 813 mulheres e 1403 homens. Percebe-se uma prevalência dos estados de Minas Gerais, Bahia e do Distrito no quantitativo de inscritos.

[123] A coleta de dados se deu no sítio eletrônico do tribunal: <http://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/concursos/juiz-federal-substituto-da-1-regiao.htm>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2014.

O Décimo primeiro concurso apresentou 43 aprovados em um universo de 1856 inscritos. Tal certame foi presidido pelo Desembargador Catão Alves, novamente figurando na Comissão o desembargador Mathias e o advogado Jorge Amaury Nunes.

No décimo segundo concurso, sob a presidência do desembargador Tourinho Neto, tem-se 38 aprovados em um quadro de 3212 inscritos. Aqui há a repetição do Desembargador João Batista na Comissão.

No décimo terceiro concurso, há a elaboração e coordenação da primeira fase pelo CESPE. Agora, sob a presidência de Olindo Menezes, o desembargador Cândido Ribeiro volta a figurar na Comissão, bem como em razão de impedimento do Des. Souza Prudente, o Des. Reynaldo Fonseca assumiu sua posição. Nesses termos, 58 foram os aprovados.

No décimo quarto concurso, a novidade foi a inclusão de um juiz federal de primeira instância na Comissão. Nesse sentido, coube a presidência ao desembargador José Amílcar, agora se repetiu o indicado da OAB, Raul Azevedo. Foi 54 o número de candidatos aprovados, sendo um deles Portador de Necessidades Especiais (PNE).

Atualmente, encontra-se em fase de prova oral o décimo quinto concurso, sob a presidência do Des. Daniel Paes. Novamente, figurando na Comissão o Des. José Amílcar e o professor Frederico Viegas.

Relevante também é a conformação interna de cada Tribunal aos ditames das Resoluções uniformes. No caso do TRF-1, a partir do XV Concurso, a Comissão passou a ser composta pelo Vice-Presidente do Tribunal, pelo Diretor da Escola da Magistratura, por um juiz federal de 1ª instância, assim como por um representante da OAB e da Academia.

A respeito do TRF da 2ª Região, com jurisdição no Espírito Santo e Rio de Janeiro e sede na cidade do Rio de Janeiro, torna-se cabível dizer que o tribunal se encontra em fase de viabilização de seu 15º concurso. Um problema metodológico da pesquisa se dá pelo fato do sítio eletrônico do tribunal[124] disponibilizar dados somente a partir do 9º concurso, desse modo nossa análise se centrará a partir desse marco.

O nono concurso do TRF-2 foi presidido pelo Des. Paulo Freitas Barata, apresentando 27 aprovados. Já o décimo concurso contou com a mesma presidência, sendo que os suplentes do certame anterior tornaram-se membros efetivos da Comissão Examinadora. Sendo assim, aprovaram-se 19 candidatos, todos do Rio de Janeiro, ao contrário do nono concurso em que houve dois candidatos do Espírito Santo.

[124] Igualmente a coleta dos dados foi empreendida no site do TRF-2: <http://www.trf2.jus.br/Paginas/mapa_magistrados.aspx?menu=Concursos%20P%C3%BAblicos>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2014.

O décimo primeiro, o décimo segundo e o décimo terceiro concursos foram presididos pelo Des. Poul Erik Dyrlund. Sendo que no primeiro, foram 17 aprovados, além disso o Des. André Fortes novamente figurou na Comissão Examinadora. Igualmente relevante, é o fato de o CESPE atuar como banca organizadora da primeira fase. Já no segundo, apenas 12 candidatos lograram êxito no certame, sendo que o Des. Abel Gomes integrou, de novo, a Banca Examinadora. Enfim, no terceiro, houve 22 aprovados, constando que um deles estaria *sub judice*. Aqui, o Des. Reis Friede também repete sua participação na Comissão.

O décimo quarto e o décimo quinto concursos foram presididos pelo Des. Guilherme Couto de Castro, sendo a novidade a presença de um juiz federal de primeira instância, bem como se nota o professor Flávio Amaral Garcia nos dois certames. No primeiro, foram 30 o número de aprovados, conquanto o segundo ainda está em aberto.

Em relação ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com jurisdição em São Paulo e Mato Grosso do Sul e sede na cidade de São Paulo, sabe-se que o tribunal se encontra com seu décimo sétimo concurso em andamento. Contudo, a história institucional de tais concursos não se encontra disponível em seu sítio eletrônico.

Sabe-se, entretanto, que sua situação não destoa dos outros TRFs, a despeito da alta densidade populacional sob sua jurisdição. Para isso, trazem-se à baila as notícias de que no décimo sexto concurso foram empossados 18 candidatos[125]; no décimo quinto, 32 candidatos[126]; e no décimo quarto, 24 pretendentes.[127]

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com jurisdição no Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul e com sede em Porto Alegre, terminou recentemente seu décimo quinto concurso.[128]

O primeiro concurso ocorreu ainda em 1989, possuindo o juiz José Carlos Garcia como presidente, no qual se aprovou o ínfimo número de 7 candidatos. Tal quadro se repetiu no segundo concurso, em 1991, sob a presidência do Des. Gilson Dipp. Nele, apenas 6 candidatos foram aprovados.

O Des. Ari Pargendler foi responsável pela presidência do terceiro (1992) e do quarto (1993) concurso do TRF-4. No primeiro, 27 candidatos foram aprovados, enquanto 30

[125] http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/Exibir/291950. Acesso em 22 de fevereiro de 2014.
[126] http://trf-3.jusbrasil.com.br/noticias/2748648/trf3-da-posse-a-trinta-e-dois-novos-juizes-federais. Acesso em 22 de fevereiro de 2014.
[127] http://jf.jusbrasil.com.br/noticias/1002023/trf3-da-posse-para-novos-juizes-federais-substitutos. Acesso em 22 de fevereiro de 2014.
[128] Site do TRF-4: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=107>. Acesso em 22 de fevereiro de 2014.

pretendentes, no segundo.

O Des. Fabio Bittencourt da Rosa foi presidente de nada menos do que quatro concursos sucessivos, isto é, do quinto ao oitavo. O número de aprovados foi, respectivamente: 31 (1994); 35 (1995); 15 (1997); 44 (1999).

Somente no nono concurso a Banca Examinadora começou a se diversificar. Sem dúvidas, é o caso de maior repetição de membros entre os Tribunais analisados. A ver, no campo dos professores, o professor Norberto da Costa Caruso Mac Donald integrou a Comissão em 6 concursos; já nas indicações da OAB, o Dr. Orlando de Assis Corrêa foi membro da Banca por três concursos seguidos e o Dr. Cláudio Otávio Xavier, por 5 concursos consecutivos, além do Dr. Flávio Cavalli, por 2 concursos (nono e décimo). Semelhante situação se dá com os desembargadores escolhidos nos oito primeiro concursos.

Pois bem: no nono concurso, em 2000, cujo presidente foi o Des. Teori Albino Zavascki, 49 foi o número de aprovados. Na oportunidade do décimo concurso, em 2001, com a presidência do Des. Amir Sarti, os candidatos aprovados resultaram em 45. Em 2004, realizou-se o décimo primeiro concurso, sendo a Des. Maria Lucia Leiria sua presidente, com um total de 38 aprovados.

Por ocasião do décimo segundo certame, sob a presidência do Des. Luiz Carlos Lugon, ocorrido entre 2005 e 2006, o número de candidatos aprovados foi de 43. Já no décimo terceiro concurso, presidido parcialmente pelo Desembargador Lugon e pelo Des. Néfi Cordeiro, entre 2007 e 2008, aprovaram-se 22 candidatos. No décimo quarto concurso, cujo presidente foi o Des. Tadaaqui Hirose, ocorrido entre 2010 e 2011, foi 25 o número de aprovados.

Por fim, no último e décimo quinto concurso promovido pelo TRF-4, sob a presidência parcial do Des. Luiz Fernando Penteado e do Des. Carlos Eduardo Thompson Flores, entre 2012 e 2013, o número de candidatos que lograram êxito foi de 28.

O Tribunal Regional da 5ª Região, com jurisdição em Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe e com sede em Recife, já promoveu doze concursos para provimento de cargos de juiz federal substituto. Novamente, encontra-se a dificuldade da disponibilização de dados pelo sítio eletrônico do tribunal,[129] assim nos centraremos a partir do quinto certame.

[129] <http://www.trf5.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=633&Itemid=172&Itemid=173>. Acesso em 22 de fevereiro de 2014.

No quinto concurso, sob a presidência da Des. Margarida Cantarelli, em 2002/2003, o número de aprovados foi de 24 pretendentes. Com a mesma presidente, o sexto concurso se deu em 2004, tendo como aprovados o número de 12.

No sétimo certame, em 2005, a presidência coube ao Des. Francisco Cavalcanti, sendo 15 o número de aprovados. Novamente, com o mesmo presidente, entre 2006/2007, o oitavo concurso apresentou 19 aprovados.

No nono concurso, em 2008, sob a presidência do Des. José Baptista de Almeida Filho, contando com 21 aprovados. Com o mesmo presidente parcialmente conjuntamente ao Des. Luiz Gurgel, deu-se o décimo concurso, em 2009 e 2010, no qual foram aprovados 10 candidatos.

No décimo primeiro concurso, em 2012, tendo como presidente o Des. Paulo Roberto Lima, em 2012, 18 foi o número de aprovados. Já o último e décimo segundo concurso, com presidência dividida entre o Des. Lima e o Des. Francisco Wildo Lacerda Dantas, os exitosos totalizaram 22.

2.3. O Perfil do Candidato

O objetivo desta seção é perquirir sobre um possível perfil do aspirante a um cargo de juiz federal substituto, mormente aquele que obtém êxito no certame. Com esse intuito, será feito uso das seguintes fontes: inferências das experiências anteriores delineadas *supra*, as informações estatísticas apresentadas pelo CJF e CNJ, bem como a pesquisa quantitativa de Alexandre Henry.[130]

Para tal empresa, a exposição se dará em duas fases. A uma, será centrada na figura do juiz federal em três aspectos: perfil individual; relações interpessoais; e experiência profissional e acadêmica pretérita. A duas, o estudo para o certame será o foco nos seguintes elementos: tempo e rotina; ambiente; e metodologia.

De acordo com as estatísticas dos TRFs e a pesquisa de Henry, há de fato uma "juvenilização da magistratura" na esfera da JF, entretanto não em termos tão enfáticos. Veja: a idade média de entrada na Judicatura foi de 30,7 anos, ao passo que a idade média de término do curso de Direito foi de 24,1 anos. Assim, deu-se um período médio de 6,6 anos

[130] ALVES, op. cit., p. 135-174. A respeito desta, é relevante salientar que ocorreu em um universo de 308 magistrados, com atualização específica para a 4ª edição desta obra, a partir de um questionário uniforme submetido à lista da Ajufe.

entre a colação de grau e o termo de posse, logo superior aos três anos mínimos de prática jurídica.

> O caminho natural que vejo tem, então, duas vias. O primeiro deles é relativo às pessoas que concluem o curso de Direito já tendo em vista o concurso da magistratura federal. Nesses casos, é previsível que boa parte dos candidatos aprovados consigam o sucesso em quatro ou cinco anos após o término da graduação. Enquanto isso, e é o que a pesquisa pareceu demonstrar, prestam outros exames e acabam iniciando a vida jurídica profissional em carreiras como as da Advocacia-Geral da União e de analista judiciário (ALVES, 2013, p. 141)

Henry também apontou que somente 10,2% dos entrevistados estudou 1 ano ou menos até ser aprovado, sendo que 37,6% dos entrevistados dedicaram-se ao concurso da magistratura por mais de 3 anos. Percebe-se, portanto, que se trata de um projeto de médio prazo, no mínimo. Ademais, requer perseverança, visto que "dois terços dos atuais juízes foram reprovados no mesmo concurso ao menos uma vez. Na análise individual dos questionários, pude concluir que o índice de aprovados logo na primeira tentativa vem diminuindo com o tempo".[131] Para isso, Henry formula duas explicações: o aumento do nível de exigência e o aumento do número de candidatos. E mais: "Pelas estatísticas acima, aplicadas ao número de juízes federais hoje em atividade, podemos calcular mais de 200 magistrados que somente foram aprovados da quarta tentativa em diante."[132]

Outro dado relevante é a subrepresentação das mulheres nos quadros da magistratura federal, sendo aproximadamente 3 mulheres a cada 10 juízes federais, o que em consonância com a própria Economia do Trabalho tende a diminuir.

Sobre as relações interpessoais, há uma ligeira maioria de casados ou em união estável no universo dos entrevistados. Ademais, 71,8% dos entrevistados não possuíam filhos, entretanto mais de um quarto já possuíam filhos e moravam com eles. Por último, "Os números mostram que 96% dos entrevistados tiveram estímulo das pessoas próximas, sendo que 19% do total, apesar do estímulo, revelou que havia cobrança pela ausência".[133]

A respeito da experiência profissional pretérita, a grande maioria de 80,4% já era servidor ou empregado público, sendo que 85,1% dos entrevistados já foram aprovados para os quadros da Advocacia-Geral da União ou para analista judiciário. Contudo, os números caem quando se pergunta sobre a última ocupação antes do ingresso na JF para pouco menos do que a metade. Henry complementa: "O grande destaque, mais uma vez, é para a advocacia pública. Somando-se os três entes da federação, verifica-se que 36,7% dos juízes federais

[131] Ibid., p. 142.
[132] Ibid., loc. cit.
[133] Ibid., p. 151.

vieram diretamente das procuradorias."[134] Outro dado é que apenas 2,1% dos entrevistados não fazia nada além de estudar.

Já em relação à experiência acadêmica anterior, a maioria dos entrevistados possuía tão-somente a graduação em Direito na época da aprovação, sendo 33,9% possuidores de especialização *lato sensu* e apenas 8% com título de mestrado.

Sendo assim, torna-se cabível entrar na segunda parte da exposição, o estudo propriamente dito. A respeito do tempo e da rotina, a pesquisa de Henry revelou que a esmagadora maioria trabalhava e estudava simultaneamente, bem como além dos dias úteis, faziam uso dos finais de semana para estudar e estudavam em média de 3 a mais de 5 horas por dia. Igualmente, os turnos matutinos e/ou noturnos eram os preferidos para o estudo. No que toca o ambiente, 93,3% dos entrevistados preferiam estudar sozinhos e também a maioria estudava em um cômodo silencioso da própria casa.

Acerca da metodologia de estudo, de plano, pode-se afirmar que a maioria dos aprovados conjuga três fatores: a **leitura repetida da "lei seca"** (sem comentários jurisprudenciais ou doutrinários); o **estudo da jurisprudência** em suas preparações, como apontado por 95% dos juízes, sendo que o restante foi aprovado antes de 2007, principalmente ainda na década de 1990; e a **resolução de questões** de provas anteriores, principalmente das provas objetivas e das práticas de sentença. Do universo de entrevistados, 70,6% apontaram como principal método de estudo os livros de doutrina.

Conclui-se que o perfil de estudo do candidato bem-sucedido é generalista, dotado de uma noção global do universo de textos legais e respectivas interpretações jurisprudenciais os quais podem ser de alguma serventia na prática jurisdicional. Ou seja, a própria preparação tem forte apelo prático.

Assim, desmistifica-se o perfil do candidato-erudito e coloca-se no lugar um pretendente que prima pela eficiência, isto é, o custo-benefício de cada escasso minuto de estudo para alcançar o objetivo da aprovação no cargo de juiz federal substituto no menor tempo possível.

---

[134] Ibid., p. 154.

3. AS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DA MAGISTRATURA FEDERAL

Sob um enfoque zetético, neste capítulo se pretende especular sobre as funções do magistrado federal as quais correspondam com as expectativas normativas e sociais legitimamente inferidas do ordenamento jurídico globalmente considerado e do contexto jurídico-político brasileiro. Para saber quais funções seriam essas, calca-se em dois autores: Rafael Jiménez Asensio e Luiz Flávio Gomes.

No contexto espanhol, Asensio estabelece cinco funções que um juiz ordinário deveria desempenhar: (i) controle da legalidade; (ii) garante natural dos direitos fundamentais; (iii) controle de constitucionalidade; (iv) aplicação do Direito Comunitário; e (v) ator em um Estado de estrutura composta inserido em um contexto territorial de pluralismo político, normativo, cultural e lingüístico.[135]

Já Luiz Flávio Gomes acredita que o juiz brasileiro no Estado Constitucional e Democrático de Direito deve ter as seguintes incumbências institucionais: (i) solucionar litígios com independência e imparcialidade; (ii) controle dos demais Poderes; (iii) autogoverno da Magistratura; (iv) tutela dos direitos e garantias fundamentais; e (v) garante do Estado Constitucional e Democrático de Direito.[136]

Aqui, a argumentação se dará sob a premissa de que o Juiz é, antes de tudo, um intérprete/aplicador do Direito, nesse sentido será abordada sua posição em três níveis jurídicos, dado o contexto de entrelaçamento de esferas jurígenas (pluralismo jurídico), quais sejam, o legal, o constitucional e o internacional.

Do exposto, tem-se o traçado básico deste capítulo, que se dividirá em três seções com o intuito de lançar luzes e desconstruir premissas para depois se pensar em uma reconstrução conciliadora.

3.1. O Juiz da Legalidade

Por sua vez, esta seção pode ser vista em três partes: a crise da legalidade, a reconstrução da legalidade e a legalidade constitucional. Exatamente nessa ordem, a exposição se desdobrará.

Como já visto, a “Autoridade da Lei” é corroída por dentro com a emergência do

[135] JIMÉNEZ ASENSIO, 2001, p. 164-190.
[136] GOMES, op. cit., p. 22-23.

Estado Constitucional. Tendo em conta que os conflitos múltiplos e complexos insurgentes no seio da sociedade, bem como transformações sociais ao passo do desenvolvimento tecnológico, a perfectibilidade da Lei e a capacidade reguladora do Legislador são postas à prova. *In casu*, perdem. Deixando, assim, a Lei de ser o critério exclusivo de identificação do Direito.

A reação do Legislativo é o fenômeno da "inflação legislativa"[137], a qual pode ser concebida na ordem quantitativa, em que há uma explosão normativa, formando um emaranhado de normas de difícil compatibilização pelo intérprete do Direito; por outro lado, na ordem qualitativa, percebe-se a produção de diplomas com a textura cada vez mais aberta. Em suma, busca-se balizar minimamente uma conduta social, porém normatizá-la de forma maleável para que se adapte às mudanças sociais. O resultado é a transferência de responsabilidades e liberdade hermenêutica para o aplicador do Direito: seja o jurista, seja o administrador.

Na realidade brasileira, tal situação se agrava pela hipertrofia do Executivo, que exerce indiscriminadamente atividades legislativas. É dizer: com a utilização sistemática da medida provisória e da apresentação de projetos de lei com pedido de urgência - ambos com prazo terminativo, sob pena de trancamento de pauta - o Executivo termina por impor a agenda do Legislativo e inviabilizar que este exerça sua função típica. Escorreita é a argumentação de Leomar Amorim:

> A experiência brasileira demonstra que o Presidente da República tem feito uso abusivo das medidas provisórias para disciplinar matérias que não reclamam intervenção legislativa urgente, banalizando sua utilização e exercendo verdadeira competência legislativa ordinária paralela ao Congresso Nacional (SOUSA, 1999, p.155).

Diante disso, insustentável fica a posição do positivista-legalista, sendo a legalidade estrita um de seus conceitos fundamentais. Entretanto, em um Estado que se pretenda de Direito, não se pode abrir mão da juridicidade que vincula o Poder Público e a sociedade. É da lavra de Lourival Vilanova a norma de pensamento e de ação de todo jurista: "buscar o Estado de Direito não somente agora, mas sempre, perseguindo-o como fim [...] evitando que ele se esvazie de conteúdo político e social, dissolvendo-se no oco formalismo de um mero Estado jurídico".[138]

Nesse panorama, é nítida a imprescindibilidade de se compreender o que é lei no Estado Contemporâneo, pois somente com um conceito semanticamente bem delimitado que se pode operacionalizá-lo para o desenvolvimento do Direito, mormente em uma ordem

[137] ROESLER, 2006, p. 6.
[138] VILANOVA, 2011, p. 578.

jurídica de tradição romano-germânica como o é a brasileira. Diz-se mais: tal construto conceitual deve derivar da realidade própria do Brasil, pois de nada adianta a um juiz federal de Juizado Especial Federal em âmbito hodierno trabalhar com um arcabouço teórico oitocentista ou correspondente a outra realidade social e histórica. Logo, reformula-se: é imprescindível compreender o que é Lei na República Federativa do Brasil pós-88.

> *No quadro da evolução do pensamento jurídico atual, não é possível aceitar um conceito universal de lei. É necessário ter em vista o conceito de lei aplicável a esta ou àquela ordem jurídica.* Cumpre, por isso mesmo, empreender esforços para a compreensão do sentido da lei no universo constitucional brasileiro definido a partir da Constituição Federal de 1988 (CLÈVE, 2011, p. 147, grifo no original).

Clèmerson Clève é pontual em dizer que a palavra lei é empregada na Constituição em diferentes contextos, como, por exemplo, n o sentido de ordem jurídica, de ato legislativo votado no Parlamento (lei ordinária), de qualquer norma jurídica (até, se for o caso, de Emenda Constitucional), de qualquer ato legislativo: "*De qualquer maneira, para o Direito constitucional brasileiro a lei configura sempre um mecanismo de criação do direito decorrente da atividade do Estado."*[139]

Clève persiste no empreendimento ao encontrar três tipos de lei na CF/88. As **leis de arbitragem**, que são instrumentos de conservação retirados da experiência revolucionária burguesa em que se intenciona cristalizar no Direito Posto situações jurídicas já determinadas. Entretanto, do Estado Social, surge a necessidade de regras não somente de arbitragem, mas também de impulsão voltadas para a reforma do *status quo*, as **leis-objetivos** (leis-medidas para Carl Schmitt). Por último, com o Estado Constitucional e na esteira do pensamento de Rudolf Smend, têm-se as **leis-integração**, dado a função de integração da comunidade política que as Constituições pós-guerra assumem. A ver, "*Instrumento de conservação ou de reforma, a lei é também um instrumento de integração da sociedade."*[140]

Relativamente ao contexto constitucional que o Brasil hoje se coloca, também é de Clève a seguinte conclusão:

> *Na constituição Federal de 1988, a lei não é necessariamente um instrumento de conservação ou de reforma porque pode assumir ambos os papéis dependendo da correlação das forças imperante no momento. No entanto, a lei será sempre um instrumento de integração que condensa as relações de força presente no seio político, para utilizar a linguagem de Nicos Poulantzas* (CLÈVE, 2011, p. 154 e 155, grifo no original)

Em suma, tal quadro não nos leva a uma rejeição à lei em sentido lato, mas sim à valorização de seus elementos teleológicos, quer dizer: "todas as suas regras devem ser interpretadas e aplicadas, ou seja, todo ato, normativo ou concreto, só será válido ou validamente aplicado [...] se for pelo menos uma maneira razoavelmente eficiente de

---

[139] CLÈVE, 2011, p. 147 e 148, grifo no original.
[140] Ibid., p. 154, grifo no original.

realização de seus objetivos".[141]

Logo, é necessária a tarefa de reconstrução desse conceito operativo do Direito pelo juiz federal em sua atividade diária. Na esteira do pensamento de Günther Teubner, em um contexto de fragmentação do Direito, o uso criativo de paradoxos é a mensagem que permite levar a *autopoiesis* para além da análise desconstrutiva em direção a uma prática reconstrutiva, de modo a permitir a superação de paradoxos e antinomias presentes na *práxis* jurídica.[142]

Dada a importância da fundamentação das decisões jurídicas, deve-se abandonar a subsunção feita de forma automática, quer dizer, deve-se incorporar ao imaginário do jurista brasileiro o gritante equívoco do brocardo *in claris cessat interpretatio*. No atual contexto da hermenêutica jurídica, está mais do que certa a noção de que aplicar pressupõe interpretar, justamente porque texto, fato e norma não se confundem, inclusive em planos distintos da linguagem, porém são igualmente relevantes para a tarefa do jurista. Como aponta MacCormick, classificar também é decidir, pois "não é que decisões atributivas[143] ou determinações impeçam ou excluam a lógica dedutiva, mas, ao revés, que elas são um elemento precursor necessário a qualquer raciocínio dedutivo que seja conduzido com referência ao mundo real."[144]

Em síntese, o que se quer dizer com isso? A Lei é o ponto de partida e o limite de todo intérprete comprometido com o Estado de Direito, principalmente quando se trata de um juiz. Além disso, muitas vezes para satisfazer a garantia da fundamentação de sua decisão, o magistrado deverá não só justificar o ponto de chegada, mas também seu *topos* (ponto de partida).

Em complemento, não se quer afirmar dois pontos contrários à visão de Argumentação Jurídica adotada por esta investigação. Primeiro, não se deseja reafirmar o legalismo, principalmente em um contexto de fragmentação das ordens jurídicas (*Global Bukowina* na metáfora de Teubner). Na verdade, quer-se dizer que a Lei é uma fonte do direito. Tal banal afirmação se faz necessária diante de certo uso abusivo da principiologia (panprincipiologismo na linha de Streck) no contexto brasileiro, o que leva a um decisionismo que não só é autoritário, mas teoricamente inconsistente.

Segundo e por outro lado, não se quer negar a possível superabilidade das regras, o

---

[141] ARAGÃO, 2005, p. 29.
[142] TEUBNER, 1991-1992, p. 1444.
[143] "uma decisão a respeito de ser possível e razoável relacionar o que aconteceu de fato ao predicado que estabelece o fato operativo em uma dada formulação de regra." (MACCORMICK, op. cit., p. 93-94)
[144] MACCORMICK, op. cit., p. 94.

que geraria uma decisão *contra legem*. Segundo Thomas Bustamante, trata-se dos casos mais difíceis da argumentação jurídica em que o próprio ordenamento é desafiado, exigindo-se pesada carga argumentativa em contrário,[145] porquanto caso siga-se a solução prescrita se gerará uma situação extremamente injusta (fórmula de Radbruch). Fala-se dos casos trágicos (Manuel Atienza) e estes são a excepcionalidade. Dentro do marco teórico, a argumentação está sujeita a exceções (*Arguing Defeseasibly)*.[146]

Nesses termos, não se furta ao juiz federal a possibilidade de se deparar com tais casos e empregar o expediente argumentativo que achar necessário para justificar sua decisão. Justamente, avistam-se as áridas questões de direito enfrentadas pela JF. Contudo, cabe alertar que o comum é a regra como razão definitiva para juízos concretos de dever-ser, "aqui interessa que é somente que a aceitação de uma carga argumentativa em favor de determinados princípios não iguala seu caráter *prima facie* ao das regras."[147]

Nessa tarefa de reconstrução, a perspectiva do legislador[148] também deve contar, nos termos da Teoria Institucional, de Neil MacCormick. A ver, "Os concidadãos de um parlamentar estão convencidos de que as decisões legislativas fazem uma diferença nas suas vidas e destinos"[149] e assim é bom que seja, se considerarmos o Direito como uma ordem normativa institucional. Logo, há um processo de complementação, pois ao terminar o trabalho dentro do Legislativo, ao longo do curso da execução da lei, problemas aparecerão, seja sobre o escopo do texto ou sua justa aplicação a um caso concreto. Nesse ponto, o processo final de concretização terá de se dar por meio de uma decisão judicial.[150]

Por último, cabe falar da "legalidade constitucional" e de que forma esse conceito influenciaria a prática do juiz federal. A legalidade torna-se constitucional concomitantemente com a introdução de uma dimensão substancial na validade das normas, o que é próprio do Estado Constitucional. *"É dizer, o universo da lei é tributário de uma idéia de justiça deduzida do texto constitucional"*.[151]

Sendo assim, a Constituição não deve ser considerada como apenas mais uma lei ou um pacto político da comunidade. Trata-se de verdadeira Lei Básica (*Paramount Law*), ou seja, toda e qualquer lei integrante da ordem jurídica deve ser compatível formal e materialmente com a Carta Maior. A implicação direta disso é que a Constituição funciona

---

[145] BUSTAMANTE, 2010, p. 612.
[146] MACCORMICK, op. cit., p. 307-329.
[147] ALEXY, 2008, p. 106.
[148] Tal preocupação também se repete em Alexy, como se verá a seguir.
[149] Ibid., p. 9 e 10.
[150] Ibid., p. 13.
[151] CLÈVE, op. cit., p. 152.

como um filtro material da Legislação.

> É justamente no espaço de regulação da sociedade que reside a singularidade das Constituições contemporâneas, em cujo campo se insere a brasileira. Ora, este espaço adota um conjunto de princípios (plasmadores de valores fundamentais) que consubstanciam os *Standards* de justiça defendidos no contexto da sociedade brasileira deste final de século. Temos, portanto, uma Constituição Material residente no território discursivo da Constituição Formal (CLÈVE, 2011, p. 152)

Noutras palavras, a Lei deve ser interpretada à luz da Constituição. Para isso, Luís Roberto Barroso apresenta três princípios instrumentais (metanormas) com a função de auxiliar na interpretação e aplicação das leis, quais sejam, (i) a supremacia constitucional; (ii) a presunção de constitucionalidade das leis; (iii) interpretação conforme a Constituição.[152]

Para uma crítica a uma visão larga dessa máxima, há Humberto Ávila para o qual caso se adote a máxima neoconstitucionalista de que toda interpretação é constitucional, o intérprete deveria saltar do plano legal para o constitucional em toda questão jurídica minimamente relevante, o que por sua vez ensejaria a ponderação, adotada como critério geral de aplicação do direito. Tal situação geraria danos, porque ocasionaria o anti-escalonamento da ordem jurídica e o aniquilamento das regras e princípios democráticos referentes à função legislativa.

Quanto ao primeiro, trata-se de uma constitucionalização total do ordenamento em que todos os vários níveis de concretização normativa se achatariam um só nível, o constitucional. Já o segundo ponto advém da perda do âmbito normativo do Legislativo em prol do Judiciário. Assim sendo, há dois paradoxos envolvidos. A um, a interpretação centrada nos princípios constitucionais viola três princípios basilares: democrático, legalidade e separação de poderes. A dois, a insignificância da supremacia constitucional, pois privilegiá-la em excesso causa sua própria eliminação, quer dizer, os outros níveis hierárquicos são tão insignificantes ou mesmo inexistentes que a Constituição é referência superior a nada.[153]

Dado não ser objeto desta investigação, só compete dizer que Ávila parte de uma visão equivocada de uma ponderação desenvolvida sob a égide de uma Constituição-fundamento, o que não é o caso do marco teórico aqui adotado e proposto para a Magistratura Federal. Além disso, a distinção ponderação-subsunção em nada implica aumento de subjetivismo. Como aponta Marcelo Neves: "Em nenhum dos casos trata-se de uma discussão sobre subjetivismo, mas sim das condições de possibilidade da crítica de decisões,"[154] porquanto "o que se passa na mente dos juízes antes da argumentação e da interpretação

[152] BARROSO, 2009, p. 165-202.
[153] Cf. ÁVILA, 2009.
[154] NEVES, 2013, p. 180.

(como produção de texto) é incontrolável tanto na subsunção quanto na ponderação. O que é controlável social e juridicamente é o comunicado."[155] Já em relação à inviabilização da função legislativa pela prática reiterada da ponderação, também é simplista, o que determina a estabilização das expectativas normativas na sociedade moderna é a relação reflexiva circular na dinâmica jurídica (legislador e juiz) e na estática jurídica (princípios e regras).[156]

3.2. O Juiz da Constitucionalidade

Ainda no berço do controle de constitucionalidade, em 1803, o *Chief Justice* John Marshall estatuiu em sede do célebre *Marbury v. Madison*: "A Constituição delega todo o poder judiciário dos Estados Unidos a um Supremo Tribunal e tantos tribunaes (sic) inferiores [...] O poder judiciario dos Estados Unidos estende-se a todas as causas oriundas da Constituição."[157] Nesse sentido, na visão de Marshall, cabe ao Judiciário dizer o que é lei e em face de um conflito entre os planos constitucional e legal, deve prevalecer o primeiro.

Controle de constitucionalidade é a avaliação de compatibilidade entre a Constituição (parâmetro) e um ato normativo primário (objeto). Em caso de juízo negativo, o efeito lógico é a sanção de invalidação do objeto. De sua teoria geral, extraem-se duas distinções relevantes: (i) abstrato e concreto e (ii) concentrado e difuso.

Ao juiz federal, cabe o exame da constitucionalidade das leis em concreto e difusamente. É dizer: é concreto, porquanto o pedido principal da demanda não é a inconstitucionalidade de um ato normativo primário, porém a questão da incompatibilidade surge *incidenter tantum*[158] em caráter de prejudicialidade; é difuso, porque cabe a todo e qualquer agente público investido de Jurisdição fazê-lo, ao contrário do modelo concentrado em que somente um órgão, a Corte Constitucional, teria competência para tanto.

No panorama brasileiro, Marinoni entende que qualquer juiz, no sistema brasileiro, tem a obrigação de controlar a constitucionalidade da lei: (i) declarando a sua inconstitucionalidade, inclusive estabelecendo a omissão do Legislador; (ii) interpretação conforme a Constituição; e (iii) a declaração parcial de nulidade sem redução de texto. A diferença entre as últimas é "Na interpretação conforme, afirma-se qual das possíveis

[155] Ibid., p. 179.
[156] Ibid., 181.
[157] MARSHALL, 1903, p. 22 e 27.
[158] Esse julgamento incidental, declarando ou não a Constitucionalidade da lei, projeta-se apenas sobre as partes, isto é, tem aplicação somente ao caso concreto. Portanto, o eventual julgamento incidental de inconstitucionalidade não gera a anulação da lei. A lei não é eliminada do sistema e assim, não se torna sem efeito para os demais cidadãos, podendo ser aplicada em outros casos concretos (MARINONI, 2008, p. 57)

interpretações do texto da lei se revela compatível com a Constituição. Na declaração parcial de nulidade, declara-se a inconstitucionalidade de algumas interpretações da lei, deixando-se outras a salvo."[159]

Ainda em 1993, Gilmar Mendes afirmava o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania, sendo que "a falta de um mecanismo de controle de constitucionalidade pode ser fatal para os direitos e garantias fundamentais, que ficariam, de faro, à mercê da vontade do legislador."[160] Portanto, é desafio à criatividade do jurista hodierno "desenvolver técnicas de decisão adequadas a promover a concretização da vontade constitucional."[161] Enfim, essa problemática também diz respeito ao juiz federal, a qual pode e deve incorporar as diferentes técnicas de controle de constitucionalidade em seu trabalho diário.

De lá para cá, o que mudou foi a assunção de um papel muito mais ativo do STF e a criação de diversos instrumentos de controle concentrado. Entretanto, a realidade notória é a baixa constitucionalização das sentenças dos juízes singulares. As razões são inúmeras e vão desde uma racionalidade estratégica (não-reformabilidade de suas decisões) até o ensino jurídico (ainda marcadamente civilista, manualesco e pouco afeito ao debate constitucional crítico com seriedade). Claro, há uma grande parcela de culpa oriunda do modelo de seleção de magistrados, como se verá nas considerações finais.

O pano de fundo é a tensão constitutiva na jurisdição entre a justiça e a segurança jurídica. Ilustra-se com um exemplo: a criação da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) pela EC 3/93. Como nos explica Hugo de Brito Machado, partiu-se do pressuposto que "o controle difuso da constitucionalidade tem gerado inúmeras lesões ao princípio da isonomia, na medida em que enseja tratamento desigual de situações iguais."[162] Fala-se aqui de decisões que o juiz singular decidia de um maneira, passando em julgado, e o STF julgava na direção oposta. A premissa de fundo é que este tem a prerrogativa de dizer a última palavra.

"Em todas essas situações, como em inúmeras de idêntica natureza, impõe-se a uniformização do entendimento judicial, sem o que o descrédito do Judiciário é inevitável."[163] A outra premissa é a desobstrução do Judiciário com questões de direito de natureza "idêntica", principalmente de natureza tributária e sobre os planos econômicos. Por conseguinte, uma decisão do órgão de cúpula do Judiciário levaria à reprodução automática das razões de decidir em milhares de causas parecidas.

---

[159] MARINONI, op. cit., p. 61.
[160] MENDES, 2011, p. 169.
[161] Ibid., p. 170.
[162] MACHADO, 2011, p. 1057.
[163] Ibid., p. 1058.

Nesses termos, a introdução dessa Ação na Constituição surgiu do interesse do Presidente da República em ver a viabilização de seus programas de governo, sem a dúvida de que seus atos seriam posteriormente invalidados por vícios de inconstitucionalidade. Isso, claro, depois de tentar, em 1991, ressuscitar a Avocatória, encanada na Constituição de 1969 pela já citada EC 7/77 e o Pacote de Abril, modificando apenas a legitimidade do Procurador-Geral da República para o Advogado-Geral da União.

De certa forma, “vê-se” a impertinência política e econômica de um corpo judicial, com tal diversidade ideológica e teórica que ponha em risco a própria produção da estabilização de expectativas. Sobre justiça e segurança, convém sempre perguntar: para quê? Para quem? De volta, então, a pergunta básica desta investigação: qual perfil de juiz federal o Brasil quer? Daí se retira o sistema de seleção adequado.

Tal resposta também irá reverberar na posição que se toma em relação ao fenômeno da "objetivização" do controle difuso, o qual significa uma ressignificação do Recurso Extraordinário no qual ele "deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva,"[164] conforme aponta Gilmar Mendes em seu voto no RE 376.852/SC.

Trata-se de um projeto mais amplo o qual se marca por uma série de mecanismos de vinculação dos juízes ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, inseridos por via legislativa, constituinte ou jurisprudencial, já em definitivo ou ainda em aberto, como, por exemplo: a própria ADC, a súmula vinculante, a repercursão geral e o sobrestamento de processos, a tese da mutação constitucional do papel do Senado Federal no controle difuso, a rejeição liminar em face de jurisprudência pacífica ou entendimento sumulado, a teoria dos motivos determinantes, entre outros.

Então, chega-se ao limite de se afirmar o turvamento da fronteira entre controle abstrato e concentrado, dado o nível de convergência. De outra forma, como reflexo do ativismo judicial da Corte: a subjugação do controle difuso e concreto em relação ao controle concentrado e abstrato. O resultado final é invariante: a concentração de Jurisdição (Poder) no Supremo Tribunal Federal.

Outro ponto remanescente sobre o controle de constitucionalidade feito pelo juiz singular é o papel da Constituição perante a ordem jurídica, que vai refletir na maneira por meio da qual o juiz poderá operar a relação paradoxal entre regras e princípios.

Conforme preleciona Robert Alexy, trata-se de um problema de repartição de

[164] STF, RE 376.852, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 24-10-2003, p. 65.

competências a alternativa entre Estado judiciário e Estado legislativo. Essa dicotomia é fundamental em tal magnitude que se refere à própria concepção de Constituição como um complexo normativo. Explica: "Trata-se da contraposição entre ordem-moldura e ordem-fundamento. A alternativa entre moldura e fundamento tem um papel central na polêmica em torno da teoria dos princípios."[165]

Para o jurista alemão, o conceito de ordem-moldura pode ser pensado a partir da relação Constituição e Legislação. Ademais, o critério defendido por ele pode ser assim sumarizado:

> A metáfora da moldura pode ser, então, definida da seguinte forma: o que é obrigatório ou proibido é a moldura; o que é facultado - ou seja, nem obrigatório, nem proibido - é aquilo que se encontra no interior da moldura. Nesse sentido, a discricionariedade do legislador é definido por aquilo que é facultado. Essa discricionariedade é de natureza estrutural [...] Portanto, a discricionariedade estrutural decorre dos limites daquilo que a constituição definitivamente obriga ou proíbe (ALEXY, 2008, p. 582 e 583).

Por outro lado, o conceito de ordem-fundamento pode ser concebido de forma quantitativa ou de forma qualitativa. Em sentido quantitativo, trata-se de um verdadeiro contraposto ao conceito de ordem-moldura, pois "Em sentido quantitativo, uma constituição é uma ordem-fundamento se ela nada faculta, ou seja, se para tudo ela tem ou um dever, ou uma proibição."[166] Nessa senda, a discricionariedade do legislador para fazer escolhas políticas em relação ao Povo é zero, porquanto a ele basta concretizar em nível legal o que já está prescrito na Lei Básica.

Noutro giro, "Uma constituição é uma ordem-fundamento em sentido qualitativo ou substancial se por meio dela são decididas questões que sejam fundamentais para a comunidade."[167] Aqui, há uma compatibilidade entre os dois conceitos dicotômicos. De fato, uma Constituição, como é o caso da brasileira, pode decidir muitas questões fundamentais, mas deixar outras em aberto para o Legislador decidir. Trata-se da própria natureza compromissória de uma Carta Maior democrática, resultante da composição de diversas forças sociais, *per se*, contraditórias, em uma única vontade constitucional. Esse é o grande desafio de uma Constituição com pretensão de eternidade.

Portanto, conclui Alexy: "De acordo com a teoria dos princípios, uma boa constituição deve conciliar as duas coisas. Ela tem que ser tanto uma ordem-fundamento quanto uma ordem-moldura."[168]

Por qual motivo essa discussão importaria para uma discussão sobre seleção de

---

[165] ALEXY, 2008, p. 578.
[166] Ibid., p. 583.
[167] Ibid., p. 584.
[168] Ibid., loc. cit.

juízes? Em suma, estes devem identificar seus lugares, como guardiães da Constituição, em relação aos legisladores. Na dogmática constitucional brasileira e no corpo judicial, encontram-se os dois extremos da discussão: desde aqueles que se abstêm de intervir mesmo diante das mais flagrantes violações aos direitos fundamentais, com fulcro na inatividade do legislador (normas "programáticas" ou de eficácia "limitada"), até outros que não admitem espaço para a discricionariedade do legislador, sob a crença de que o Constituinte tudo decidiu, só faltando concretizar o já posto (parcela do neoconstitucionalismo).

Uma terceira via é necessária que saiba que o Legislador também realiza Ponderação, isto é, também se pergunta se os meios são adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito, com a diferença de se indagar em abstrato. E mais: a Ponderação do Estado-Legislador deve possuir preferência *prima facie* a do Estado-Juiz, pois aquele é o Povo-Soberano representado para se autogovernar. Sendo assim, a ambos se impõe a lei epistêmica do sopesamento, isto é, "Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia."[169]

Em oposição à doutrina e jurisprudência majoritária pátria, Marcelo Neves aponta: "a ponderação é apenas uma entre as técnicas que possibilitam a aplicação consistente de princípios constitucionais,"[170] o que pode inclusive subestimar a complexidade de casos constitucionais nos quais os princípios tomam primeiro plano na argumentação.

Ademais, aponta a problemática que se insere a ponderação, que não deseje recair sobre um juiz monológico, dado o problema da "incomensurabilidade". Como apontado logo acima no que toca os problemas da "objetivização" do controle difuso, a dupla contingência comunicativa importa em um dissenso estrutural que possibilita várias leituras dos princípios. Assim, "refere-se à capacidade seletiva de absorção de dissenso e a reorientação das expectativas em face das decisões, deixando-se, porém, aberto o espaço para críticas e a possibilidade de futuras transformações de perspectiva da instância decisória."[171]

Para Neves, a relação entre juiz e legislador se dá em um plano de circularidade nos termos de dinâmica jurídica, isto é, uma relação de aprendizado entre *Ego* (juiz) e *Alter* (legislador), havendo aí uma paridade: aquele utilizaria a linguagem do Direito (lícito/ilícito) e este, a linguagem da Política (Poder/Não-Poder). "A 'paridade' poderia ser entendida como horizontalidade de democracia e Estado de Direito, implicando a Constituição como

[169] Ibid., p. 617.
[170] NEVES, op. cit., p. 141
[171] Ibid., p. 142.

acoplamento estrutural entre política e direito."[172]

Enfim, é interessante sua metáfora do "juiz Iolau", o qual no caso concreto teria a exigência de desparadoxização da relação entre regras e princípios mediante critérios e programas jurídicos, a fim de tomar uma decisão juridicamente consistente e socialmente adequada.

> A relação paradoxal entre princípios e regras está associada intimamente ao paradoxo da justiça como uma "fórmula de contingência" que motiva a ação e a comunicação no âmbito jurídico. A justiça, nessa perspectiva, tem duas dimensões: a justiça interna, concernente à tomada de decisão *juridicamente consistente* (autorreferência); a justiça externa, referente à tomada de decisão *adequadamente complexa à sociedade* (heterorreferência) (NEVES, 2013, p. 223 e 224).

O juiz federal, bem como qualquer julgador, se põe diante de uma difícil questão, ou melhor, uma experiência com o improvável: "A racionalidade do direito exige, portanto, consistência constitucional. Por outro lado, a justiça como racionalidade jurídica importa a adequação social do direito."[173]

3.3. O Juiz na Internacionalidade e na Transnacionalidade

Antes de especular sobre as funções internacionais e transnacionais esperadas de um magistrado federal, faz-se necessário abordar uma premissa de pensamento para o debate: (i) a crise da soberania, sob o enfoque dado por Neil MacCormick. Feito isso, será ressaltada a competência da Justiça Federal no que tange a ordem internacional, a fim de que a discussão se dê em demandas, no mínimo, prováveis. Por último, passará a se pensar o papel do juiz federal nos âmbitos dos Direitos Humanos, do Direito Internacional Público, do Direito Internacional Privado e do Direito Comunitário.

A partir de Westphalia, a soberania do Estado-Nação pode ser vista de duas perspectivas: plano interno e plano externo. No primeiro, a soberania significa Império da Lei, enquanto traduz a noção de independência no segundo. Há duas crises a se observar: por um lado o Estado não detém mais o monopólio das fontes de produção de normas jurídicas, o que repercute no Império da Lei; por outro lado, nota-se que as questões constitucionais transbordam as esferas de competência dos Estados e colocam-se em termos globais, a ponto de não ser absurdo pensar em constitucionalismo sem Estado, pondo em xeque a Independência dos Estados.

Nesse sentido, MacCormick referindo-se à experiência da Europa Ocidental

[172] Ibid., p. 154.
[173] Ibid., p. 224.

categoricamente afirma que não há mais um Estado soberano no sentido de que todo o Poder exercido internamente derive de fontes internas em termos jurídicos ou políticos. Na verdade, para o jurista escocês o conceito de soberania é meramente contingente em termos jurídicos, ao passo que também é logicamente desnecessário do ponto de vista político.[174] Então, o que há além do Estado soberano?

Para Neil MacCormick, a resposta está em uma concepção de reforma da "norma de reconhecimento" (terminologia hartiana), isto é, um novo critério de validade do Direito e como este se harmoniza com os critérios pré-existentes, pois "*Undestanding the Constitution is not undestanding any single rule internal to it as fundamental; it is understanding how the rules interact and cross refer, and how they make sense in the light of the principles of political association"*[175].

Agora no plano do Direito Internacional, outra forma de se ver a questão é proposta por Fischer-Lescano e Teubner. Para eles, o Direito deve se limitar, pois a habilidade para lidar adequadamente com a fragmentação legal (*legal fragmentation)* deve residir nos próprios contextos sociais, e não no jurídico. Assim, em detrimento de se buscar novas formas de unidade do sistema jurídico, o que seria uma pesquisa vã, deve-se empreender esforços para compatibilizar regimes normativos, os quais inexoravelmente são contraditórios. Por compatibilizar, entenda manter a comunicação entre arenas legais discrepantes.[176]

Enfim, o que resta de *Westphalia* e seu modelo de Estado-Nação é uma incógnita a ser progressivamente solucionada. Aqui se enxerga a seguinte situação: o Estado já é pequeno demais para lidar com as grandes questões globais, todavia ainda é grande demais para ser desconsiderado na equação, visto ser o principal garante dos direitos humanos/fundamentais, o principal sujeito de direito no plano internacional e não haver propriamente uma sociedade global integrada em um espaço público igualmente mundial.

À luz de um Estado desagregado (*The Disaggregated State*), concorda-se com Anne-Marie Slaughter quando esta coloca o paradoxo da globalização nos seguintes termos: *Needing more government and fearing it.*[177] Explica-se: necessita-se cada vez mais de Governo (ou Governança) para lidar com os grandes problemas de escala mundial, mas ao mesmo tempo teme-se mais Governo, por receio de interferência indevida no campo das liberdades públicas nacionais ou internacionais.

De novo, a pergunta: como isso se coloca no debate sobre sistema de seleção de

---

[174] MACCORMICK, 1993, p. 16.
[175] Idem, 1997, p. 35.
[176] FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004, p. 1045.
[177] SLAUGHTER, 2004, *passim.*

magistrados? Novamente, a resposta é uma questão posicional para fixação de competência. Explica-se: dado o modelo de Federalismo dual que inspirou as instituições estatais brasileiras, a Justiça Federal está incumbida de julgar causas de interesse jurídico da União, sendo que a Justiça Estadual tem competência residual. Nesse sentido, um olhar mais atento ao que é União, mostra-se pertinente.

Na preleção de José Afonso da Silva, União é vis-à-vis aos Estados um ente federativo, embora o modelo constitucional vigente tenha inovado ao inserir os Municípios na posição de entidade federativa. Conforme o constitucionalista, existe uma tendência em identificar União e Federação. A ver, a União é a comunhão das comunidades regionais autônomas (Estados-membros), conquanto a Federação é a união dos Estados. Nesse sentido, "*União Federal*, que assim seria a federação de Estados, Distrito Federal e Municípios, não como associação de Direito Internacional [...] mas de Direito Constitucional, visto que o nosso sistema federal se organizou como técnica [...] de descentralização do Estado Unitário." [178] Sendo assim, União é pessoa jurídica de Direito Público interno.

Diferente é a situação do Estado federal, porquanto "*Estado federal*, com o nome de *República Federativa do Brasil*, é o todo, ou seja, o complexo constituído da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, dotado de personalidade jurídica de Direito Público internacional."[179] Ademais, José Afonso sustenta que se trata da síntese de um processo marcado por duas tendências antitéticas disjunção-integração. A integração é representada pela União, enquanto a disjunção, pelos Estados federados.[180]

Acontece que a Justiça Federal é marcada por inúmeras competências como se pessoa jurídica de Direito Internacional a União fosse. Na verdade, pessoa jurídica de Direito Internacional é tão-somente a República Federativa do Brasil, entretanto as relações internacionais do Brasil realizam-se por intermédio de órgãos da União, logo integram a competência federativa e privativa desta. Entretanto, aos Estados-membros não cabem a representação tampouco a competência em matéria internacional.[181] Em decorrência disso, a competência jurisdicional da JF abrange essa esfera internacional.

Veja-se mais concretamente:

> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
> II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;
> III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

[178] SILVA, 2008, p. 493.
[179] Ibid., loc. cit.
[180] Ibid., p. 494
[181] Ibid., p. 494 e 495.

> V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;
> V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
> IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;
> X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;
> § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Cumpre-se, portanto, tratar sob o enfoque zetético quais seriam as possíveis funções de um magistrado federal perante as ordens internacionais e transnacionais, especificamente a investigação se dará em quatro partes: Direitos Humanos; Direito Internacional Público; Direito Internacional Privado; Direito Comunitário.

Em relação aos Direitos Humanos, sem dúvida, a principal novidade do ponto de vista teórico se deu com a Reforma do Judiciário prevendo a chamada “federalização dos direitos humanos”, embora do ponto de vista prático tal norma teve pouquíssima relevância, visto que até hoje, passados quase 10 anos da EC 45/04, não haja casos transitados em julgado sob esse rito, inclusive o rumoroso caso do assassinato do advogado e ex-vereador Manoel Bezerra de Mattos Netto, em Pitimbu (PB).

Da redação do artigo, extraem-se quatro condições cumulativas para que se dê um incidente bem-sucedido de deslocamento da competência por decisão do Superior Tribunal de Justiça, quais sejam, grave violação de direitos humanos, a legitimidade do Procurador-Geral da República para suscitar o incidente, a competência originária da Justiça estadual e a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte.

Conforme aponta André Ramos Tavares, o acertamento ou não do constituinte reformador divide-se em dois grupos binários. Aqueles que defendem a medida creditam uma justa adequação entre responsabilidade e poderes da União, porque é esta quem é responsável internacionalmente pelo cumprimento das normas de direitos humanos, ao passo que a aplicação destas muitas vezes está sob o controle dos Estados-membros.[182] Complementa-se ao prestígio que a Constituição dar às normas de direitos humanos em detrimento do restante da normativa internacional.

[182] TAVARES, op. cit., p. 171.

Já outros enxergam a inconstitucionalidade do mecanismo, justamente no que toca a federalização de questões claramente estaduais, excepciona-se a ordem constitucional. Haveria "violação ao princípio do juiz natural, uma vez que, após a ocorrência do fato e após a instauração de processo judicial, a competência para sua apreciação pode, por critérios vagos e imprecisos, ser alterada quanto ao órgão que procederá ao julgamento da causa."[183]

Enfim, qual é o apelo prático dessa novidade à seleção de magistrados federais? Nenhum. O rito do júri seria absolutamente o mesmo de todos outros júris federais. Tal incidente parece apenas se fundar na prognose do Constituinte reformador de que a Justiça Federal teria melhores condições de julgar a causa com imparcialidade e independência. De qualquer maneira, fica exposta a questão a qual tem ocupado parcela da doutrina, embora se repise o fato de que não se pode pensar o todo (seleção de juízes) por exceções raras.

Nessa linha de raciocínio, convém abordar outro ponto de maior repercussão: a incorporação das normas de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro e o impacto disso para o aplicador do Direito. Em primeiro lugar, há a praticamente inutilizada[184] sistemática do art. 5º, §3º, da Constituição, incluída também pela EC 45/04, a qual prevê: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais." Nesse sentido, por vontade do Legislador (aprovação) com chancela do Executivo (promulgação), um tratado de direitos humanos poderia ter *status* de emenda constitucional, logo passível de ser utilizado pelo julgador como parâmetro de controle de constitucionalidade.

Mais relevante é o novo entendimento do STF acerca do *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos. Com fulcro na noção de soberania, "o STF vinha se posicionando pela prevalência hierárquica da norma constitucional sobre as do direito internacional dos direitos humanos"[185], tal como é com qualquer outro tratado internacional, pois pelo próprio rito de internalização deste, depreende-se sua equiparação com a lei ordinária. "Mais recentemente, porém, a Corte alterou sua posição, passando a entender que as normas advindas dos tratados internacionais de direito humanos, se não têm hierarquia constitucional, situam-se, por sua natureza, acima do restante da legislação".[186]

Sendo assim, diante de um caso concreto de conflito entre uma lei ordinária ou

[183] Ibid., p. 174.
[184] Atualmente, somente a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, passou por tal rito, incorporando-se à ordem jurídica pelo Decreto nº 6.949, de 25.8.2009, publicado no DOU de 25.8.2009.
[185] WEIS, 2010, p. 43
[186] Ibid., loc. cit.

complementar e um tratado internacional de direitos humanos, este deve prevalecer, resolvendo-se a questão por critério hierárquico. Porém, a mesma situação entre a Constituição e um tratado, aquela se sobressai pelo mesmo fundamento. Por se tratar de entendimento pretoriano, essa nova situação claramente subverte o esquema da pirâmide kelseniana, afinal o tratado não é fonte de validade para a produção das leis ordinárias. Isso somente se sustenta sob o viés da Constituição-viva (*The Living Constitution*), pois aqui o Supremo reescreve a Lei Básica por via hermenêutica.

Aqui, de novo, há uma discriminação constitucional entre as espécies de tratado. A pergunta é se tal situação encontra justificação razoável e proporcional. Os internacionalistas militantes na seara dos Direitos Humanos acreditam que sim e essa parece ser a posição que atualmente prevalece em searas jurisprudencial e legislativa. O Direito Internacional dos Direitos Humanos é ramo autônomo e especial por desenvolver patamares mínimos de convivência internacional, tendo como objeto precípuo a proteção da dignidade humana por meio da estipulação e materialização de direitos. Há um duplo papel desempenhado pelos Estados (Louis Henkin): "os Estados, ainda que signatários de instrumentos internacionais, passam imediatamente ao pólo passivo da relação jurídica que tem no ser humano o detentor dos direitos positivados."[187]

Por último, cabe abordar o Controle de Convencionalidade. Trata-se de um raciocínio semelhante ao Controle de Constitucionalidade, com a diferença que o parâmetro é a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CADH) e as próprias decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)[188] e o objeto é mais largo, inclusive atingindo atos materiais. Segundo Leonardo Martins e Thiago Oliveira Moreira, há uma situação de coexistência entre os controles de constitucionalidade e convencionalidade no sistema jurídico brasileiro, assim se trata de um quadro de concorrência normativa, e não propriamente de colisão.[189]

Continuam os citados autores ao colocar que a Convenção Americana de Direitos Humanos foi aprovada em 22 de outubro de 1969, todavia sua incorporação ao direito brasileiro só se deu em 1992 e a República Federativa do Brasil apenas aderiu à jurisdição contenciosa da CIDH no ano de 1998. Arrematam: "Não se trata apenas de um controle jurisdicional, pois também pode e deve ser realizado pelo Executivo e pelo Legislativo,"[190]

---

[187] Ibid., p. 26.
[188] CIDH, Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v Perú*, Sentença de 24 de novembro de 2006, Série C n. 158.
[189] MARTINS; MOREIRA, 2011, p. 478-482.
[190] Ibid., p. 473.

nas modalidades preventiva e repressiva.

A origem do controle de convencionalidade é controversa, entretanto é certo que na esfera do sistema interamericano de direitos humanos tal mecanismo se deu por construção pretoriana da CIDH. O *leading case* de tal processo de desenvolvimento é *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, em que se passou a admitir esse tipo de controle sob o direito doméstico dos Estados sob a jurisdição contenciosa da CIDH.

> Consolidado o controle do direito interno tendo como parâmetro o CADH, passou-se a novas etapas, com um alargamento cada vez maior do controle e a definição de seus preceitos fundamentais. Dessa forma, além do controle efetivado pela Corte, entenderam os membros do Tribunal que as jurisdições internas são submetidas também às disposições da CADH, devendo todo magistrado nacional realizar o exame e, em se constando incompatibilidade, declarar a invalidade/inconvencionalidade de leis e atos normativos (MARTINS; MOREIRA, 2011, p. 471).

Nessa senda, cabe tratamento da questão por duas vias: a exequibilidade das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos em seara doméstica e o exercício desse controle pelo juízo nacional singular. Na verdade, há uma precedência lógica na ordem dos controles. Primeiro, cabe a todo e qualquer órgão da jurisdição estatal (singular ou colegiado) exercê-lo. Verificada a omissão, aí sim haveria a necessidade da intervenção da CIDH. Contudo, a série expositiva se dará de forma inversa.

Constatada a violação de direitos humanos pelo Estado Brasileiro, a Convenção estabelece duas regras de execução de suas sentenças. Nos dizeres do art. 68, pode ser nos termos da normatividade interna (tradicional) ou a utilização de regras internas para a execução, contudo já com a indenização pecuniária fixada pela CIDH.

No caso brasileiro, tendo em análise as execuções da indenização pecuniária, o processo é típico de execução contra a Fazenda Pública, o qual já está devidamente regulado pelo art. 100 da Constituição (sistemática dos precatórios) e os arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil. Aqui, a sentença internacional atua como título executivo judicial, sendo assim a CADH introduziu uma nova hipótese de execução contra a Fazenda Pública.

Entretanto, cabe a pergunta: a sentença internacional se iguala à sentença estrangeira, logo deve ser homologada pelo STJ? Não, pois na preleção de André de Carvalho Ramos tem-se que: "A decisão de uma organização internacional não encontra identidade em uma sentença judicial oriunda de um Estado estrangeiro. Logo, não é permitido pelo nosso ordenamento a homologação da citada sentença internacional,"[191] pois a natureza jurídica da sentença judicial internacional é de uma decisão de uma organização internacional, a qual o Brasil faz parte e se submeteu a sua jurisdição contenciosa.

[191] RAMOS, 2001, p. 497.

A respeito do restante das sentenças, isto é, aquelas de caráter extrapecuniário, ficaria na esfera de discricionariedade do Estado para escolher os meios de sua execução. Por fim, convém concluir que toda e qualquer decisão judicial, em última medida, é passível de controle pela CIDH, não cabendo falar em independência judicial ou sequer em coisa julgada, conforme o entendimento desta Corte. É cabível falar que "para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, *as instâncias internacionais não reformam a decisão interna, mas sim condenam o Estado infrator a reparar o dano causado.*"[192]

Sobre o exercício do controle de convencionalidade pelo juiz federal singular, tem-se como competência direta deste, dado (i) o status supralegal ou constitucional dos tratados de direitos humanos, (ii) a construção jurisprudencial da CIDH e (iii) as competências da JF previstas no artigo 109, III e V.

> Em síntese, o controle de convencionalidade:
> a. tem como parâmetro um tratado internacional que verse sobre direitos humanos, regularmente ratificado pelo Estado;
> b. faz parte da competência de qualquer órgão jurisdicional, mesmo que tal órgão não tenha competência para o controle de constitucionalidade;
> c. deverá ser suscitado como questão preliminar no caso concreto;
> d. mesmo diante de ausência de sua alegação, poderá o órgão julgador declarar *ex officio* a inconvencionalidade de lei ou ato do poder público;
> e. poderá implicar declaração de inconvencionalidade, acarretando a invalidação da norma ou ato com efeito *inter partes;*
> f. realizado concreta ou incidentalmente, poderá ter efeitos *erga omnes* quando ele for efetuado via Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal [art. 102, III, "b)" CF] e o Senado Federal, nos termos do art. 52, X da CF, suspender a execução da lei inconvencional;
> g. poderá ser realizado sempre de forma repressiva;
> h. poderá ser requerido por qualquer pessoa titular do direito humano (legitimidade *ad causam* ativa);
> i. fará parte, em última instância, da competência do STF independentemente do rito de incorporação do tratado (MARTINS; MOREIRA, 2011, p. 476 e 477)

No campo do Direito Internacional Público, resta na competência do juiz federal sempre o caráter dual da União, porquanto aquele deve atuar em um amplo leque de matérias, desde processar e julgar crimes previstos em tratados internacionais à luz do princípio da justiça universal até juiz natural de litígios entre Estado Estrangeiro e Municípios ou pessoas domiciliados no Brasil. Assim, convém a um mecanismo de recrutamento de magistrados a imposição de um perfil de juiz cosmopolita, conhecendo a teoria geral dos tratados, a condição jurídica do estrangeiro e até mesmo um pouco de Direito Internacional Aeronáutico ou do Mar.

No campo do Direito Internacional Privado, haverá as maiores mudanças no perfil, pois a tendência é de globalização, o que implicaria em Judiciários cada vez mais interligados, caso exista o desejo de ser efetivo na solução dos litígios. *In casu*, o juiz federal não é mais

[192] Ibid., p. 508, grifo no original.

apenas a *longa manus* do STJ na execução de sentenças estrangeiras, bem como não depende apenas de meios diplomáticos para dialogar com seus pares estrangeiros.

Segundo Anne-Marie Slaughter, trata-se de imaginar Cortes resolvendo disputas, interpretando e aplicando o Direito da melhor maneira possível. Essa visão seria de um sistema legal global, estabelecido não pela Corte Internacional de Justiça, mas sim pelas próprias Cortes domésticas trabalhando junto ao redor do mundo. Claro, não se trata de um quadro necessariamente harmonioso, contudo o importante é que os juízes passam a enxergar os julgadores estrangeiros como agentes que poderem de maneira igual, mas em esferas legais distintas, tendo como pressuposto um sistema integrado.[193] "It is a shift that is likely to result in more dialogue but *less* deference." [194]

Continua a norte-americana ao afirmar que esse crescimento no nível de cooperação é viabilizado e caracterizado por três desenvolvimentos relevantes. A um, as cortes estão se adaptando a uma noção geral de "política de boa vizinhança" que se encaixe especificamente com as necessidades das Cortes. A dois, concomitantemente ao primeiro processo, os juízes estão necessariamente avaliando a independência e a qualidade de seus colegas juízes de nações estrangeiras. A três, de fato, há a ocorrência de negociações entre juízes com o intuito de determinar a que Corte compete julgar qual parcela dos processos multinacionais.[195]

No plano brasileiro, Nádia de Araújo define cooperação jurídica internacional como: "em sentido amplo, o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais do Poder Judiciário de um outro (sic) Estado."[196] Aliás, "Modernamente, a cooperação tem sido vista, de fato, como obrigação do Estado para alcançar plena justiça [...] a cooperação impõe-se para que as fronteiras não signifiquem um obstáculo à prestação jurisdicional."[197]

Ademais, inclui-se nesse conceito a problemática da competência internacional e do Auxílio Direto (Autoridades Centrais em âmbito administrativo, e não diplomático). Outro campo farto para desdobramentos é o processo de integração comunitária, o que pode tornar até repetitivo esta subseção com a seguinte (Direito Comunitário). Enfim, com uma finalidade cooperativa, pode-se simplesmente pedir informações previamente para orientar ações futuras (cooperação administrativa direta).

Ainda Araújo: "No Brasil, a legislação interna que regulamentar a cooperação

---

[193] SLAUGHTER, op. cit., p. 85 e 86
[194] Ibid., loc. cit.
[195] Ibid., loc. cit.
[196] ARAUJO, 2008, p. 40.
[197] LOULA, 2010, p. 66 e 67.

jurídica internacional é fragmentada. Não há uma lei específica cuidando de toda a matéria, que está presente, de forma esparsa, em diversos diplomas legais."[198] Destacam-se: a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, os Códigos Civil e de Processo Civil, a Res. STJ 9, o Regimento interno do STF, o Código de Processo Penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Alimentos, entre outros.

Em matéria cível, os instrumentos tradicionais de cooperação jurídica são a Carta Rogatória e a Homologação de Sentença Estrangeira. Contudo, começa a despontar no cenário jurídico o mecanismo do Auxílio Direto, por conta de sua celeridade e desburocratização.

De acordo com Maria Rosa Loula, "A carta rogatória é o instrumento de cooperação jurídica internacional que tem por objeto o cumprimento, pelo Poder Judiciário nacional, de ordem emanada do Poder Judiciário do Estado onde tramita ou deva tramitar o processo principal."[199] No Brasil, a tramitação de tais cartas se dá por via diplomática (Ministério das Relações Exteriores), salvo acordo internacional indicando outra Autoridade, bem por isso costuma ser morosa. Além disso, é comum dividir as Cartas em dois tipos: a citatória e a executória.

O segundo instrumento tradicional de cooperação em matéria civil é a homologação de sentença estrangeira. Conforme Loula: "Podemos dizer que reconhecer uma sentença é atribuir-lhe, no foro, a qualidade que as sentenças nacionais possuem [...] lhes atribuir os efeitos próprios de sentença, quais sejam, a autoridade de coisa julgada e o efeito executivo."[200] Após a EC 45/04, tal competência passou a ser do STJ e encontra regulação no já referido Res. STJ 9. Para Sergio Moro, inovou pouco, porquanto "O melhor seria, portanto, pulverizar tal competência entre mais órgão jurisdicionais e sem prejuízo de recursos excepcionais aos Tribunais Superiores."[201] Importa dizer que cabe ao juiz federal executá-las no território nacional.

Por último, cabe dizer que o Auxílio Direto ainda é recente na ordem brasileira e seu desenvolvimento se deu somente na década de 2000. Com origem na seara penal (*mutual legal assistance)*, trata-se de uma simplificação de procedimentos, pois o trâmite se dá por uma Autoridade Central, tipicamente o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional no Ministério da Justiça, salvo disposição expressa no Acordo Internacional em sentido contrário, como é o caso do Seqüestro Internacional de

[198] ARAUJO, op. cit., p. 42.
[199] LOULA, op. cit., p. 57.
[200] Ibid., p. 80.
[201] MORO, 2010, p. 23

Crianças. A eficiência reside no fato que "o país Requerido assume um papel mais ativo no atendimento do pedido de cooperação internacional".[202]

Quanto a este mecanismo, a dificuldade reside no fato de que, embora seja instrumento autônoma, "Até o momento, esse instrumento não está previsto em regulamentação geral, nem em nossa lei interna nem, de modo consistente, em nossa jurisprudência."[203] De qualquer forma, aponta-se ser esse uma importante instituição para os trabalhos diários do juiz federal em um futuro breve, o que demanda certa atenção.

Por lidar com crimes transnacionais com certa regularidade, ao juiz federal compete conhecer instrumentos de cooperação jurídica em matéria penal. Sob o *moto* "Cooperar ou falhar", assim Sergio Fernando Moro descreve o cenário:

> No âmbito criminal, sem pretender ser exaustivo, os pedidos de cooperação podem ter por objeto:
>
> a) atos de comunicação de atos jurídicos, como a citação ou intimação;
> b) produção de provas, quando, por exemplo, se requer a oitiva de uma testemunha ou a colheita de prova documental;
> c) a efetivação de medidas de cunho assecuratório, como arresto ou seqüestro de bens
> d) a efetivação de decretos de confisco criminal; e
> e) a extradição, com eventualmente prévia prisão do extraditando (MORO, 2010, p. 18 e 19).

Por fim, convém tecer breves considerações sobre a relação entre o magistrado federal e o Direito Comunitário. Em primeiro lugar, sob os pressupostos de regionalismo e globalização, emerge o Direito Comunitário como derivante do direito internacional, o que explica a interdisciplinariedade entre este e os ramos do Direito internacional já tratados. Dessa postura de não isolacionismo normativo, não se retira a conclusão de que o Direito Comunitário é mais outro ramo do Direito. Nessa senda, José Souto Maior Borges explica: "Mas o direito comunitário não é um ramo do direito, ao lado de outro, como o direito constitucional, administrativo, tributário. Trata-se de um *ordenamento jurídico comunitário* [...] como os ordenamentos jurídicos nacional e internacional."[204]

No Brasil, a construção de um Direito Comunitário é internamente prevista no princípio constitucional da independência nacional e a previsão de esforços para a formação de uma comunidade latino-americana de nações. Entretanto, aqui, principalmente pelo contexto histórico e pronunciamentos do STF, percebe-se que a soberania ainda é a tônica, logo são diretrizes orientadoras a competência subsidiária em direito comunitário e a subsidiariedade do MERCOSUL, visto que ao contrário da União Europeia, não houve delegação de atribuições soberanas para a ordem comunitária.

---

[202] Ibid., loc. cit.
[203] LOULA, op. cit., p. 100.
[204] BORGES, 2009, p. 62.

De qualquer modo, de fato, existe uma série de liberdades públicas que podem ser usufruídas pelos Povos de toda a comunidade latino-americana, constituindo verdadeiros direitos subjetivos públicos de circulação. Afinal, gozam de aplicabilidade imediata por expressa previsão constitucional (Art. 5º, §2, CF), pois derivam de tratados internacionais, com exceção da pendência de regulamentação, termo ou encargo. Ademais, em regra, desfrutam de aplicabilidade direta aos cidadãos da comunidade e aos seus operadores econômicos, também podendo ser excepcionado pelos Estados.[205]

No campo da Judicatura Federal, são relevantes os manejos dos instrumentos de cooperação jurídica internacional criados exclusivamente para os membros do espaço comunitário (mesma lógica da subseção anterior), assim como eventuais litígios que envolvam vários países e a ordem comunitária, que o juiz não se furta de prestar a tutela jurisdicional (*non liquet*), para o bem ou para o mal, ele seria juridicamente competente e a ele cabe conhecer o Direito, e não a parte. Nessa linha de raciocínio, o Direito Comunitário tem implicações tributárias, empresariais, ambientais, contratuais, criminais, entre outros, logo cabe ao magistrado conhecê-lo para aplicá-lo e resolver as controvérsias de forma consistente e coerente.

Nesse quadro, é interessante a alteração regimental no escopo do STF prevendo em seus artigos 354-H a 354-M, a Solicitação de opinião consultiva ao Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL. Assim, tal solicitação deve originar-se necessariamente de processo em curso perante o Judiciário brasileiro e restringe-se exclusivamente à vigência ou interpretação jurídica do Tratado de Assunção e seus derivados, do Protocolo de Ouro Preto e as Decisões, Resoluções e Diretrizes das instâncias competentes para dispor, no âmbito do MERCOSUL, sobre o Mercado Comum. O mais interessante é que o único legitimado para solicitar a opinião é o juiz atuante no processo. Ademais, a opinião é apenas consultiva, portanto não tem caráter obrigatório ou vinculante.

[205] BORGES, op. cit., p. 384.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma primeira questão deve ser esclarecida: em decorrência da aridez e complexidade de certos temas tratados no Capítulo III, seria possível concluir-se que aqui se busca a construção intelectual de mais um juiz hercúleo. A resposta é não. Não é este o caso. Sem um ideal regulativo, ou melhor, um panorama especulativo suficientemente largo, qualquer resposta é aceitável. Sem um horizonte normativo, tudo é correto.

Aqui, tencionou-se pensar no limite, de modo a aproximar-se ao melhor modelo de juiz federal à luz das condições fáticas e jurídicas que o contexto brasileiro delimita. A missão do juiz, do jurista de maneira geral é esta: o melhor dentro do possível. Claro, e ainda se procurará, pois a construção de instituições sólidas em uma democracia constitucional é um processo em andamento, bem como a escritura de um texto nunca termina com o ponto final da última revisão do Autor. O interessante sempre é o depois.

Complementa-se: de volta, ao começo. Nos termos de Viehweg, o problema precípuo da disciplina jurídica é saber o que é justo aqui e agora, inclusive no campo do recrutamento de magistrados. Ademais, para se construir um saber jurídico completo, deve-se conjugar os enfoques dogmáticos e zetéticos. Aqui, o intento foi operar a grande dificuldade do jurista: fornecer soluções práticas e, ainda sim, produzir um saber dotado de cientificidade.

Dito isso, convém cumprir o traçado no intróito e buscar relações entre o Capítulo II e o III, tendo o Capítulo I como premissa teórica. Para isso, é necessário fazer uso do problema e respectivos sub-problemas lançados na introdução.

1) Os diplomas normativos (Constituição, LOMAN, Res. CNJ 75 e Res. CJF 67) são aptos a promover a transformação do perfil da Judicatura Federal da linha tradicional (hierarquizada e legalista) para a linha constitucional-democrática (efetivação dos direitos fundamentais e respeito aos pressupostos da democracia deliberativa)?

Já em um exame rasteiro, percebe-se que a capacidade argumentativa e a pragmaticidade (manejo da escritura de sentenças usuais da *práxis*) são as características mais valorizadas no candidato que pretenda o ingresso nos quadros da Judicatura Federal, visto os pesos atribuídos às provas dissertativas e prática de sentenças.

Tal mudança de perspectiva deve ser saudada. A capacidade argumentativa é central para a produção de discursos jurídicos. A ver, para Alexy, “A teoria do discurso racional é uma teoria do discurso normativo. Por isso, nela se de propõe o problema como podem

fundamentar-se as regras do discurso racional."[206] Tal característica é importante na seara judicial, de pois é justamente de sua capacidade fundamentar suas decisões que o Estado-Juiz se justifica no Estado Constitucional. Seguindo, para Alexy, tal problema poderia ser enfrentado com a tentativa de encontrar regras do discurso. Entretanto, "a possibilidade de alcançar soluções vinculantes no discurso prático é limitada. Os limites do discurso prático geral fundamentam a necessidade de regras jurídicas."[207] A diferenciação entre argumentação prática geral e a jurídica ocorre justamente pelo fato da segunda se caracterizar pela vinculação ao direito vigente.[208]

Nessa senda, concebe-se o discurso jurídico como caso especial do discurso prático. A tese do caso especial implica em três pilares: (i) a discussão jurídica como discussão sobre questões práticas; (ii) a pretensão de correção; e (iii) os cânones de interpretação. Assim, a pretensão de correção no âmbito jurídico se limita a articular uma fundamentação racional no ordenamento jurídico vigente. Entretanto, a definição do conteúdo dessa fundamentação racional seria tarefa de uma Teoria da Argumentação Jurídica.[209] De qualquer forma, dentro das limitações de um exame massificado que pretende ser impessoal e isonômico para 200 ou 300 candidatos, com limitação de tempo e preparo técnico, trata-se de um passo importante o deslocamento de importância no exame dos testes objetivos e da prática oral para a capacidade argumentativa.

Já em relação ao apelo à prática de sentenças, não caberia uma crítica no sentido de "negação da teoria", de tal modo que o juiz federal se tornaria um agente autômato especializado na resolução de problemas massificados, sem aptidão para incursões hermenêuticas mais aprofundadas.

Sobre a crítica da "negação da teoria", tem-se que é própria das discussões jurídicas serem a respeito de questões práticas. Afinal, "Os discursos são um conjunto de ações interconectadas nos quais se comprova a verdade ou correção das proposições. Os discursos em que se trata da correção das proposições normativas são discursos práticos." [210]

A respeito da segunda crítica, duas considerações são cabíveis. Primeiro, a finalidade de um concurso público é demonstrar a capacidade do pretendente em desempenhar atividades típicas de seu cotidiano. Logo, negar a massificação das controvérsias é negar a própria realidade e reconduzir o magistrado para sua "torre de marfim", com a diferença que

[206] ALEXY, 2011, p. 180.
[207] Ibid., p. 204 e 205
[208] Ibid., 210.
[209] Ibid., p. 217.
[210] Ibid., p. 179.

sob uma perspectiva teórica distinta.

Segundo, os chamados “casos difíceis”, quando ocorrentes na prática, podem ser trabalhados no tempo devido e com consulta ao arcabouço teórico necessário, além de esta ser uma preocupação mais apropriada para a formação continuada da Magistratura pelas Escolas Judiciais, a partir das demandas concretas trazidas pelos próprios juízes.[211] Ao fim e ao cabo, na esteira de Tércio Sampaio Ferraz Junior, é justamente o problema central da ciência dogmática do direito a decidibilidade de conflitos, tendo como exigência a vinculação a normas.[212]

Em conclusão, é também da dogmática a responsabilidade pelo tratamento adequado de questões complexas, de modo a reduzir a carga argumentativa dos julgadores, tendo em conta suas limitações de tempo e recursos. Na verdade, é também da investigação de base tal responsabilidade, tendo em conta o que MacCormick e outros chamaram de redescoberta da Razão Prática pela filosofia jurídica contemporânea, na qual aquela se torna principal foco desta. Afinal, o que está em jogo são questões epistemológicas de alta monta, como: as condições de possibilidade e os limites do saber jurídico.[213]

Visto isso, há críticos diversos pontos os quais devem ser problematizados. No âmbito da legalidade, a mera reprodução de dispositivos da ampla legislação é algo a se pensar, visto que ao se olhar o Conteúdo Programático das provas de Juiz Federal (Res. CJF 69) em algumas disciplinas parece se olhar para o índice dos Códigos vigentes no Brasil, a maioria dos quais com feitura em período ditatorial. Assim, em muitas provas e questões, sequer se nota algum esforço para demarcar o importante conceito de legalidade constitucional.

Igualmente, embora se entenda que ao aspirante a juiz é dado conhecer com intimidade a legislação, mesmo com o fenômeno da inflação legislativa, crê-se que isso não basta para o que a Constituição exige da Magistratura, principalmente diante de um quadro de constitucionalismo discursivo.

Na seara constitucional, entende-se a questão ainda mais preocupante, porquanto o único contato que o candidato eficiente deve ter com a Constituição deve ser por meio do texto da lei e a interpretação a este dada pelo STF. De plano, impossibilita-se a criação de qualquer crítica constitucional e reforça-se a figura do juiz-reprodutor. De novo, o dado prevalece sobre o construído. Pior: o "objeto" de trabalho é extremamente instável, já são

---

[211] FONSECA; FONSECA, 2012, p. 5.
[212] FERRAZ JUNIOR, 2007, p. 88-91.
[213] MACCORMICK, 1983, p. 14 e 15.

mais de sete dezenas de emendas constitucionais e integridade não é uma características da jurisprudência do STF, como o próprio candidato constata pelo mero acompanhamento dos informativos da Corte. Noutras palavras, nem justiça nem segurança.

Do ponto de vista internacional, igualmente as Resoluções, do CNJ e do CJF, deixam a desejar. Diante de todos os processos expostos na Seção 3.3 e positivados na própria Constituição, teima-se em buscar do candidato um conhecimento compilador talvez adequado duas décadas atrás. Dificilmente, o Direito Internacional Público ou Privado seriam tema de alguma questão discursiva ou parte de uma sentença, bem como não é conteúdo da prova oral.

Sobre os diplomas em si, insta-se urgentemente por um Estatuto da Magistratura criado sob a égide da Constituição de 1988, o qual dê a devida atenção ao tema da seleção de juízes, bem como se atualize às novas expectativas normativas da sociedade brasileira deste século e suas duas centenas de milhões de membros.

Da mesma maneira, espera-se a mudança da Res. CNJ 75 com um ânimo de verdadeira mudança, e não institucionalizar práticas seculares. Objetivos plausíveis seriam transparência, atualização de conteúdo, independência e certo criticismo. Nesse ponto, uma nova Resolução do CJF viria a reboque.

Conclui-se negativamente a resposta ao sub-problema. A legislação, por si só, não é capaz de mudar realidades. É necessário mais, isto é, uma verdadeira mudança cultural, paulatina, mas sempre progressiva. Entretanto, de pronto, sabe-se que a tarefa não é fácil, visto o que foi apontado ao longo de toda a investigação. Do plano da dinâmica jurídica, há um debate institucional o qual Garapon chamou de "desvio aristocrático" e "tentação populista". Muito mais difusas são as expectativas dos outros atores políticos envolvidos, inclusive o próprio Povo. Tendo em conta o conceito de ordem fundamento, um ponto de partida é a Constituição como aquisição evolutiva e acoplamento estrutural.

Na Teoria do Direito formulada por Neil MacCormick (*Institutional Normative Order)*, encontra-se a diferença entre Direito e Política, isto é, há diversos níveis de interação entre esses sistemas. De um lado, o Direito pode atuar como o instrumento sobre e pelo qual o poder político é exercido; por outro lado, pode atuar na qualidade de controle sobre o uso e o abuso do Poder. O ponto é que o Direito não consiste em poder-de-fato (*power-in-fact*) com o fim de mudança social, posto que é uma forma de ordem normativa. Ou seja, define padrões de conduta e confere poderes que são essencialmente mais normativos do que coercitivos.[214]

Como já visto, em um contexto de “soberania em crise”, focar em uma noção de

[214] MACCORMICK, 1997, p. 1063.

ordem normativa institucional, implica em também negar uma conexão necessária entre Direito e Estado, visto que este é apenas uma forma de Direito. Claramente, tal noção vai de encontro à crença kelseniana de que todo Estado é um *Rechtsstaat*.[215]

Tal fórmula é outra maneira de buscar condições de possibilidade para a mudança social. A saber, a seleção de juízes, como fato social completo (Marcel Mauss), só será satisfatória aos ditames do Estado Constitucional, quando se conjugar as esferas do Direito, da Política e da Moralidade, à luz do sistema social, de modo a se aproximar de um ponto ótimo. Em síntese, alterações somente em diplomas legais não impulsionarão a alteração social desejada. Aliás, repisa-se: mesmo no que se refere tão-somente ao Direito Posto, deixa-se a desejar.

2) As experiências dos concursos atuais e anteriores promovidos nas atualmente instaladas cinco Regiões da Justiça Federal, bem como o perfil de candidatos prestadores do certame, principalmente aqueles que lograram êxito, apontam para uma mudança significativa na forma de seleção de juízes federais consentânea aos ditames constitucionais?

Torna-se necessário tecer algumas críticas à situação até aqui experimentada. Em primeiro lugar, cabe destacar a homogeneidade da Comissão Examinadora, visto a repetição constante dos mesmos examinadores, principalmente no TRF-1 e no TRF-4. Tal fato só reforça a crítica de reprodução do modelo tecno-burocrático, em que se reforça o "sentido comum teórico" e a ideologia dominante, assim se perde em transparência externa e ampliação da participação democrática, sob o pretexto de um tecnicismo asséptico que de neutro nada tem.

Em concordância com Erwin Chemerinsky, embora em contextos distintos, tem-se que ideologia sempre importou no processo de seleção de juízes federais.[216] Aqui, considera-se ideologia como a visão de mundo do candidato que influencia suas decisões na qualidade de juiz. Reconhecer a parcialidade é o mínimo que se espera da Banca e dos agentes políticos que de algum modo interferem no modo de recrutamento da Judicatura. Só a partir disso, pode-se propor qualquer reforma com fundamento pós-convencional.

Pior: com a homogeneidade, perde-se justamente o elemento dialético, que permite a conciliação dos dois pontos de partida desta investigação, o Estado de Direito e o Caráter

[215] Ibid., p. 1067.
[216] CHERMINSKY, 2002-2003, p. 621.

Argumentativo do Direito, visto que sem uma interação entre *Ego* e *Alter*, não há como se avaliar argumentos. Quer-se dizer o que MacCormick disse:

> O Direito é uma disciplina argumentativa. Qualquer que seja a questão ou problema que tenhamos em mente, se os colocarmos como uma questão ou problema jurídicos, procuraremos uma solução ou resposta em termos de uma proposição que pareça adequada do ponto de vista do Direito (ao menos discutivelmente adequada, ainda que o preferível seja uma proposição definitivamente adequada). [...] A opinião de alguém a respeito da força de um argumento depende de uma avaliação da força correspondente do conjunto de argumentos em contrário (MACCORMICK, 2008, p. 18-19).

Essa questão aparentemente singela é por demasiado relevante, porque ao se dá maior importância, por meio dos pesos atribuídos, para a segunda e quarta etapa do certame, praticamente obriga-se, dado a limitação temporal de preparação e senso estratégico, o pretendente ao cargo a assimilar concepções de vida e de Judicatura as quais nem sempre condizem com as expectativas sociais e normativas de um Estado Constitucional.

Afinal, o perfil do candidato exitoso, como se verá, é aquele que conhece os pensamentos e matérias de trabalho dos examinadores. Como dispõe Alexandre Henry: "Outra coisa muito importante: saiba quem são os examinadores, o que eles pensam, o que eles já escreveram, como eles julgam seus trabalhos como juízes ou desembargadores."[217]

Veja-se: não é cabível uma *mea culpa* exclusiva da Magistratura. A previsão de um membro da OAB não é à toa: a Advocacia é institucionalmente co-responsável pela seleção da Judicatura, embora seja a primeira a tecer críticas sobre a previsibilidade ou a coerência das decisões judiciais. Igual é a situação da Academia, entretanto infelizmente esta se furta ao papel central de crítica sistemática e monitoramente constante da racionalidade das decisões judiciais, voltando-se a um isolacionismo nos níveis prático e teórico.

Noutro giro, igualmente relevante é o fato da manutenção de uma faixa aproximada de aprovados, a despeito dos fenômenos expansivos da Justiça já analisados. Por justeza, não se deixa de notar certa flexibilização nos últimos concursos no TRF-1 e no TRF-4. Interessante também é uma constante de aprovados em número aquém às vagas previstas, com exceção do TRF-5.

Tais constatações levam a duas conclusões importantes. A uma, afasta o argumento daqueles que ao se depararem com pleitos corporativos da Magistratura, nos quais um dos argumentos seja a perda da atratividade da carreira em face das outras carreiras de Estado, afirmam que não há perda de interesse dos melhores bacharéis em Direito pela Magistratura, corroboram essa alegação com a apresentação dos números crescentes de inscritos. Ora, em um país de bacharéis, com literalmente milhões de graduados em Direito, sendo mais de 700

[217] ALVES, op. cit., p. 103.

mil o número de inscritos na OAB, um cargo com o *status* e a remuneração da magistratura sempre será procurado. Entretanto, o perfil buscado para os juízes federais brasileiros é dos mais hábeis juristas, o que demanda intensa carga de estudo e sacrifícios. Isso é escasso.

A duas, tem-se um quadro preocupante de constante defasagem na carreira, a qual vai reverberar com mais força nos rincões mais necessitados do país, pois será lá que não haverá juízes substitutos, às vezes nem titulares presentes, simplesmente por falta de quadros. De acordo com o Conselho da Justiça Federal, ao final de 2012, havia 385 cargos criados, mas vagos na Justiça Federal, tirante os cargos a serem criados de acordo com o cronograma da Res. CJF 225.[218] As Regiões mais afetadas são a 1ª e a 3ª, vagando 103 e 126 cargos, respectivamente. Agravando, ainda mais, a carga média de trabalho a qual já chega a mais de 5.000 processos por juiz. Nesse ponto, Carlos Mário Velloso é enfático em apontar o problema dos cargos vagos como derivado da forma inadequada de recrutamento de juízes.[219]

Entretanto, não é possível formular uma resposta pronta, há uma série de fatores: níveis, matérias e "vaidade" da Banca Examinadora; desinteresse na carreira da magistratura federal por aqueles com reais condições de serem aprovados; o modelo de prova o qual prima por determinados tipos de conhecimento que estão completamente desconectados com a realidade, como, por exemplo, "as pegadinhas"[220]; entre outros.

Importa dizer que tal situação é insustentável a médio-longo prazo, visto os reflexos na qualidade global da prestação jurisdicional nos lugares "menos atrativos", bem como por aplicação direta do princípio da eficiência no Judiciário, não havendo "interesse público", ou melhor, "Razão de Estado" que justifique a realização de todo um concurso e seus dispêndios financeiros para a aprovação de um número inferior a dez candidatos.

Há adequação constitucional e democrática entre o efetivo funcionamento do sistema de seleção de juízes federais no Brasil em relação às expectativas normativas e sociais referentes às funções incumbidas à Magistratura Federal, à luz do Estado Democrático de Direito que se constitui a República Federativa do Brasil?

Ao longo da investigação, não se encontrou força argumentativa suficiente para desmentir a hipótese principal. É dizer: considera-se que tal resposta parcial foi verificada dentro dos limites metodológicos da pesquisa como procedente. A título de lembrança,

---

[218] http://daleth.cjf.jus.br/atlas/Internet/QUADRODEJUIZESSJ.htm. Acesso em 22 de fevereiro de 2014.
[219] VELLOSO, 1994, p. 62.
[220] As "pegadinhas" são questões em que se reproduz a literalidade da lei ou de um excerto jurisprudencial tornando-a falsa em razão de uma expressão negativa, inversão de conceitos, entre outras tácticas do examinador. Tal expediente mede unicamente o grau de atenção do candidato no exato momento da resolução do questionamento.

afirmou-se que **há uma disfuncionalidade do atual modelo em decorrência dos tensionamentos de origem interna e externa incidentes no Poder Judiciário, isto é, há um paradoxo entre o recrutamento e formação dos juízes federais (tradicional) e o perfil de magistrado positivado na Carta Maior (revolucionário).**

Contudo, contrariamente a parcela da doutrina, não se reputa haver uma "crise no Poder Judiciário", ou até mesmo no Direito. Acredita-se que há uma crise, sim, em uma forma de se pensar o Estado-Juiz e o Direito. Explica-se: trata-se de outra manifestação da "contemporaneidade do não-conteporâneo", ou seja, busca-se pensar o novo por meio de velhas fórmulas. Nessa linha de raciocínio, um primeiro passo é admitir a falibilidade dos juízes e modificar as estruturas normativas que os cercam.

> Finalmente, no nível mais elevado da teoria política e constitucional, o tema do "Estado de Direito", ou do caráter de um *Rechtsstaat*, é posto em questão. Se o Estado de Direito significa um governo das leis e não dos homens, ele é impossível de se realizar se a tese da infalibilidade judicial é verdadeira. Afinal, o governo das leis torna-se simplesmente o governo das pessoas que produzem decisões jurídicas. Na visão alternativa, a idéia de Estado de Direito adquire um sentido diferente. A idéia é que as pessoas que proferem as decisões jurídicas são responsáveis por defender e implementar o Direito, em vez de criá-lo por meio de suas opiniões. Assim, nossa crença no Direito e na ordem, caso se trate de uma crença no Estado de Direito, modifica-se profundamente de acordo com a opinião que adotamos sobre a possibilidade dos juízes errarem (MACCORMICK, 2008, p. 357).

Antes de tudo, este estudo pretendeu ser um contributo a um debate imprescindível: qual o perfil de juiz federal o Brasil quer e/ou necessita? À luz do problema principal da disciplina jurídica, a Justiça situacional e racional, trata-se de uma aporia, como bem destaca Viehweg. A ver, uma aporia é justamente um "não-caminho", ou melhor, uma experiência com o impossível. Volta-se ao começo da seção: busca-se pensar problematicamente o Direito para, no limite, encontrar o melhor modelo dentro do possível. Quer-se dizer o que Antonio Machado disse: "*Caminante, son tus huellas el camino y nada más; Caminante, no hay camino, se hace camino al andar"*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação de Poderes***.** Trad. Isabelle Vasconcelos e Eliana Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.* Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais***.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Alexandre Henry. *Juiz Federal: lições de preparação para um dos concursos mais difíceis do Brasil.* 4 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Ensaio de uma Visão Autopoiética do Direito***.** Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, v. 59, pp. 27-32, 2005.

ARAUJO, Nádia de. A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a Atuação do Brasil no Plano Interno e Internacional. In: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Manual de Cooperação Jurídica e Recuperação de Ativos: matéria civil*. Brasília: Ministério da Justiça, 2008.

ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. O Poder Constituinte do Povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *História Constitucional do Brasil*. 4 ed. Brasília: OAB, 2002.

BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário: instituições de direito comunitário comparado: União Européia e MERCOSUL*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. *Pensar,*

Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 603-628, jul./dez. 2010.

CAENEGEM, R. C. Van. “Oráculos da Lei” ou “*Bouche de la Loi*”: Considerações históricas sobre o papel dos juízes. In: HOMEM, António Pedro Barbas *et alii*. *Seminário Internacional O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental.* Lisboa: Conselho Superior da Magistratura, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CHEREMINSKY, Erwin. Ideology and the Selection of Federal Judges. *University of California Davis Law Review*, Davis, v. 36, p. 619-631, 2002-2003.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Repertório Biográfico da Justiça Federal.* Brasília: CJF, 2000.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. *Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil: A proposta de Criação do Conselho Nacional de Justiça***.** Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Lei no Estado Contemporâneo. In: CLÈVE, Clermerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). *Direito constitucional: organização dos poderes da República.* São Paulo: RT, 2011.

ELSTER, Jon. *Ulises y las sirenas: Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. Cidade do México: Fondo De Cultura Economica, 1980.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação***.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Günther. Regime-Collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global Law. *Michigan Journal of International Law*, Trad. Michelle Everson, vol. 25, p. 999-1046, verão 2004.

FONSECA, Reynaldo; FONSECA, Rafael. O Princípio do Devido Processo Legal e a Conciliação. *Revista do Tribunal Regional Federal: 1. Região*, Brasília, v. 26, n. 3/4, p. 17-22, mar./abr. 2013.

_____; _____. O Conceito de Constituição e Reflexões sobre a Seleção e a Formação de Magistrados. *Revista Justiça e Educação*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 1-7, jul./dez.2012.

GARAPON, Antonie. *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura: no estado constitutcional e democrático de direito : independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilização do juiz*. São Paulo: RT, 1997.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano. Trad. José Maria Lujambio. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)***.** 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

GUARNIERI, Carlo. El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado. In: JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (org.). *El Acceso a la Función Judicial: estudio comparado*. Madri: Consejo General del Poder Judicial, 2001.

_____; PEDERZOLI, Patrizia. *The Power of Judges: a comparative study of courts and democracy*. Trad. C. A. Thomas. Oxford: Oxford University Press, 2003.

HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio. In: JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (org.). *El Acceso a la Función Judicial: estudio comparado*. Madri: Consejo General del Poder Judicial, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo***.** 8 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución***.** Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1976.

LOULA, Maria Rosa Guimarães. *Auxílio Direito: novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LUHMANN, Niklas. *A Constituição como Aquisição Evolutiva*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Livre. [s.l.n.], [198-]. 39 p.

_____. *La Sociedad de la Sociedad***.** Trad. Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Heder, 2006.

MACCORMICK, Neil. After Sovereignty: understanding constitucional change. *The King's College Law Journal*, Londres, v. 38, n. 9, p. 20-38, 1998-1999.

_____. Beyond the Sovereign State. *The Modern Law Review*, Cambridge, vol. 56, n. 1, p. 1-18, jan. 1993.

_____. Contemporary Legal Philosophy: the Rediscovery of Practical Reason. *Journal of Law & Society*, v. 10, n. 1, verão 1983.

_____. Institutional Normative Order: a conception of Law. *Cornell Law Review*, Ithaca, vol. 82, p. 1051-1070, 1996-1997.

_____. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO, Antonio. Proverbios y Cantares. In: MACHADO, Antonio. *Poesías completas*. Madri: Espasa-Calpe, 1983.

MACHADO, Hugo de Brito. Ação Declaratória de Constitucionalidade. In: CLÈVE, Clermerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). *Direito constitucional: defesa da Constituição.* São Paulo: RT, 2011.

MARINHO, Josaphat. *À margem da Constituinte.* Brasília: Brasília Jurídica, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo.* 3 ed. São Paulo: RT, 2008.

MARSHALL, John. *Decisões Constitucionaes de Marshall*: *presidente do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América do Norte*. Trad. Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903.

MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Constitucionalidade e Convencionalidade de Atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação da situação jurídico-constitucional brasileira. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, ano XVII, Montevidéu, p. 463-483, 2011.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade*. Trad. Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes *et alii. Direito Administrativo Brasileiro.* 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania. In: CLÈVE, Clermerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). *Direito constitucional: defesa da Constituição.* São Paulo: RT, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis.* São Paulo: Nova Cultural, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Sistema Judiciário Brasileiro e a Reforma do Estado.* São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MORO, Sergio Fernando. Cooperação Jurídica Internacional em Casos Criminais: considerações gerais. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de (orgs.). *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2010.

MULLER, Friedrich. *Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia*. Trad. Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

PONCIANO, Vera Lúcia Feil. *Justiça Federal: Organização, Competência, Administração e Funcionamento*. Curitiba: Juruá, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROCHA, Sergio. Neoliberalismo e Poder Judiciário. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROESLER, Claudia Rosane. *O Sistema de Seleção e Formação dos Juízes na Espanha***.** 86 f. [Relatório de Pós-doutorado – Departamento de Filosofia do Direito, Universidade de Alicante, Alicante, Espanha, 2006].

_____. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: tópica, discurso e racionalidade.* 2 ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: uma Nova Construção Institucional. *Revista da Escola Nacional da Magistratura***,** Brasília, ano VII, n. 6, p. 392-411, novembro 2012.

SALLES, Manuel Ferraz Campos. Decreto 848/1890: Exposição de Motivos. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, Recife, n. 2, p. 323-330, 2009.

SALOMÃO, Luis Felipe. Deus e o Diabo na Forma de Seleção de Juízes. *Consultor Jurídico*, 6 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/deus-diabo-forma-recrutamento-juizes>

SARMENTO, Daniel. Ubiqüidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas***.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____; SOUZA NETO, Claudio Pereira. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton: Princeton University, 2004.

SOUSA, Leomar Barros Amorim de. *A Produção normativa do Poder Executivo: medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos***.** Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

SOUZA NETO, Claudio Pereira. O Dilema Constitucional contemporâneo entre o neoconstitucionalismo econômico e o constitucionalismo democrático. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STOLLEIS, Michael. O Perfil do Juiz na Tradição Europeia. In: HOMEM, António Pedro Barbas *et alii*. *Seminário Internacional O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental.* Lisboa: Conselho Superior da Magistratura, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A Constituição e o Supremo.* 4 ed. Brasília: STF, 2011.

_____. *Regimento Interno [atualizado até dezembro de 2013]*. Brasília: STF, 2013.

TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário Brasileiro***.** São Paulo: Saraiva, 2012.

TEUBNER, Günther. The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism. *Cardozo Law Review***,** Nova York, vol. 13, pp. 1443-1462, 1991-1992.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público.* Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

VERONESE, Alexandre; VAL, Eduardo Manuel. Notas Comparativas Acerca dos Conselhos Nacionais de Justiça do Brasil e da Argentina**.** *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 7-21, 2008.

VILANOVA, Lourival. Fundamentos do Estado de Direito. In: CLÈVE, Clermerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). *Direito constitucional: teoria geral do Estado.* São Paulo: RT, 2011.

WARAT, Luís Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. In: FARIA, José Eduardo (org.). *A Crise do Direito numa sociedade em mudança*. Brasília: UnB, 1988.

WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos.* 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.