

TODO O PODER EMANA DO POVO E EM SEU NOME É EXERCIDO

EVERARDO MOREIRA LIMA

Constitui inafastável atribuição do Presidente da República nomear os magistrados federais, assim como do Governador do Estado nomear os magistrados estaduais. (art. 84, XVI, da Constituição Federal).

Violação do princípio fundamental da democracia: a vontade do povo é a fonte única, exclusiva do poder. Não há autoridade sem assentimento popular.

Infração à regra federativa da simetria constitucional (art. 25, parte final, da Constituição Federal).

Inconstitucionalidade do art. 145 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

A história constitucional brasileira apresenta evolução acidentada. A primeira Constituição foi outorgada pelo Imperador, após haver dissolvido a Assembleia Constituinte; a Constituição atual se ressentiu de não ter sido votada por uma Assembleia Constituinte exclusiva, especialmente eleita para essa finalidade; e, entre uma e outra, tivemos várias constituições viciadas pela sua origem. Assim é que a Federação claudica e há sérios problemas de legitimidade na representação de juizes e parlamentares. Contudo, a democracia é processo que se aperfeiçoa na prática política.

Não obstante o bom momento político que atravessa o País, também aqui encontramos exemplos de transgressões à norma democrática, como é o caso dos suplentes de senadores, os quais, apenas indicados ao TSE pelos candidatos, vitoriosos estes, podem aqueles, na hipótese de impedimento, férias ou licença dos titulares, tornarem-se senadores da República, sem que tenham recebido um voto sequer. Imagine-se uma sessão do Senado composta somente de senadores suplentes fazendo as leis que nos governam! Noticiam os jornais que se cogita no Congresso Nacional de dar solução ao problema: os suplentes seriam mantidos na substituição, mas afastados da sucessão, para a qual seria usado outro critério ainda a ser elaborado. Essa solução seria um disparate, porquanto o substituto continuaria a legislar sem ter sido

eleito. Problema similar ocorre com os suplentes de deputados eleitos por coligações partidárias com votações inferiores às dos deputados eleitos pelos partidos, solução também ilegítima por infração à regra democrática da escolha por maioria de votos.

Entretanto, não é esse o objeto de nossa disquisição.

O tema que a seguir vamos abordar se relaciona diretamente com o princípio fundamental da democracia: Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido. O povo é a fonte única e exclusiva do poder. Não há autoridade sem assentimento popular. O povo elege seus representantes para os Poderes Executivo e Legislativo; no tocante ao Judiciário, no Brasil, que é uma federação, os magistrados federais são nomeados pelo Presidente da República, e os magistrados estaduais são nomeados pelo Governador do Estado. É através do Chefe do Governo, eleito pelo povo, que o juiz recebe aagração do voto popular.

Ocorre que, enquanto na Constituição Federal se confere ao Presidente da República a atribuição de “nomear magistrados” (art. 84, XVI), assim no plural, na Constituição do Rio de Janeiro (art. 145), foi essa frase reduzida para “nomear magistrado”, no singular, qual seja o advogado ou representante do Ministério Público que vai ocupar uma das cadeiras reservadas a representantes dessas categorias no quinto dos tribunais.

Compare-se:

Constituição da República
“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

.....
XVI - nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União”.

Constituição do Estado do Rio de Janeiro
“Art. 145. Compete privativamente ao Governador do Estado:

.....
XI - nomear magistrado, no caso previsto no parágrafo único do art. 157
Desta Constituição, bem como o Procurador-Geral do Estado e o Procurador-Geral da Defensoria Pública, observados, em relação a estes, os arts. 176, § 1º e 180, parágrafo único, respectivamente”.

Essa redução do texto federal configura “*capitis deminutio*” ao Governador do Estado e ignomínia aos discriminados, conquanto, na realidade, sejam eles, os desembargadores do Quinto, os únicos autorizados legitimamente ao exercício da judicatura.

Dessarte, o legislador estadual constituinte ao alterar o número do substantivo “magistrados”, constante do dispositivo da Constituição Federal, do plural para o singular, cometeu violação ao princípio federativo da simetria, que, no concernente aos princípios constitucionais, obriga à reprodução literal do texto federal no texto estadual respectivo.

No tocante ao complemento do art. 84, XVI, da Constituição Federal: “nos casos previstos nesta Constituição”, se o inciso XIV já destaca os magistrados do STF e dos Tribunais Superiores, não é evidentemente a esses que se refere o inciso XVI. Portanto, além dos expressamente mencionados no inciso XIV, os casos previstos na Constituição são os de juizes dos TRF’s (art. 107), dos TRT’s (art. 115), dos TRE’s da classe dos advogados. Em suma, todos os magistrados federais, inclusive como previsto na respectiva Lei Orgânica, os juizes e desembargadores do Distrito Federal.

Quanto ao complemento do art. 145 da Constituição estadual “no caso previsto no parágrafo único do art. 157 desta Constituição”, refere-se ele à nomeação do membro do Ministério Público ou do advogado que vai preencher o lugar respectivo no quinto dos Tribunais do Estado, segundo o seu parágrafo único, “*in verbis*”: “Parágrafo único. Recebidas as indicações, o Tribunal de Justiça formará lista tríplice, enviando-a ao Governador, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes **para nomeação**”.

O equívoco é ainda mais flagrante quando se depara com o texto do art. 161, III, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, “*in verbis*”:

“Art. 161. Compete ao Tribunal de Justiça:

.....
III – prover os cargos de juizes, na forma prevista nesta Constituição”.

Para prover o cargo de juiz é preciso que o Governador do Estado haja nomeado candidato aprovado em concurso. Mas não é o que ocorre; os juizes simplesmente não são nomeados, com exceção dos indicados para o Quinto do Tribunal.

A prova irretorquível de que a nomeação é “*conditio sine qua non*” ao ingresso do juiz na carreira está no art. 93, inciso I, da Constituição Federal, no capítulo que trata do Poder Judiciário, “*in verbis*”:

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre Estatuto da Magistratura observados os seguintes princípios:

I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, 3 (três) anos de atividade jurídica e obedecendo-se, **nas nomeações**, a ordem de classificação”. (grifamos)

A nomeação é necessária ao ingresso de todo e qualquer juiz e não apenas do mencionado no parágrafo único do art. 157 da Constituição estadual destinado ao quinto dos tribunais, como quer o art. 145 da mencionada Constituição.

Nomear é ato formal de indicação de alguém, que se nomeia, para cargo público. Prover é preencher o cargo com pessoa nomeada. Investidura é a tomada de posse no cargo.

Nomear magistrado é atribuição conferida constitucionalmente ao Presidente da República, estendida aos Governadores de Estado, por força do art. 25 da Constituição Federal: “Os estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, **observados os princípios desta Constituição**”. (grifamos)

A situação dos juízes que não foram nomeados pelo Governador do Estado é a mesma dos suplentes de senadores quando substituem os titulares sem terem sido eleitos: falta-lhes o assentimento popular.

Repetimos: a atribuição é e sempre foi para nomear todos os magistrados federais ou estaduais. O princípio diretor dessa atribuição ao Chefe do Poder Executivo está na base do regime democrático: não há autoridade sem assentimento popular; ou é eleita ou nomeada pelo Chefe do Governo.

“O exercício do poder, ainda por parte daqueles que só indiretamente o recebem, como os juízes e funcionários públicos, é sempre exercido em nome do povo”. (Pontes de Miranda, Comentários a Constituição de 1967, Tomo I, pág. 478).

Nos Estados Unidos da América, cujo federalismo imitamos mal e parcamente desde 1891, os juízes federais são nomeados e os estaduais, dependendo da unidade federativa, ou são eleitos, ou são nomeados.

Com efeito, na federação norte-americana, são quatro as formas de seleção dos juízes estaduais: nomeação pelo governador; eleição pela assembleia legislativa; eleição popular e outra forma mista, conhecida como Missouri Plan.

Em Delaware, Hawaii, Maine, New Jersey, New York e Vermont são os juízes nomeados pelo governador e confirmados pelo senado local. Em Delaware e Massachusetts, os governadores escolhem os candidatos constantes de listas organizadas por comissão de juízes. Em Carolina do Sul e Virgínia, os candidatos são eleitos pelas assembleias legislativas. Em alguns desses estados em que os juízes são eleitos, no caso de morte ou aposentadoria prematura, o governador indica o substituto que, não raro, é eleito posteriormente, por ocasião das eleições regulares.

O importante é assinalar que, ou os juízes são diretamente escolhidos pelo povo, ou são eles indiretamente selecionados pelas assembleias legislativas, ou ainda nomeados pelos governadores, que, a seu turno, foram eleitos pelo povo (*Government by the People - 2009 national, state and local edition* - David B. Magelby - Paul C. Light - Longman - págs. 676 a 681).

Acolhida que venha a ser a ação direta de inconstitucionalidade proposta por uma das entidades legitimadas no art. 103 e seus incisos da Constituição da República, sugerimos que se dê ao malsinado art. 145 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro a seguinte redação:

“Art. 145. Compete privativamente ao Governador do Estado:

.....
XIa – nomear magistrados;

XIb – nomear o Procurador-Geral do Estado e o Defensor Público-Geral da Defensoria Pública, observados, em relação a estes, os artigos 176, § 1º e 180, parágrafo único, respectivamente.

Dir-se-á: mas se assim está funcionando, por que mexer? Acontece que não está funcionando de acordo com a Constituição, pior, está-se violando o princípio fundamental da democracia: todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido. Durante séculos os povos foram dominados arbitrariamente por monarcas, oligarcas e tiranos; a custo de muito sangue foi possível chegar à situação de que ora desfrutamos. Os povos islâmicos, por motivos que não vem a pelo discutir, só agora – atingidos pelos modernos meios de comunicação – se deram conta da miséria em que vivem e querem assumir o governo de si mesmos e eleger periodicamente seus governantes. No regime democrático para se ter e exercer autoridade é necessário ser eleito ou receber essa autoridade indiretamente de quem foi eleito com essa atribuição. Os mandarins, que querem se colocar no lugar do povo, dizem que, aqui no Brasil, os eleitores votam mal, que elegeram fulano e ciclano; um, manifestamente despreparado, outro, sabidamente corrupto. Isso é incontestável, mas a culpa não é deles, eles votam em quem conhecem: artistas de rádio, cinema e televisão, jogadores de futebol, eventualmente num campeão de box ou de automobilismo, e outros que se tornaram populares através do audiovisual, dos meios de comunicação de massa. Isso não acontece apenas no Brasil, mas também nos Estados- Unidos e na Europa. Às vezes, até acertam. Cabe aos partidos políticos ouvir o povo, sondar suas aspirações e necessidades, perquirir seus interesses, examinar suas sugestões e elaborar estatutos e programas de ação de acordo com essas pesquisas. Homens de bem resistem ingressar nos partidos políticos para não se deixarem macular das mesmas torpes ambições que movem muitos dos seus dirigentes. Os políticos honestos não devem temer a concorrência dos eleitores na direção do partido; ao contrário, devem atraí-los à comunidade política, à discussão dos temas mais importantes para o bem-comum. Hoje, são os sindicatos, as confederações, os grupos de pressão, como a OAB, que desempenham esse papel. O que a nós outros impende fazer é concitar o eleitorado a votar em conformidade com os seus interesses. Convencê-los de que eleição de governantes não é aposta, é destino. Como ensinava Thomas Jefferson: o preço da liberdade é a eterna vigilância. Vamos corrigir o que está errado, fiscalizar, denunciar, praticar o bem e o justo. Vamos exigir o cumprimento da Constituição e das leis do País. “*Legum servi sumus ut liberi esse possimus*” (Cícero).

Rio, 25.03.11