

A decorative graphic consisting of numerous thin, parallel lines that curve from the left side of the page towards the right, framing the text.

JUDICIÁRIO OLIGÁRQUICO

DÉFICIT DEMOCRÁTICO E INFORMALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO
DOS TRIBUNAIS E NO GOVERNO DA MAGISTRATURA NO BRASIL

HUGO CAVALCANTI MELO FILHO

Mestre e Doutor em Ciências Políticas pela UFPE. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Salamanca. Professor Adjunto da UFPE. Professor Titular da Faculdade Marista do Recife. Professor da Escola Superior da Magistratura da 6ª Região (PE). Juiz do Trabalho Titular da 12ª Vara do Trabalho do Recife (TRT da 6ª Região). Membro da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho.

JUDICIÁRIO OLIGÁRQUICO

**DÉFICIT DEMOCRÁTICO E INFORMALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO
DOS TRIBUNAIS E NO GOVERNO DA MAGISTRATURA NO BRASIL**





EDITORA LTDA.

© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571
CEP 01224-001
São Paulo, SP — Brasil
Fone (11) 2167-1101
www.ltr.com.br

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: R. P. TIEZZI
Projeto de Capa: R. P. TIEZZI
Impressão: PAYM

Maio, 2014

Versão impressa - LTr 5077.0 - ISBN 978-85-361-2910-5
Versão digital - LTr 7634.4 - ISBN 978-85-361-2995-2

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Melo Filho, Hugo Cavalcanti

Judiciário oligárquico : déficit democrático e informalidade na administração dos tribunais e no governo da magistratura no Brasil / Hugo Cavalcanti Melo Filho. — São Paulo : LTr, 2014.

Bibliografia

1. Brasil - Poder judiciário 2. Direito constitucional — Brasil
3. Oligarquia — Brasil 4. Tribunais — Brasil — Jurisprudência I. Título.

14-02849

CDU-342.56(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Justiça : Poder judiciário : Direito constitucional 342.56(81)

*Dedico este trabalho, assim como dedico todos os meus esforços, a Mônica,
Hugo Ernesto, João Guilherme e Luís Eduardo, meus grandes amores.*

AGRADECIMENTOS

Este livro é uma versão minimamente modificada da tese apresentada pelo autor ao Programa de Pós-graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Pernambuco, como condição à obtenção do grau de Doutor em Ciência Política. A tese foi aprovada pela Banca Examinadora integrada pelos professores Prof. Dr. Jorge Zaverucha (UFPE), Prof. Dr. Francisco de Assis Brandão (UFPR), Prof. Dr. Adriano Oliveira (UFPE), Prof. Dr. Francisco Queiroz Cavalcanti (UFPE) e Prof. Dr. Sergio Torres Teixeira (UFPE e UNICAP), em 25 de fevereiro de 2013.

Este trabalho não teria sido possível sem o apoio de muitos.

Antes de qualquer outra pessoa, agradeço a minha esposa, Mônica, pelo permanente incentivo ao meu crescimento como homem e profissional. A ela e aos meus filhos Hugo, João e Luís devo, antes de agradecimentos, desculpas pelas muitas horas songadas ao seu sempre gratificante convívio.

Aos meus pais, Hugo e Bertha, e aos meus irmãos, pela formação que me propiciaram e pela família amorosa e unida, berço de toda realização e ambiente propício para o desenvolvimento de qualquer projeto.

A Ernesto e Sheilla, meus irmãos do coração.

Ao Professor Jorge Zaverucha, o reconhecimento pela orientação segura e competente. E pelo rigor compreensivo com que sempre me tratou. Também o agradecimento pelos valiosos ensinamentos que firmaram os contornos do trabalho que terminei por realizar.

Aos meus amigos-irmãos Theodomiro, Virgínia, André, Valéria, Murilo, Elcy, Wellington e Yasmin, pelo companheirismo e incentivo.

E a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para o sucesso da empreitada.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| PREFÁCIO | 13 |
| INTRODUÇÃO | 21 |
| 1. O PODER JUDICIÁRIO | 27 |
| 1.1. A separação dos poderes | 27 |
| 1.2. O Judiciário como poder do Estado | 29 |
| 1.3. A natureza política da função jurisdicional: breves considerações | 31 |
| 1.4. O problema da legitimação dos juízes e dos tribunais | 32 |
| 2. ADMINISTRAÇÃO DOS TRIBUNAIS E CONTROLE DA MAGISTRATURA | 35 |
| 2.1. Estrutura do poder judiciário brasileiro. Breve descrição..... | 35 |
| 2.2. A administração dos tribunais: evolução constitucional do tema | 36 |
| 2.3. Loman: sobrevivência da ditadura | 42 |
| 2.4. Órgãos de administração do sistema judiciário brasileiro: análise crítica . | 49 |
| 2.4.1. Organograma do sistema judiciário..... | 49 |
| 2.4.2. Conselho Nacional de Justiça..... | 50 |
| 2.4.3. Conselho da Justiça Federal e Conselho Superior da Justiça do Trabalho..... | 58 |

| | |
|--|------------|
| 2.4.4. Conselhos da Magistratura..... | 59 |
| 2.4.5. Tribunal Pleno | 60 |
| 2.4.6. Órgão especial..... | 62 |
| 2.4.7. Dirigentes..... | 64 |
| 2.5. A posição da magistratura..... | 64 |
| 2.6. Tentativas de mudanças na reforma do Judiciário | 65 |
| 3. UM PARADIGMA: O MINISTÉRIO PÚBLICO NACIONAL...68 | |
| 4. DÉFICIT DEMOCRÁTIO NA ADMINISTRAÇÃO DOS TRIBUNAIS.....71 | |
| 4.1. Administração oligárquica dos tribunais | 71 |
| 4.2. Administração oligárquica e mitigação da independência judicial..... | 74 |
| 4.3. O exercício da jurisdição de forma livre e isenta como condição favorável à democracia | 77 |
| 5. CULTURA POLÍTICA E DEMOCRACIA | 83 |
| 5.1. Importância de uma cultura democrática no Judiciário | 83 |
| 5.2. Cultura democrática no Ministério Público | 88 |
| 5.3. O papel da Magistratura..... | 90 |
| 5.3.1. Associativismo da Magistratura brasileira..... | 91 |
| 5.3.2. Novos movimentos sociais..... | 93 |
| 5.3.3. O associativismo dos juízes como movimento social..... | 97 |
| 5.4. Investidas da magistratura: Diretas Já! | 101 |
| 6. DA ADMINISTRAÇÃO OLIGÁRQUICA À INFORMALIDADE INSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS | 106 |
| 7. INSTITUIÇÕES INFORMAIS | 113 |
| 7.1. Marco teórico | 113 |
| 7.2. Tipologia das instituições informais | 117 |

| | |
|---|------------|
| 8. INSTITUIÇÕES INFORMAIS NO PODER JUDICIÁRIO..... | 119 |
| 8.1. Lacuna teórica..... | 119 |
| 8.2. Arcabouço institucional | 121 |
| 8.3. Funções do Judiciário..... | 121 |
| 8.4. O Judiciário como administrador e instituições informais..... | 122 |
| 8.4.1. Autonomia do Poder Judiciário..... | 122 |
| 8.4.2. Limites à autonomia. Princípio da Legalidade..... | 124 |
| 8.4.3. Casuística..... | 124 |
| 8.4.3.1. Denominação dos membros dos Tribunais Regionais ... | 125 |
| 8.4.3.2. Manutenção de lista tríplice já abolida, para escolha de membro do TST | 126 |
| 8.4.3.3. Escolas da Magistratura | 128 |
| 8.4.3.4. Antiguidade no lugar do mérito | 129 |
| 8.4.3.5. Renúncia à liberdade de escolha | 130 |
| 8.4.3.6. Conselho Superior da Justiça do Trabalho | 131 |
| 8.4.3.7. “Clones” no TST e nos Tribunais Regionais..... | 132 |
| 8.4.3.8. Uso de veículos oficiais..... | 134 |
| 8.4.3.9. Nepotismo | 135 |
| 8.4.3.10. Subsídios por decisão administrativa..... | 136 |
| 8.4.3.11. Sessões secretas..... | 137 |
| 8.4.3.12. Colégio de Presidentes de Tribunais | 138 |
| 8.4.3.13. Subsídios de juízes que atuam no STF | 139 |
| 8.4.3.14. Relacionamento promíscuo com o Poder Político Estadual..... | 140 |
| 8.4.3.15. Descalabros do vocalato na Justiça do Trabalho..... | 142 |
| 8.5. Um exemplo de informalidade na prestação jurisdicional..... | 144 |
| 8.6. Informalidade e déficit democrático | 148 |
| | |
| 9. RUMO À DEMOCRATIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO | 150 |
| 9.1. Eleição direta para os dirigentes dos tribunais e membros dos órgãos de controle..... | 150 |

| | |
|---|-----|
| 9.1.1. Explicação da desigualdade entre os juízes, na perspectiva da Teoria da Ação..... | 151 |
| 9.1.2. Panoramas delineados | 154 |
| 9.1.2.1. Modelo “democracia protetora” | 156 |
| 9.1.2.2. Modelo “democracia desenvolvimentista” | 158 |
| 9.1.2.3. Modelo “democracia de equilíbrio” | 161 |
| 9.1.2.4. Modelo “democracia participativa” | 163 |
| 9.1.2.5. Avanços democráticos em qualquer dos modelos..... | 166 |
| 9.1.3. Democratização da Administração das Cortes..... | 168 |
| 9.1.3.1. Colégio Eleitoral e facultatividade | 168 |
| 9.1.3.2. Universo dos elegíveis e ponderação dos votos | 174 |
| 9.1.3.3. Cortes nas quais não haveria eleição, cargos em disputa e possibilidade de reeleição | 175 |
| 9.1.3.4. Elaboração das normas internas..... | 177 |
| 9.1.3.5. Juízes nas sessões administrativas | 178 |
| 9.1.4. Meios de alteração das normas de regência | 179 |
| 9.1.4.1. Alteração regimental..... | 179 |
| 9.1.4.2. Resolução do CNJ..... | 184 |
| 9.1.4.3. Aprovação do Estatuto da Magistratura | 187 |
| 9.1.4.4. Emenda à Constituição..... | 188 |
| 9.1.5. Democratização dos órgãos de controle | 193 |
| 9.1.5.1. Eleição direta dos representantes da magistratura no CNJ .. | 193 |
| 9.1.5.2. Regulamentação do CSJT por lei..... | 194 |
| 9.1.5.3. Reestruturação do CJF | 198 |
| 9.1.5.4. Juízes nos Conselhos da Magistratura..... | 199 |
| 9.2. A ação do CNJ na eliminação das instituições informais..... | 200 |

| | |
|--|------------|
| 10. DEMOCRATIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO E ACCOUNTABILITY: PONTOS PARA A DEMOCRACIA BRASILEIRA..... | 211 |
|--|------------|

| | |
|-----------------------|------------|
| CONCLUSÃO..... | 217 |
|-----------------------|------------|

| | |
|-------------------------|------------|
| REFERÊNCIAS..... | 223 |
|-------------------------|------------|

PREFÁCIO

Acompanhei com grande expectativa a elaboração deste livro. Quando soube a respeito do tema trabalhado em sua tese de doutoramento estimei ideal a combinação autor-obra.

Prefaciando este livro deixei-me inicialmente instigado, depois imensamente satisfeito. Primeiro pela seriedade profissional e acadêmica de quem o assina e pelo título que já se mostrava alvissareiro. Posteriormente, porque a leitura concretizou com sobra a minha expectativa e previsão. Ao traduzir as inquietações honestas e idealistas do Autor, esta obra provocativa surge com o objetivo claro de abrir o caminho para a efetivação de necessárias mudanças, sempre tendo por parâmetro os ideais políticos da democracia.

Doutor Hugo Cavalcanti Melo Filho, notável professor, juiz do trabalho, escritor, conferencista e líder destacado em todos os âmbitos em que se engaja, traz na bagagem exitosas experiências que são impressas em mais este livro, inclusive atuações como presidente da Associação Latino Americana de Juizes do Trabalho, presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho e conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público. Dono de uma visão jurídica e política aguçada, que transcende o espaço nacional, presenteia a sociedade global com a materialização do melhor pensamento da magistratura democrática nesta obra.

Ao ler, lembrei de Raymundo Faoro no clássico *Os donos do poder* e de Victor Nunes Leal, em *Coronelismo, enxada e voto*. Mas agora não um advogado, jurista ou historiador que voltam os olhares ao sistema político ou social sobre o comportamento do patronato ou da elite coronelista, mas um magistrado de carreira que se volta a olhar seu âmbito de atuação e trabalho, a própria magistratura, em análise, crítica e proposição por dentro e para dentro do sistema.

A obra enfrenta com destemor as posições adversas, mergulhando em questões polêmicas e delicadas que surgem do encontro entre democracia e

justiça. Cuidadosa e detalhista, denuncia as reminiscências do autoritarismo na estrutura judiciária, cuja genealogia ainda está conectada ao período da ditadura militar e até além.

O livro divide-se em dez capítulos dedicados a inventariar os aspectos legais, constitucionais, históricos e culturais que fragilizam o projeto de consolidação democrática brasileiro. Exemplifica e demonstra que a historicidade dos déficits democráticos vem da própria legislação que rege a administração do Poder Judiciário. A Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman) continua a impor uma série de entraves já superados pela Constituição Federal de 1988. E pior, estes déficits democráticos do Poder Judiciário permeiam também os órgãos de controle internos do Poder, que reproduzem composições pouco representativas da magistratura e com baixa participação da sociedade civil.

Subjacente ao debate principal está a construção de uma cultura democrática no Poder Judiciário, objeto de um capítulo específico. Nesse contexto, o Ministério Público é elevado à posição de paradigma, com seu fortalecimento atrelado à própria Constituição de 1988, um tipo de inspiração que deveria motivar a magistratura no desempenho do seu papel, sendo positivo que os juízes invistam em associações capazes de, a um só tempo, representá-los em suas demandas e conectá-los aos movimentos sociais.

Ao enfrentar a questão, em primeiro plano, das estruturas judiciárias não democráticas e informais, o trabalho desperta uma reflexão mais profunda sobre a própria democracia e sobre como a manutenção de tais estruturas torna-se empecilho à sua consolidação. Esse, entretanto, é um problema com menor visibilidade que eventuais deficiências democráticas nos Poderes Executivo e Legislativo, nos quais o tema da legitimação é explícito desde os processos eleitorais, e a política é questão central. Assim, a obra traz à luz alguns pontos obscuros do debate democrático, enfoque inovador que põe sobre a mesa argumentos que ninguém pode, uma vez conhecendo, ignorar.

Destaca-se no livro, resultado de uma pesquisa de fôlego empreendida por seu autor, o uso cuidadoso de ferramentas teóricas em favor de problemas reais, demonstrando que a pesquisa acadêmica pode, e deve, contribuir com o progresso da sociedade. O compromisso ético do pesquisador com a vida é uma das qualidades mais admiráveis, pois, pela sólida formação teórica, podem propor análises sob diversos enfoques e colaborar, sobretudo com suas inquietações, com o desenvolvimento social.

Nesse sentido, o autor faz uma incursão teórica para melhor compreender o fenômeno do déficit democrático, identificado desde o início do livro, a partir de sua principal categoria de análise, a informalidade. Pelas lentes da Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhman, identifica o problema da alopoiese, com determinação das normas internas do sistema jurídico, em especial da administração judiciária, pela sobreposição de outros códigos de comunicação sobre o direito, sobretudo da política. Tal fenômeno tem por consequência

a sobreinclusão de alguns agentes e a subinclusão de outros. Na leitura do autor, os sobreincluídos são os membros dos tribunais, enquanto aos juízes de primeira instância permanecem alijados dos processos decisórios relacionados à administração da justiça, não contando com representação ou ferramentas de controle das ações dos seus dirigentes.

As instituições informais do Poder Judiciário estão fundadas em uma normatividade informal paralela, compartilhada pelos sobreincluídos e imposta aos subincluídos, concorrente com as normas jurídicas estatais. Entre as instituições informais analisadas no livro estão alguns dos problemas mais graves do Poder Judiciário brasileiro, alvo de críticas muitas vezes compartilhadas no mundo da advocacia e entre os próprios juízes. Entre elas estão a autonomia apenas relativa do Poder Judiciário; o nepotismo; as sessões secretas, entre muitos outros, que ferem a própria natureza ética do Judiciário.

Todos esses comportamentos, aqui identificados como instituições informais, mitigam profundamente a confiabilidade da instituição judiciária, o que tem consequências terríveis para os jurisdicionados e para o Estado brasileiro considerado de modo amplo. Isso porque, paradoxalmente, é no Poder Judiciário que a população deposita grande parte das expectativas de reconhecimento e garantia de direitos, inclusive aqueles de cunho social. De fato, o Judiciário conta com ferramentas cada vez melhores para responder às demandas sociais; contraditoriamente, enclausura-se em antidemocrática informalidade.

Se esse é um momento histórico de democracia em que o Poder Judiciário precisa ser forte e confiável para desempenhar seu papel, cada vez mais destacado, no Estado Democrático de Direito, entretanto, não vendo suas aspirações democráticas refletidas, internamente, nos tribunais, o sentimento de frustração e desilusão passa a ser a resposta social revelada nos números de baixa confiança institucional entre a população. O Judiciário deve ser, e ainda há de ser, uma instituição que inspire os cidadãos a viverem no marco da democracia, e para isso precisa se tornar modelo de transparência e imparcialidade, características incompatíveis com a manutenção das instituições informais.

O problema do déficit democrático na administração dos tribunais, explorado de maneira brilhante e corajosa no texto, é de grande relevância no contexto que vivemos hoje e atemporalmente, pois trata de aspecto pouco estudado da transição democrática brasileira. Como bem demonstrado no livro, entre os três Poderes da República, o Poder Judiciário é o que mais preserva estruturas silenciosas do regime autoritário, que sobreviveram incólumes ao nascimento da Constituição democrática e continuam sendo observadas mesmo passadas algumas décadas da redemocratização.

As democracias constitucionais contemporâneas têm, de um lado, forte elemento majoritário, encontrado na própria ideia de democracia, e de outro, importante elemento contramajoritário, presente na salvaguarda dos direitos fundamentais, missão reservada ao Poder Judiciário, por isso muitas vezes

associado à defesa das minorias. Isso não pode significar, de modo algum, que tenhamos nesse Poder qualquer elemento antidemocrático. As tensões constitucionais jamais podem ser entendidas como prevalência de autoritarismo, embora possam significar a supremacia dos direitos sobre a vontade da maioria.

Sendo assim, discutir o reencontro entre Poder Judiciário e democracia é tarefa desafiadora, e impõe árduo debate teórico sobre o próprio conceito de democracia, debate esse para sempre infundável, já que é pressuposto desta a abertura para rediscutir a si mesma. O debate político da democratização das estruturas judiciárias e de seu governo é especialmente difícil porque o Poder Judiciário deve ser livre de determinações e interesses políticos.

O tema costuma gerar desconforto entre aqueles que temem que a politização possa comprometer a função típica de julgar, com imparcialidade, as demandas que lhes são apresentadas. Entretanto, claro está que o Poder Judiciário precisa, sim, legitimar-se, não por meio da eleição de juízes, dada sua função peculiar, mas pela democratização institucional, para assim obter a confiança dos jurisdicionados e cumprir a sua missão. A livre determinação dos critérios de elegibilidade dos seus dirigentes, a participação dos juízes de primeira instância no governo dos tribunais, bem como o papel das associações de magistrados na luta pela transparência são alguns exemplos destacados de como é possível democratizar a instituição.

O engajamento do Poder Judiciário com valores democráticos não prejudica sua função precípua, ao contrário, garante mais liberdade e imparcialidade na atuação dos magistrados. A Jurisdição, que tem importância crescente nas democracias modernas, precisa incorporar-se ao amadurecimento democrático que vivemos hoje e compreender que há muitas reminiscências de autoritarismo na administração judiciária. Juntamente à maior participação na escolha dos dirigentes dos tribunais, evidentemente, há a contrapartida da responsabilidade e prestação de contas, aspecto também carente de melhorias no Poder Judiciário.

Neste livro, o Brasil é usado como espaço de análise, mas as conclusões, em maior ou menor escala, são realidades em quase todos os países latino-americanos e na maioria dos países do mundo. Por esta razão, antevejo que este livro merecerá pronta tradução.

Por fim, deixo minha admiração pela coragem e pelo acerto com que enfrenta esse tema essencial para a democracia brasileira. Trata-se de valerosa contribuição, que clama pelo engajamento do Poder Judiciário com os princípios democráticos, tornando-se mais e mais, por isso mesmo, verdadeiramente imparcial, livre e forte.

Brasília, DF, e São José, Costa Rica, verão de 2014.

Roberto de Figueiredo Caldas
Juiz Vice-presidente da Corte Interamericana de Derechos Humanos

“Aos olhos daqueles que estudam de maneira filosófica os problemas humanos, nada parece mais surpreendente do que a facilidade com que os muitos são governados pelos poucos, assim como a implícita submissão com que os homens abdicam de seus próprios sentimentos e paixões em favor de seus governantes [...].”

David Hume

“[...] a peculiaridade do mal que se imagina ao impor o silêncio à expressão de uma opinião reside na ideia de um roubo à raça humana [...]; mais, contudo, àqueles que discordam dessa opinião do que àqueles que a apoiam. Se a opinião é acertada, priva-lhes da oportunidade de trocar o erro por verdade; se é errônea, perde-se o que se constitui como talvez o maior dos benefícios, uma percepção mais clara e uma impressão mais viva da verdade, produzida pela colisão com o erro.”

Stuart Mill

INTRODUÇÃO

No momento histórico atual, dois fenômenos podem ser facilmente identificados: de um lado, a deslegitimação dos poderes políticos e a crise de crença na autoridade pública e, de outro, o protagonismo social e político do Poder Judiciário.

A crise do sistema político, que se constitui em fenômeno universal, “está relacionada com o processo de mudança do sistema produtivo, dos valores e das pautas de conduta da sociedade e da organização e natureza do Estado, que produziram uma nova divisão do trabalho entre governos, empresários e sociedade civil” (SAAVEDRA, 1997:37, *apud* CARVALHO, 1997:6).

Neste novo cenário, o Judiciário vem recebendo diferentes tipos de demandas, que terminam por promover uma significativa pressão sobre o aparato judicial. Demandas que antes eram dirigidas ao Legislativo e são apresentadas, agora, ao Judiciário, na expectativa de que ele venha a suprir determinados serviços negligenciados pela Administração Pública.

De modo que é pela omissão dos demais Poderes que o Judiciário “se vai constituindo em lugar de demanda por direitos, redefinindo a ortodoxia da divisão clássica de Montesquieu” (WERNECK VIANNA *et al.*, 1997:18) e assume o papel estratégico e fundamental de salvaguarda desses direitos e garantias, de instância de controle jurídico e vetor de limitação das ações do poder político.

Em suma, “estamos hoje centrados na ideia do direito e do sistema judicial como fatores decisivos da vida coletiva democrática, do desenvolvimento de uma política forte e densa de acessos ao direito e à justiça”, como observa Boaventura de Sousa Santos (2007:11).

Naturalmente, por ter sido menos um resultado desejado por seus membros e mais um efeito inesperado da transição para a democracia

(WERNECK VIANNA *et al.*, 1997:12), no Brasil, o protagonismo do Poder Judiciário alcançou-o sem que estivesse equipado material, conceitual e doutrinariamente para dar conta da carga de novos problemas que a sociedade passou a lhe apresentar, circunstância que terminou por delinear a visão que dele se forma na sociedade.

Espera-se uma grande transformação do sistema judiciário. A criação de uma outra cultura judiciária que conduza ao exercício democrático da jurisdição⁽¹⁾, o que passa, necessariamente, pela construção de um modelo democrático de magistratura.

Este trabalho é uma investigação sobre a administração dos tribunais e o governo da magistratura no Brasil, bem assim sobre a informalidade engendrada pelo modelo oligárquico prevalecente. Examina-se em que medida essas características dificultam a construção de uma justiça democrática, inclusive naquilo que interferem na independência judicial.

Incidentalmente, haverá, aqui, preocupação com o conjunto dos problemas que marcam o modelo de magistratura brasileiro⁽²⁾. Mas as questões centrais serão os critérios de eleição dos órgãos diretivos dos tribunais, os mecanismos de administração das cortes, a composição das estruturas de controle dos juízes e as instituições informais que se desenvolvem nesses ambientes.

Basicamente, busca-se responder às seguintes perguntas: é possível erigir uma Justiça democrática no Brasil a partir de estruturas judiciais intrinsecamente não democráticas e informais? É possível consolidar a Democracia em um Estado em que não há Poder Judiciário democrático?

A pesquisa se justifica plenamente.

Encontram-se estudos sobre o protagonismo do Judiciário (*v. g.*, DALLARI, 1996; NALINI, 2006); sobre a organização do Poder Judiciário (*v. g.*, SILVA, 1998), sobre a judicialização da política (*v. g.*, WERNECK VIANNA *et al.*, 1999). Proliferaram trabalhos sobre o controle da magistratura (*v. g.*, GOMES, 1993; COSTA, 2001) e relacionamento entre o Judiciário e os demais Poderes (*v. g.*, TOURINHO NETO, 2001). Há textos relacionando funcionamento do sistema judicial e desenvolvimento econômico (*v. g.*, CONSELHO, 2006), formas de recrutamento de juízes e democracia (MELO FILHO, 2002).

A respeito dos modelos de magistratura, considerados, genericamente, seus contornos mais ou menos democráticos, já escreveram, por exemplo,

(1) Assim, Sousa Santos (2007:32).

(2) Por exemplo, sobre os critérios acentuadamente políticos de seleção e promoção de magistrados cuidei em outro momento. Cf. Melo Filho (2002). Sobre controle de constitucionalidade, acesso ao Judiciário e nepotismo, Melo Filho (2004). Sobre politização e engajamento ético da magistratura, Melo Filho (2001). Sobre a estrutura do Poder Judiciário, em Costa; Melo Filho *et al.* (2005).

Zaffaroni (1995) e Gomes (1997). Mas não adentraram no exame, em si, dos mecanismos de administração dos Tribunais e dos juízes.

Por outro lado, não se encontram na literatura especializada trabalhos que busquem analisar amplamente a importância das instituições informais na atuação do Poder Judiciário no Brasil. Eisenstadt (2006) tratou do tema pontual das concertações pós-eleitorais no México e Van Cott (2003 e 2006) analisou as questões da legislação e tribunais indígenas em alguns países latino-americanos, as rondas campestres no Peru e as *juntas vecinais* na Bolívia. Helmck (2002) examinou a falta de independência da Corte Suprema argentina a partir de regras informais que permitiram a destituição de juízes. E Brinks (2003 e 2006) abordou o problema da informalidade nos sistemas judiciais brasileiro e argentino, especificamente quanto ao tema da impunidade dos policiais responsáveis por execuções de civis. Mesmo o último trabalho mencionado não representa, a rigor, estudo concreto da informalidade no Poder Judiciário, senão de um aspecto do sistema judicial, que envolve a polícia, o Ministério Público, a Advocacia e o Judiciário, especificamente no que respeita à perseguição criminal nos casos de “uso regular e ilegal da força letal por parte da polícia” (BRINKS, 2006:92).

Portanto, não há estudos que busquem relacionar a forma de administração dos Tribunais e de governo da magistratura com o surgimento de instituições informais e com o déficit democrático do Judiciário, nem sobre a repercussão dessas características na consolidação democrática.

Serão nesse sentido os esforços aqui empreendidos.

Antes de cuidar do quadro do Judiciário brasileiro, faz-se breve digressão acerca dos aspectos genéricos envolvidos no estudo do Poder Judiciário. No exame da matéria, enfrenta-se a questão da clássica separação dos poderes, do controle recíproco e relacionamento entre eles, evidenciando-se a natureza política da função jurisdicional e o problema da legitimação democrática dos juízes (Capítulo 1).

Firmadas essas premissas, procede-se ao exame da organização do Poder Judiciário no Brasil, iniciando-se por breve descrição de sua estrutura. Esmiúça-se, em seguida, a administração dos tribunais e o controle da magistratura, oferecendo-se significativo manancial de informações sobre os órgãos que a integram. Antes, entretanto, investiga-se a evolução constitucional da matéria, bem como a origem autoritária da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, considerada verdadeira sobrevivência da Ditadura Militar. Expressa-se, ainda, a posição da magistratura brasileira sobre o modelo de administração adotado no país, bem assim, nessa esteira, as tentativas de mudanças levadas a efeito na Reforma do Judiciário (Capítulo 2).

Demonstra-se que as balizas para o governo do Judiciário poderiam ser diferentes, adotando-se como paradigma o Ministério Público, estrutura que

se organiza paralelamente ao Poder Judiciário, mas que adota parâmetros democráticos de administração e controle (Capítulo 3).

As formas adotadas de administração e controle do Judiciário, de caráter claramente oligárquico, mitigam a independência judicial e geram expressivo déficit democrático, porque o exercício da jurisdição de forma livre e isenta se erige como condição favorável à democracia (Capítulo 4).

A importância da construção de uma cultura democrática no Poder Judiciário, a exemplo do que ocorreu no Ministério Público Nacional, é revelada no Capítulo 5, assim como as razões para as diferenças observadas nessa seara. No mesmo capítulo, indica-se o papel da magistratura nesse desiderato, a partir de sua organização político-associativa, apontada como verdadeiro movimento social. Por fim, exemplificam-se ações dos juízes no sentido da democratização do Judiciário, especialmente no que concerne à escolha dos dirigentes das Cortes de Justiça.

À luz da teoria dos sistemas, explica-se o processo alopoiético de criação de instituições informais no Poder Judiciário, como resultado da administração oligárquica dos Tribunais (Capítulo 6), demonstrando-se que entre déficit democrático e instituições informais não há, apenas, uma relação de causa e efeito de único sentido, senão um processo de alimentação recíproca, ou uma retroalimentação.

A questão da informalidade é explorada, inicialmente, fixando-se o marco teórico da investigação e estabelecendo-se uma tipologia para as instituições informais (Capítulo 7).

Depois, lançam-se tais conceitos à realidade do Poder Judiciário brasileiro. Para revelar as instituições informais do Judiciário, delimitam-se suas funções e ressaltam-se os limites a sua autonomia em face do princípio da legalidade. Depois, envereda-se pela casuística, indicando-se situações concretas que revelam a construção e alimentação da informalidade institucional. Revela-se, em arremate, como as instituições informais representam fator de agravamento do déficit democrático no Poder Judiciário (Capítulo 8).

No Capítulo 9, indicam-se os caminhos para a democratização do Poder Judiciário no Brasil. Primeiro, aborda-se o tema a eleição direta para os cargos de direção dos tribunais e para os órgãos de controle da magistratura, explicitando-se, com arrimo na teoria da ação, os fundamentos da desigualdade de participação hoje verificada entre os juízes. Apontam-se os panoramas possíveis para a reforma do modelo de administração das Cortes hoje vigente, em termos de modelos, considerada a tipologia de modelos historicamente sucessivos. Depois, analisam-se questões que necessariamente devem ser enfrentadas para a definição do modelo adequado (qual será o colégio eleitoral, qual o universo dos elegíveis, quem elaborará as normas internas, entre outros)

e os aspectos formais para a alteração (mudança regimental, resolução do CNJ, alteração legal, emenda à Constituição). Por fim, constata-se que a eliminação das instituições informais nefastas ao Poder Judiciário será consequência inevitável da democratização do governo da magistratura, sem perder de vista que o Conselho Nacional de Justiça, por representar um pequeno avanço nesse sentido, já vem mitigando o quadro de informalidade.

Em arremate, sustenta-se que a democratização do Poder Judiciário e a consequente eliminação das instituições informais ampliam a *accountability* e se erigem como elementos positivos para a democracia brasileira (Capítulo 10).

1. O PODER JUDICIÁRIO

1.1. A SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos poderes, celebrizado na obra de Montesquieu, foi idealizado em um momento histórico marcado pela pretensão da burguesia de limitar o excessivo poder político da monarquia absoluta, com o fito de assegurar a liberdade individual.

O intervencionismo estatal deixara de ser necessário, em face da consolidação da empresa capitalista e da hegemonia econômica da burguesia. Ansiava a classe burguesa, antes, a mais ampla liberdade, para lograr expandir, ilimitadamente, a economia capitalista.

O ideário liberal centra-se nas ideias de garantia de direitos individuais ao cidadão e da separação dos poderes, ambos incorporados ao constitucionalismo, a partir de duas vertentes principais, a história política da Inglaterra e o Iluminismo francês do século XVIII.

Em que pese a evidência de que foi Montesquieu quem melhor sistematizou a teoria da separação, inegável é a inspiração aristotélica na sua formulação. Com efeito, na *Política* (Livros III, XI e VI, XI) encontram-se os princípios que Montesquieu aplicará em sua obra *L'Esprit des Lois*, havendo Aristóteles distinguido a assembleia geral, o corpo de magistrados e o corpo judicial, advertindo quanto ao perigo de se atribuir ao mesmo indivíduo o exercício do poder.

Depois de Aristóteles, Marsílio de Pádua, Grotius, Wolf, Puffendorf, Bodin, Swift e Bolingbroke (BONAVIDES, 1976:148) intuíram em sentido bastante aproximado da concepção de Montesquieu.

No entanto foi, certamente, John Locke, em sua obra *Dois tratados sobre o Governo Civil*, quem, de forma mais autêntica, delineou a teoria da separação

de poderes, que seria utilizada por Montesquieu como técnica de salvaguarda da liberdade individual. No Capítulo XI do *Segundo Tratado*, após afirmar ser o poder legislativo o poder supremo da sociedade política, obtempera Locke que “a autoridade legislativa, ou suprema, não pode arrogar-se o poder de governar por meio de decretos arbitrários extemporâneos, mas está obrigada a dispensar justiça e a decidir acerca dos direitos dos súditos por intermédio de leis promulgadas e fixas, e de juízes conhecidos e autorizados” (1998:506). Depois, no Capítulo XII, expõe o seu pensamento quanto ao perigo que consiste em “as mesmas pessoas que têm o poder de elaborar leis tenham também em mãos o de executá-las”, afirma a necessidade de existência de um poder permanente “que cuide da execução das leis que são elaboradas e permanecem vigentes” (*ibid.*: 514-515), separando-se os poderes legislativo e executivo.

Aí estão firmadas as premissas da doutrina que será apresentada em *O Espírito das Leis*. Inquestionavelmente, Montesquieu reproduzirá as impressões lockeanas, no Livro XI, Capítulo VI, de sua célebre obra, afirmando que “quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistrados o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade [...] Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo [...]”⁽³⁾ (1995:107).

Foi, sem dúvida, a preocupação de mitigar o poder do Estado, paralelamente à função constitucional limitadora, que alçou a separação dos poderes à condição de dogma do Estado Moderno. Reflexo eloquente de tal exigência é a *Declaração de Direitos da Virgínia*, de 1776, que insculpiu, em seu texto, a regra de “que os poderes executivo e legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do judiciário” (DALLARI, 1986:184), bem assim da posterior Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que também albergou, no art. 16, este princípio como dogma constitucional: “Toute société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution”⁽⁴⁾.

A partir daí, a exigência da separação dos poderes reverberará em todos os movimentos constitucionalistas. Publius, pela pena de James Madison, no 47º *Artigo Federalista*, afirma que

o acúmulo de todos os poderes, legislativo, executivo e judiciário, nas mesmas mãos, seja de uma pessoa, de algumas ou de muitas, seja hereditário, autodesignado ou eletivo, pode ser justamente considerado a própria definição de tirania. (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993:331)

(3) Tradução livre do autor.

(4) Transcrito de Canotilho (1977:104). Tradução livre do autor: “Toda sociedade em que a garantia do direito não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”.

Associada à ideia de democracia, a separação dos poderes foi consagrada nas constituições de Estados em quase todo o mundo, principalmente pela implantação de um sistema de freios e contrapesos. A evolução prática da divisão determinou a percepção hodierna de que a teoria da separação não passa de mito. O mito, segundo Canotilho (1977:104), está em atribuir a Montesquieu um modelo teórico que conduza à teoria dos três poderes rigorosamente separados, quando a ciência política já demonstrou que tal teoria jamais existiu na obra de Montesquieu, eis que expressamente admitida a interferência de um poder em relação ao outro. O fato é que a teoria tratava, efetivamente, da combinação de poderes, como solução para o intrincado problema da harmonização das potências então existentes: rei, nobreza e burguesia.

Sendo meramente formalista, o sistema de separação dos poderes não logrou assegurar a liberdade ou a democracia. Com efeito, de acordo com o sistema partidário, a separação é mais aparente do que real. O bipartidarismo tende a reduzi-la a mera aparência se o mesmo partido detém o Executivo e a maioria parlamentar (FERREIRA FILHO, 1990:119). Por outro lado, no sistema parlamentarista — tendo por base o inglês — os poderes Executivo e Legislativo apresentam-se sobremodo juntos. “De fato, o gabinete, por ser a cúpula do partido majoritário, é que decide sobre projetos de lei, restando aos seus parlamentares apenas a formalização dessas decisões” (*idem*).

Ainda que não tenha produzido a eficiência da atuação estatal — e com isso não se preocupou Montesquieu, a quem interessa, antes, a garantia da liberdade individual —, principalmente em face das exigências que a evolução da sociedade passou a impor aos Estados, a separação dos poderes constitui um cânon, sempre associado à ideia de democracia. Por isso que, ainda nos dias correntes, a separação é mantida, formal ou aparentemente, buscando-se no rearranjo institucional uma melhor adequação para a organização do Estado, que enseje uma atuação mais eficaz.

1.2. O JUDICIÁRIO COMO PODER DO ESTADO

Enquanto prevaleceu o absolutismo monárquico, os juízes não passavam de *longa manus* do Poder Político. Assim é que a escolha dos magistrados era feita diretamente pelos detentores do comando político. Por isso mesmo, os juízes se prestavam ao papel de agentes políticos arbitrários, absolutamente fiéis aos interesses do monarca.

Esse quadro gerou imagem tão negativa da magistratura que a Revolução Francesa proibiu os juízes de qualquer espécie de exercício interpretativo das leis, sob nítida influência de Montesquieu. Com efeito, encontra-se no *O Espírito das Leis* a seguinte passagem: “Os juízes de uma nação não são,

como dissemos, mais do que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”⁽⁵⁾ (1995:112).

Cumpra registrar que, classicamente, ainda em Locke, não se vislumbra o Judiciário como poder independente, embora se reconhecesse a necessidade de existência, para a passagem do estado de natureza ao estado civil, de “Um juiz conhecido e imparcial, com autoridade para solucionar todas as diferenças de acordo com a lei estabelecida” (1998:496), mas que precisaria se sustentar em um poder que desse às decisões a devida execução.

Mesmo Montesquieu (1995:108) revela pelo Judiciário conceito pouco airoso:

Desta maneira, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, torna-se invisível e nulo, ao não estar ligado nem a uma certa situação nem a uma certa profissão. Como os juízes não estão constantemente diante dos olhos, teme-se a magistratura mas não os magistrados (...).⁽⁶⁾

Pela mesma senda trilharam os articulistas federalistas, no que respeita à ideia de independência e autonomia do Judiciário em face dos demais poderes:

[Em relação ao judiciário] pode-se dizer que não tem, estritamente, nem força nem vontade, mas tao somente julgamento, estando em última instância na dependência do auxílio do braço executivo até para a eficácia de seus julgamentos. (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993:479)

Ocorre que, se pela percepção da fragilidade do Poder Judiciário os norte-americanos construíram o “poder judiciário mais gigantesco já constituído por qualquer povo”, no dizer de Alexis de Tocqueville (1998:168), a experiência francesa posterior à Revolução, sob influência de Montesquieu, concebeu o juiz para ser escravo da lei, sem qualquer independência.

A tradição da Europa continental de redução do juiz à condição de burocrata é resultado de toda a evolução histórica do Estado Moderno monopolizador. E, desde essa época até nossos dias, a independência judicial não passa de um *desideratum*, prevalecendo a vontade do Poder Político (GOMES, 1997:29). A este modelo de juiz se opõe o anglo-saxônico, no qual o magistrado goza de independência e respeitabilidade, e que tem origem na fase embrionária do Estado Moderno, quando os juízes ingleses, à frente Edward Coke, lutaram pela autonomia em face dos senhores feudais, da Igreja e da Monarquia, no sentido de conservar a sua atividade criadora do direito (*common law*).

(5) Tradução livre do autor.

(6) Tradução livre do autor.