



## REFLEXÃO

## O Judiciário na consolidação da democracia

*The judiciary in the consolidation of democracy*  
*El poder judicial en la consolidación de la democracia*

Liana Chaib

## RESUMO

A democracia hodierna é fortemente marcada pelo repúdio à concentração de poderes, e, na feição atualizada da tripartição apregoada por Locke e Montesquieu, a democracia não desponta como um simples método de representatividade política, mas como condição da sociedade civil. Nesse cenário, destaca-se a expansão do poder judicial nas sociedades contemporâneas, em geral e no Brasil, especialmente após a Constituição de 1988, que foi pródiga no estabelecimento dos direitos sociais, e levantou questionamentos sobre a legitimidade de suas ações, principalmente quando aprecia questões que, normalmente, são pertinentes ao Legislativo e ao Executivo, uma vez que a investidura dos seus membros não se dá de maneira genuinamente democrática. Essas discussões são analisadas à luz do conceito de democracia substancial, concluindo por uma revisão na estrutura interna do poder judiciário e no perfil dos magistrados. **Descritores:** Judiciário. Legitimidade. Democracia.

## ABSTRACT

Democracy today is strongly marked by the rejection of the concentration of powers, and updated in the garb of tripartição trumpeted by Locke and Montesquieu, democracy has emerged as a simple method of political representation, but as a condition of civil society. In this scenario, there is the expansion of the judiciary in contemporary societies in general and in Brazil, especially after the 1988 Constitution, which was lavish in establishing social rights, brought up questions about legitimacy of their actions, especially when the discussion of issues that typically Legislative and Executive, as the investiture of its members do not get so genuinely democratic. These issues are examined in the light of the concept of substantial democracy, concluding appeal for a revision in the internal structure of power and profile of the judiciary. **Descriptors:** Judiciary. Legitimacy Democracy.

## RESUMEN

La democracia hoy está fuertemente marcada por el rechazo de la concentración de poderes, y con renovada tripartição dicha por Locke y Montesquieu, la democracia no emerge como un método simple de la representación política, pero también como una condición de la sociedad civil. En este escenario, no es la expansión del poder judicial en las sociedades contemporâneas en general y en Brasil, sobre todo después de la Constitución de 1988, que fue pródigo en el establecimiento de los derechos sociales, y planteó dudas sobre la legitimidad de sus acciones, sobretodo cuando aprecia la evaluación cuestiones que suelen ser pertinentes de lo Legislativo y Ejecutivo onde la investidura de sus miembros acontece de manera tan genuinamente democrático. Estas discusiones se analizan a la luz del concepto de la democracia sustancial, concluyendo por la necesidad de modificación de la estructura interna del poder judicial y el perfil de los magistrados. **Descritores:** Poder Judicial. Legitimidad. Democracia.

1 Advogada. Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 22.<sup>a</sup> Região. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará - UFC, em convênio com a Universidade Estadual do Piauí - UESPI. Doutoranda do Programa de Pós Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Professora de Direito Administrativo da Universidade Estadual do Piauí.

## INTRODUÇÃO

As sociedades que acolheram o regime democrático como o seu fiel condutor assistem ao expansivo protagonismo do Poder Judiciário nas relevantes questões políticas, sociais, econômicas ou até mesmo morais, em uma autêntica revisão de sua função institucional, e com decisivo abandono ao antanho posicionamento de mero órgão deliberativo e apático às causas sociais.

Com efeito, tem-se tornado assaz frequente atividades do judiciário pátrio, embora não seja exclusividade brasileira, transformando-o em ativo agente legiferante e de *exequator*, em detrimento das linhas tradicionais que regularmente atribuem essas funções aos Poderes Legislativo e Executivo, de acordo com a clássica teoria defendida por Locke e Montesquieu.

A bem da verdade, essa expansão da atuação do judiciário é um ilustrativo espectro do processo de amadurecimento, ou melhor, de evolução da função judicante dentro do estado democrático de direito. Não se sustenta, por óbvio, uma desfragmentação da clássica tripartição dos Poderes, mas uma nova conformação harmoniosa, de modo a não permitir que a inércia do Legislativo e do Executivo esvazie o precioso conteúdo dos direitos e garantias espreitados na Norma Ápice.

A democracia dos dias atuais não tem mais a feição de mero mecanismo de escolha de representantes, mas possui um inarredável desiderato de propiciar o bem-estar geral, razão que se apresenta cada vez mais recorrente na busca de uma noção de democracia substantiva.

Nesse passo, o Judiciário, juntamente com o desenvolvimento das modificantes necessidades da sociedade, tem alargado o seu papel, de modo a ocupar ofício que “transcende os mais elementares contornos de uma democracia

calcada apenas na regra majoritária, instaurando um novo ciclo dialógico no qual o Judiciário represente, em si, um retorno às bases ideológicas de legitimação da Constituição”. (GUERRA, p. 13).

De outro lado, como é peculiar às liberdades inerentes ao estado democrático de direito, despontam salutareos questionamentos sobre a legitimidade do Judiciário ante as noções conservadoras da democracia, bem como sobre o viés autocrático da investidura de seus membros.

À luz dessas premissas, far-se-á nos próximos tópicos uma breve incursão sobre esses pontos, tendo como guia-mor a propugnação da incisiva atuação do Judiciário como poder consolidador do estado democrático de direito.

## DESENVOLVIMENTO

### Democracia e Separação de Poderes

Notadamente, a democracia é tema obrigatório nos estudos que envolvem o exercício do poder político. A sistematização e teorização sobre as formas de governo foi abordagem frequente dos filósofos desde a Antiguidade.

Aristóteles, em sua obra “A Política”, consagrou a existência de três formas puras de governo, quais sejam: a realeza, onde o poder pertencia a uma só pessoa; a aristocracia, o governo exercido por um grupo; e a democracia, quando desempenhada pelo povo no interesse geral.

Locke entendia que a forma da sociedade política dependeria de quem fosse o depositário do poder de elaborar as leis. Quando a maioria tivesse em suas mãos todo o poder da comunidade para poder baixar e fazer executar as leis, ter-se-ia uma perfeita *democracia*. Se o poder de elaborar as leis estivesse depositado nas mãos de um pequeno número de homens seletos e de seus herdeiros ou sucessores, tem-se uma *oligarquia*.

Chaib, L.

*O Judiciário na consolidação...*

Quando retido nas mãos de um único homem, quando se tem uma *monarquia*. (LOCKE, 1998, p. 500).

Para Montesquieu “quando numa república, o povo como um todo possui o poder soberano, trata-se de uma Democracia. Quando o poder soberano está nas mãos de uma parte do povo, trata-se de uma Aristocracia. O povo, na democracia é, sob alguns aspectos, o monarca; sob outros, o súdito.” (Montesquieu, 1985, p. 31).

Enfatize-se que a prática democrática, na antiguidade, era exercida diferentemente da atual, posto que aquela se exercitava diretamente, enquanto que esta ocorre através da representatividade. A democracia “significava o que a palavra designa literalmente: o poder do *démos*, e não como hoje, poder dos representantes do *démos*.” (BOBBIO, 2009, p. 372).

Os cidadãos reuniam-se em praças públicas, assembleias e decidiam diretamente sobre a guerra e a paz, sobre finanças, sobre obras, serviços, enfim, sobre os negócios da *urbe*. A democracia associava-se à ideia da *agorá* ateniense: assembleia ao ar livre, por onde passavam os grandes oradores e os cidadãos opinavam levantando a mão.

Efetivamente, a democracia hodierna já não mais pode ser exercida em praças públicas. Estas cederam espaço ao sufrágio, onde não mais se decide diretamente, mas se escolhe quem vai decidir, quem vai representar a vontade da maioria. É a denominada democracia representativa.

Hans Kelsen, a quem Bobbio confere a insigne de um dos maiores teóricos da democracia moderna, “considera elemento essencial da democracia real (não da democracia ideal, que não existe em lugar algum) o método da seleção dos líderes, ou seja, a eleição.” (KELSEN, *apud* BOBBIO, 2009, p. 372).

À ideia de democracia, associa-se à da teoria da separação de poderes, elaborada como forma de limitar a concentração, em torno do monarca, das competências de legislar, julgar e administrar, que são próprias do regime absolutista. A relação ocorre em razão de que a separação dos poderes é vista, de um lado, como contenção e redução do poder do Estado e, de outro, como proteção à liberdade individual, donde não se poderia falar em democracia caso inexistisse separação de poderes.

A teoria da separação de poderes é obra conjunta de Locke e Montesquieu. Inspirado em Locke, montou seus postulados embasando-se na liberdade política que, a rigor, não se traduzia em fazer tudo o que se quer, mas no direito de fazer o que as leis permitem.

Para ele, a liberdade política era encontrada nos governos moderados e apenas e tão somente naqueles em que não houvesse abuso do poder, pois todo homem investido no poder tende a abusar desse poder, indo até onde encontre seus limites. Assim, pela própria disposição das coisas, torna-se necessário que le pouvoir arrête le pouvoir. Surge, por conseguinte, o traço da teoria da separação dos poderes, por meio do mecanismo dos freios e contrapesos.

Montesquieu partiu da premissa de que em cada Estado há três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. O primeiro consistia na criação das leis; o segundo, na determinação da guerra ou paz, no envio ou recebimento de embaixadas, no estabelecimento da segurança; e o último no poder de punir os crimes e julgar as questões dos particulares.

Ponderava, então, que não haveria liberdade política se o poder legislativo e o poder executivo se reunissem numa mesma pessoa, porque se poderia temer que essa pessoa criasse

Chaib, L.

*O Judiciário na consolidação...*

leis tirânicas para executá-las tiranicamente. O poder de julgar também deveria ser separado do poder legislativo ou do poder executivo, pois, do contrário, no primeiro caso, o juiz seria legislador, de maneira que o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário; no segundo, o juiz poderia ter a força do opressor. Eis as linhas básicas da teoria da tripartição dos poderes.

A teoria da separação dos poderes de Montesquieu passa a ser vista, conseqüentemente, no meio daqueles que procuravam a democracia através de seus ditames constitucionais como sistema de freios e contrapesos.<sup>2</sup>

James Madison, em defesa da necessidade da separação do poder, apregoa que a acumulação de todos os poderes, legislativos, executivos e judiciais, nas mesmas mãos, sejam estas de um, de poucos ou de muitos, hereditárias, automeadas ou eletivas, pode-se dizer com exatidão que constitui a própria tirania. (HAMILTON; MADISON; JAY, 1984, p. 393).

Desta feita, a proposta da separação de poderes teve como finalidade a garantia da liberdade individual e a eliminação do regime absolutista, advindo, então, como resposta, o surgimento do Estado Democrático.

#### **A noção de democracia substantiva no estado democrático-social**

Na atualidade, ao se falar em regime democrático, tem-se em mente, de imediato, o processo de escolha, ou seja, mediante o *voto*, os cidadãos escolhem e elegem os seus representantes, que desempenharão as funções estatais em seu nome. O voto, conseqüentemente, seria elemento consagrador do regime democrático.

O seu grande valor foi destacado por Bobbio ao citar a afirmação de um juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, quando do sufrágio de 1902, para quem “a cabine eleitoral é R. Interd. v.6, n.2, p.96-107, abr.mai.jun. 2013

o templo das instituições americanas, onde cada um de nós é um sacerdote, ao qual é confiada a guarda da arca da aliança e cada um oficia do seu próprio altar.” (BOBBIO, 2009, p. 372).

Efetivamente, que o processo de escolha tem sua importância em um regime democrático. Mas é suficiente o simples critério de escolha? A democracia estaria resguardada apenas com a questão da “escolha majoritária”, da representatividade? Seria considerado democrático um regime escolhido pelo povo, pelo critério majoritário, mas que não respeitasse os direitos fundamentais, os direitos humanos e, principalmente, os direitos da minoria? A democracia não supõe inclusive o respeito à minoria e à diversidade?

O molde liberal, no século XVIII, assentava-se nas premissas do individualismo e não intervencionismo. Barrosa (2008, p. 1) assinala que “o papel do Estado e do Direito era limitar o poder do soberano, garantir os direitos individuais frente ao Estado e assegurar o pleno exercício das habilidades do indivíduo.”

Entretanto, com o passar do tempo, esse modelo transmudou do Estado liberal para o chamado Estado-providência, nos idos do século XX, residindo sua tônica na implementação e efetivação dos direitos sociais, exigindo um maior engajamento do Estado.

Dentro desse contexto, não mais se pode aceitar uma concepção minimalista da democracia, no seu sentido meramente formal, reduzida a uma questão de método, apartada dos fins, onde a “democracia se reduz à criação e institucionalização de uma simples ordem política - isto é, um sistema de regras do jogo que faz abstração de seus conteúdos éticos e da natureza profunda dos antagonismos sociais - e que só coloca problemas de governabilidade e eficácia administrativa.” (BORON, 1994, p. 7).

Na noção substantiva de democracia, há que considerá-la também como uma condição da

Chaib, L.

*O Judiciário na consolidação...*

sociedade civil. Para Boron, a democracia repousa em duas exigências. Há de um lado “um conjunto de regras ‘certas’ do jogo que permita institucionalizar - e provisoriamente resolver - os antagonismos sociais e chegar a resultados ‘incertos’, isto é, nem sempre necessariamente favoráveis aos interesses das classes dominantes; por outro, a democracia também contém uma definição da ‘boa sociedade’ que, dialeticamente, finaliza no socialismo.” (BORON, 1994, p. 8).

Assim, somente poderemos estar diante de uma real democracia se a regra da maioria também respeitar os direitos da minoria. Ademais, há que garantir a efetivação, manutenção e resguardo dos direitos humanos e fundamentais. A não existência desses ingredientes acarretaria, por outro viés, um retorno ao arbítrio e, quiçá, à ditadura da maioria.

### **O Alargamento do Papel do Judiciário diante do Estado Social-democrático**

Obviamente, com o Estado Democrático Social, passou-se a exigir maior participação dos poderes estatais, pois o regime não mais se contentava com um papel meramente observador do Estado, mas clamava por uma atuação eficaz e premente na implementação e proteção dos direitos sociais.

No Brasil, a Constituição de 1988 foi o marco da nova ordem constitucional. Mondaini (2009, p. 98), bem destaca esse papel atuante consagrado no ordenamento constitucional:

Chamada de ‘Constituição cidadã’, a nova Carta Magna representa uma referência legal indubitável para a luta em torno da afirmação histórica dos direitos humanos em nosso país, muito em função do fato de ter trazido consigo os princípios mais progressistas das tradições políticas liberal-democrática (o pluralismo político, a separação dos poderes do Estado e a representação eleitoral) e social-democrática (participação e combate às

desigualdades sociais e regionais), sem desprezar as demandas de caráter multifacetado apresentadas pelos chamados novos movimentos sociais, ou seja, a defesa do bem comum no respeito à diversidade de origem, raça, sexo, cor, idade, etc.

Considerando-se o tamanho das demandas oriundas dessa nova ordem, delineou-se uma ineficácia e inércia, por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, que não conseguiam dar vazão às necessidades oriundas sobretudo dos movimentos sociais, comprometendo o conceito de democracia substancial. Nesse contexto, o Poder Judiciário passa a dar respostas à sociedade, redimensionando suas funções, à conta de garantir os direitos sociais e humanos, tarefa não executada, a contento, pelos demais Poderes.

Destarte, a participação do Judiciário despontou vertiginosamente no cenário com os outros poderes, elevando-se como uma das ferramentas necessárias para a concretização da passagem de um “Estado liberal-democrático” para um “Estado social-democrático”, na medida em que possibilitou a conquista dos direitos plasmados no texto constitucional.

Em verdade, esse fenômeno da expansão do Poder Judiciário não ocorreu isoladamente no Brasil, mas é marca das sociedades democráticas contemporâneas, encontrada tanto nos EUA como na Europa. Barroso (2008, p. 2) nos dá conta que “no Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem teste com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte no julgamento de *Bush x Gore*. Em Israel, a Suprema corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico,

Chaib, L.

protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment*”.

Assim, é nesse contexto que, hodiernamente, o Judiciário se insere: de um lado, os Poderes Legislativo e Executivo, dotados de legitimidade em processo democrático de escolha pela maioria, mas, ao mesmo tempo, incapazes de executarem políticas destinadas à materialização dos direitos advindos do texto constitucional.

De outro, as pressões cada vez mais intensas de movimentos sociais a demandar sua atuação como garantidor do Estado Social, exigindo uma tomada de posição caracterizada, por vezes, de “política judiciária” ou “judicialização”, com a atuação plena do Judiciário na solução de altas questões de repercussão política ou social, próprias da seara do Legislativo ou Executivo.

### **A Legitimidade do Poder Judiciário no regime democrático**

A intervenção cada vez mais crescente do Judiciário em matérias atinentes aos demais Poderes, com imposição de condutas, sobretudo no campo das políticas públicas, leva a se questionar da sua legitimidade, já que, ao contrário dos demais, seus membros não foram escolhidos pela maioria, ocasionando, assim, um descompasso com as características da democracia de eleição dos detentores de poder pelo povo, única possibilidade legítima de exercício do poder.

Efetivamente, os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo. Então, como poderiam R. Interd. v.6, n.2, p.96-107, abr.mai.jun. 2013

*O Judiciário na consolidação...*

anular decisões daqueles que foram escolhidos pela maioria e representam a vontade popular? Luís Barroso (2008, p. 10) recrudescer esse questionamento ao dizer que “a possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República - sufragado por mais de 40 milhões de votos - ou do Congresso - cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular - é identificada na teoria constitucional como *dificuldade contramajoritária*.”

As abordagens sobre a especificidade da legitimidade do Poder Judiciário são várias.

Gomes *apud*, Barroso (2008 p. 6) admite existir duas formas distintas de legitimação: uma representativa e a outra legal e Constitucional. Aquela, seria própria dos ocupantes de cargos públicos eletivos, enquanto esta seria própria dos membros do Judiciário, que teriam sua legitimidade concebida pelo Poder Constituinte, residindo sua vinculação à lei e à Constituição, oriundas do Poder Político. Aliada à legitimação legal, há a legitimação substancial, consistente na função e capacidade de tutelar os direitos fundamentais.

Zaffaroni *apud*, Barrosa (p. 7) admite a origem não democrática do Judiciário. Entretanto, adverte que “nem tudo que provém do voto popular é necessariamente democrático; em contrapartida, uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessário para sua continuidade, como ocorre com o judiciário.”

Para Comparato (2004, p. 151), a legitimidade advém do prestígio e do repouso moral que o Judiciário possui junto à comunidade. Para esse respeitado professor, “o fator que compatibiliza o Poder Judiciário com o espírito da democracia (no sentido que Montesquieu conferiu ao vocábulo) é um atributo eminente, o único capaz de suprir a ausência do sufrágio eleitoral: é

Chaib, L.

aquele prestígio público, fundado no amplo respeito moral, que na civilização romana denominava-se *auctoritas*: é a legitimidade pelo respeito e a confiança que os juízes inspiram no povo. Ora, essa característica particular dos magistrados, numa democracia, funda-se essencialmente na independência e na responsabilidade com que o órgão estatal em seu conjunto, e os agentes públicos, individualmente considerados, exercem as funções políticas que a Constituição, como manifestação original de vontade do povo soberano, lhes atribui.”

No mesmo viés, Moraes (2001, p. 15) realça, como outro grande pilar que sustenta a legitimidade da justiça, a aceitação de suas decisões não só pelos demais Poderes, mas, sobretudo, pela opinião pública, de onde surge a exigência da fundamentação e publicidade de suas decisões.

Considerando tais aspectos materiais, o Poder Judiciário legitima-se por ser garantidor do funcionamento das regras do jogo (no aspecto formal), bem como da implementação e proteção dos direitos fundamentais, muitas vezes relegados e pisoteados pelo Poder Executivo e, deixados à escanteio pelo Poder Legislativo, que sequer cumpre o seu papel de legislar sobre matérias que a Constituição deixou a seu mister. O Judiciário, na medida em que garante os valores constitucionais, é antes um reforço à democracia do que propriamente um risco.

No tocante à sua legitimidade formal, é evidente que esta decorre do próprio Poder Constituinte que, eleito pela vontade soberana do Povo e organizado em Assembléia Constituinte, atribuiu-lhe a função de ser o lastro do Estado de Direito, quer no sentido de vincular todos os Poderes à Constituição, quer no de fazer valer os valores e princípios nela encravados.

Obviamente, consoante referenciado linhas antes, outro fator legitimador é a aceitação e respeito que a comunidade civil tem pelo órgão

R. Interd. v.6, n.2, p.96-107, abr.mai.jun. 2013

*O Judiciário na consolidação...*

judiciário, na medida em que o próprio povo possa “enxergá-lo como o último bastião na defesa dos Direitos Fundamentais.” (MORAES, 2001, p.16).

Barroso (2008, p. 11-12) chama a atenção para o grande papel que deve desempenhar a Constituição e, conseqüentemente, o Judiciário, órgão que exerce a jurisdição constitucional:

A Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância do poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios - não de política - e de razão pública - não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.

Nesse panorama, a questão da crítica exacerbada em torno da legitimidade do Poder Judiciário, em razão de seus membros não serem escolhidos pelo Povo, pode ser amainada à medida que decidam com independência e responsabilidade, mas também com a humildade que deve revestir todo ser humano, pois os juízes são gente do povo, com angústias, medos e sentimentos, não se mantendo encastelados em uma torre de marfim, inacessível e cada vez mais distante do povo. Juízes afastados do povo transformam-se em “verdadeiros misantropos. No final, o juiz não conhece a sociedade e não se faz entender por ela.” (CINTRA JÚNIOR, 1994, p. 23).

A legitimidade se robustece proporcionalmente ao grau de sua independência, responsabilidade, controle e credibilidade junto à comunidade.

Chaib, L.

*O Judiciário na consolidação...***As mazelas da investidura dos membros do Judiciário**

Evidentemente que centrar a questão da legitimidade de um Poder apenas quanto ao seu aspecto de origem é um reducionismo que deixa a desejar. Já enfatizamos acima outros aspectos importantes para um maior dimensionamento do tema.

Para que se reforce a questão da legitimidade, uma das facetas que deve ser analisada encontra-se no grau de independência do juiz, matéria correlacionada com o seu ingresso e como o exercício do poder Judiciário encontra-se organizado no seu interior. A outra, refere-se ao tema instigante da prestação de contas de sua atividade, ou seja, a responsabilidade.

A independência pode ser vista sob dois ângulos: a independência do Judiciário frente aos outros Poderes e a independência funcional ou hierárquica, relativa ao interior do próprio órgão.

Há dois diferentes sistemas de seleção dos magistrados denominados *spoils systems* e *merit systems*. No primeiro, a escolha do magistrado dá-se pelo grupo que está no poder, vinculando-o ao governante; já no segundo, o critério funda-se no mérito, podendo ser distintos os métodos de escolha, quais sejam: concurso público, voto popular, notório saber etc. Em cada um deles prioriza-se ou o critério técnico ou político.

No Brasil, é predomínio o ingresso pela via do concurso público (*merit system*), prevalecendo o critério técnico, onde se procura a excelência no conhecimento jurídico. Para a nossa cultura, influenciada fortemente pelo clientelismo, pelas relações de amizade, parentesco ou conveniência, parece ser este o meio mais conveniente e democrático, no sentido de não vinculação de suas decisões a favores políticos.

Embora indubitável que esse critério transparece ser a melhor forma de recrutamento, ainda assim há deficiências graves, que acabam

por repercutir na prestação jurisdicional, pois interfere no perfil do magistrado.

Algumas mazelas do concurso ocorrem porque as provas concentram-se apenas no conhecimento técnico-jurídico, não interrelacionando um contato com outras disciplinas essenciais como o humanismo, a lógica dialética, a ética etc. O resultado mais pernicioso nesse processo é um distanciamento do magistrado com os problemas sociais, ocasionando ordinariamente decisões distorcidas dos valores latentes de equidade e justiça da comunidade.

Entretanto, já para o acesso às instâncias superiores, outros critérios se permeiam, maculando a tão almejada independência. “O processo existente hoje é altamente autoritário e excludente, e afasta os próprios membros do Poder Judiciário, beneficiando apenas os integrantes de sua cúpula” (BARROSO, 2008, p. 9).

A estrutura interna do Poder Judiciário dista da época de Napoleão, e possui a forma piramidal onde no topo ficam os órgãos de cúpula, cabendo-lhes o controle quer na atividade-fim, com a revisão das decisões de graus inferiores, quer na atividade-meio, com a própria administração dos servidores e magistrados, “controlando, sob todos os ângulos, o estatuto do juiz, desde o recrutamento até o regime disciplinar, passando pelas promoções” (ROCHA, 1995, p. 45).

Mais a mais, a própria escolha dos dirigentes dos Tribunais dá-se de modo autocrático, cabendo o poder decisório centrado em uma minoria, constante dos próprios membros do Tribunal, da própria cúpula, sem a participação direta ou indireta da maioria dos outros segmentos dos graus inferiores. Essa forma de escolha fere o critério democrático e cria uma casta impregnada de vaidades e estrelismos.

Um outro aspecto que acentua ainda mais o caráter autocrático é o procedimento da denominada promoção por merecimento, que

Chaib, L.

ocorre em um revezamento com a antiguidade, acarretando uma relação promíscua em dois níveis: internamente, com o próprio Tribunal, quando da escolha da lista tríplice, com a exclusão da participação dos demais, e externamente, com o Executivo, pois, ao fim do processo de escolha da lista tríplice, o nome é indicado pelo chefe do Executivo, favorecendo um compromisso do magistrado com aqueles que o alçaram ao Tribunal.

A relação que se estabelece é de devedor frente àqueles que lhe credenciaram a promoção. A partir desse critério, passa-se a falsear a independência conquistada na investidura inicial, bem como se fragiliza a independência entre os Poderes.

Vislumbrando o perigo dessa relação perniciosa, Rocha (1995, p. 46) alerta que “a posição do juiz na categoria de servidor público coloca-o debaixo da sujeição administrativa dos tribunais de quem pode esperar ou uma rápida ascensão na carreira, se lhe é dócil à orientação, ou à marginalização, se lhe é hostil.”

Mais gravemente ainda é o que ocorre com a escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, onde se acentua bem mais a natureza política da seleção, uma vez que o magistrado é escolhido e nomeado pelo Presidente da República. O que comumente ocorre é que, ao alçar ao cargo, por vezes já não se encontra comprometido com a defesa da Constituição e proteção dos direitos fundamentais, mas com os interesses e idiosincrasias do governante.

Á toda evidência que Executivo e Legislativo embasam-se em valores diferentes do Judiciário. “O juiz, ao contrário do político, exerce função técnica e não deve agradar as maiorias (busca de votos) ou julgar de acordo com conveniências políticas. A falta de um judiciário adequado para esta tarefa é susceptível de provocar uma grave insegurança jurídica, com o conseqüente perigo à democracia. Daí ser R. Interd. v.6, n.2, p.96-107, abr.mai.jun. 2013

*O Judiciário na consolidação...*

imperativo que os membros do Poder Judiciário não sejam acometidos por pretensões políticas ou suas decisões sofram influxos de pressões político-partidárias” (DENZ, p. 10).

Há, portanto, que se reformular os critérios de ascensão dos magistrados às Cortes Superiores, para que se esmaça essa relação promíscua com o Executivo e com os próprios membros superiores, internamente. Melhor seria que a escolha de Ministros para o Supremo Tribunal Federal se desse pelo Senado Federal, com quorum qualificado de dois terços dos senadores, após elaboração da lista tríplice. De igual maneira, com os demais Tribunais Superiores.

Quanto à promoção por merecimento, teria que ser eliminada e repensada uma outra forma, talvez com um concurso público interno ou mesmo com a participação de um espectro maior da categoria, ou seja, com os demais segmentos da base.

Outro fator que induz à vassalagem entre Judiciário e Executivo é a autonomia financeira que, na prática, é inexistente, posto que sempre dependente do repasse pelo Executivo. Enquanto o Poder Judiciário não estiver dotado de orçamento próprio, haverá mero simulacro de independência. Vergonhoso é o sistema de precatórios em nosso país, onde o Executivo repassa os valores que bem entende, ficando o Judiciário de “pires na mão” a pedir e implorar pelo aumento do repasse. Agora, com a emenda do Precatório, reformulou-se um pouco esse parâmetro, mas longe está de ser satisfatório. Ademais, a Lei de Responsabilidade Fiscal fixou limites de despesas de pessoal para com o Judiciário, sem sua participação na elaboração da lei, engessando o aumento do número de juízes, ocasionando o estrangulamento da prestação jurisdicional.

A esse respeito, Comparato (2004, p. 155) alerta que “é indispensável e urgente iniciar uma vigorosa campanha nacional para a fixação, por lei

Chaib, L.

*O Judiciário na consolidação...*

complementar, de um número mínimo de juízes de primeira instância, na União, nos Estados e no Distrito Federal, em função do número efetivo de habitantes, e de uma correspondente proporção mínima de magistrados dos tribunais de segunda instância, em relação aos juízes de primeira instância, bem como de um número mínimo de membros dos tribunais superiores, em relação aos integrantes dos tribunais de segunda instância.”

Mas, o grande calcanhar de Aquiles do Judiciário é efetivamente a questão do controle de suas atividades, da prestação de contas dos seus atos à sociedade. Em um Estado de Direito não se concebe a existência de poder absoluto. Democracia, Estado de Direito e ausência de controle são incompatíveis. Há que se dar visibilidade aos atos do Judiciário.

François Guizot, ao mencionar as múltiplas definições de democracia, prefere a que se apresenta como “o poder em público.” E justifica isso nas seguintes assertivas:

Uso essa expressão sintética para indicar todos aqueles expedientes institucionais que obrigam os governantes a tomarem as suas decisões às claras e permitem que os governados “vejam” como e onde as tomam.”...Não há nenhuma representação que se passe em segredo e a portas fechadas; representar significa tornar visível(...)um ser invisível por meio de um ser que está presente publicamente” (BOBBIO, 2009, p. 386-387)

Portanto, nas palavras de Bobbio, o controle é elemento da democracia, pois “o poder tem em irresistível tendência a esconder-se” (BOBBIO, 2009, p. 387).

Atualmente, coexistem dois órgãos que, a rigor de verdade, foram criados para exercerem esse papel de Censor do Judiciário: O Conselho Nacional de Justiça e as Corregedorias dos Tribunais. Entretanto, tais órgãos são destituídos de representação popular. A pergunta que se faz é: quem controlaria o próprio Supremo Tribunal Federal e suas distorções, quer da conduta dos

seus membros, quer da lentidão dos seus julgamentos?

Não creio ser incompatível uma fiscalização dotada de representação popular, com competências para fiscalização das condutas dos magistrados, inclusive e, em especial, daqueles pertencentes ao STF. O controle, obviamente, não seria meritório de suas decisões, mas comportamental.

Entretanto, esses órgãos, por mais das vezes, acabam por extrapolar de suas finalidades, interferindo diretamente com a atividade jurisdicional do magistrado e levando à decomposição de sua legitimidade. Com a frequente edição de normas baixadas pelas Cúpulas dos Tribunais, castra-se a independência do juiz, sobretudo o de primeiro grau, inclusive no seu livre decidir. Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça editou norma estabelecendo como critério para a promoção por merecimento, serem suas decisões confirmadas pelo Tribunal.

Ora, o grau de legitimidade do Judiciário não se mede em razão da anuência de suas decisões pelas Cúpulas, mas da aceitação da própria sociedade.

Como alternativa, poder-se-ia então instituir outro órgão mais democrático, onde houvesse a representatividade de todos os atores jurídicos, como membros do Ministério Público, Defensoria, advogados, professores universitários e membros da sociedade civil, estes escolhidos pelo Legislativo, todos representados em proporções iguais na sua composição.

Conclui-se que a legitimidade não resta comprometida apenas e tão somente porque os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo. A legitimidade também é abalada por fatores outros que põem em risco a ação do Judiciário no zelo com a democracia.

A figura do juiz deve ser vista pela sociedade civil “como um poeta, alguém que morre de dores que não são suas, alguém que vive

Chaib, L.

o drama dos processos, alguém capaz de descer às pessoas que julga, alguém que capta os sentimentos e aspirações da comunidade, alguém que incorpora na sua alma e na sua vida a fome de justiça do povo a que serve.” (HERKENHOFF, 1996, p. 178) .

## CONCLUSÃO

Nos últimos dez anos, o Poder que mais ganhou visibilidade foi o Judiciário. Vivemos, por assim dizer, a era do Judiciário. A sociedade vem tomando consciência dos seus direitos e, conseqüentemente, como exercício da cidadania, passou a exigí-los.

Os demais Poderes quedaram-se inertes na implementação dos direitos consagrados na Carta Constitucional de 1988, deixando um espaço vazio a ser preenchido pelo Judiciário.

Assistimos, confusamente, o Judiciário fazendo às vezes do Legislativo ou do Executivo. Essa postura causa questionamentos sobre a sua legitimidade, posto que os juízes que decidem não são eleitos pelo Povo, contrariando o regime democrático.

Ocorre que a democracia não se resume ao princípio majoritário. Democracia material é a implementação e resguardo dos direitos humanos, bem como preservação dos direitos da minoria. Desta feita, o Judiciário é o instrumento realizador dos mandamentos que preservam a dignidade da pessoa humana, portanto, consagrador da própria democracia.

O que se necessita é de mudanças de regras na estrutura interna do Judiciário, para que se tenha uma melhor prestação jurisdicional, com juízes independentes e ciosos de suas responsabilidades, sobre as quais deve prestar contas à sociedade. Os juízes devem interagir com a sociedade para que o povo possa saber sobre o órgão que decide os assuntos que lhe são

R. Interd. v.6, n.2, p.96-107, abr.mai.jun. 2013

*O Judiciário na consolidação...*

pertinentes. Decisões motivadas e em consonância com as aspirações sociais geram credibilidade, fator que reforça a legitimidade.

Mecanismos como a TV Justiça devem ser desenvolvidos para que o povo conheça os meandros do Poder Judiciário e as discussões sobre direito e justiça.

Por fim, a legitimidade será cada vez maior, à medida que as decisões sejam direcionadas a salvaguardar os valores democráticos, juntamente com os direitos humanos.

## REFERÊNCIA

- BARBOSA, C. M. **O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro**. [S.l.], 2008. p. 9. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/Anais/Claudia%20Maria%20Barbosa.pdf>> Acesso em: 8 nov 2010.
- BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **RDE. Revista de Direito do Estado**, v. 13, p.71-91. 2009. p. 10-12. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 8 de nov 2010.
- BARROSO, L. R. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. 2010. p. 2. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/web/pt/noticias/>> . Acesso em: 8 de nov 2010.
- BOBBIO, N. **Teoria Geral da Política - A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos**. São Paulo: Campus, 2009. p. 372-387
- BORON, A. A. **Estado, Capitalismo e Democracia na América Latina**. São Paulo: Paz e Terra, 1994. p. 7-8.
- CINTRA JÚNIOR, D. A. D. O Juiz cidadão. Esboço de uma Crítica. **Revista Alter Agora**. Florianópolis, n. 2, nov. p. 20-24. 1994. p. 23.
- COMPARATO, F. K.. O Poder Judiciário no regime democrático. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 18, n. 51, mai/ago. 2004. p. 151-155.
- DENZ, G. F. H. A legitimidade democrática do

Poder Judiciário e a politização partidária do juiz. **Revista Eletrônica da Associação dos Magistrados Paranaenses**. Paraná. Disponível em: <http://www.fagundescunha.org.br/amapar/artigo.html>. Acesso: em 8 de nov 2010. p. 10.

GUERRA, G. R. **A EXPANSÃO DO PODER JUDICIAL NO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: Distorção sistêmica ou necessidade contemporânea?**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/32552/public/32552-39665-1-PB.pdf>. Acesso em: 8 de Nov. 2010.

HAMILTON, A. **O Federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1984.

HERKENHOFF, J. B. **A formação do operadores jurídicos no Brasil - Ética, Justiça e Direito (Reflexões sobre reforma do judiciário)**. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 178.

LEITE, E. G. **Ativismo Judicial**. BDJur, Brasília, DF, 5 maio 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16980>>. Acesso em: 8 de nov 2010.

LOCKE, J. **Dois Tratados sobre o Governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 500.

MONDAINI, M. **Direitos Humanos no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2009. p. 98.

MONTESQUIEU, C. L.S. **Do espírito das leis**. Os pensadores. 3. Ed., São Paulo: Abril cultural. 1985  
Victor Civita. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 31.

MORAES, A. Legitimidade da Justiça Constitucional. **Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 8, nov. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 8 de nov 2010. p. 15-16.

ROCHA, J. A. **Estudos Sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 45-46.

**Submissão: 16.01.2012**

**Aprovação: 30.01.2013**