A Nomeação Política de Magistrados e a Separação de Poderes: As Consequências do Patrimonialismo no Judiciário Brasileiro

Daniel Damasceno Leitão

RESUMO

O presente estudo pretende mostrar, a partir de uma abordagem histórico-sociológica do Brasil, como a nomeação política de juízes aos tribunais pode ser perniciosa à democracia nacional. Uma análise do desenvolvimento da doutrina da separação dos poderes e dos critérios de recrutamento de magistrados é feita pela ótica das raízes patrimonialista brasileira com o intuito de buscar as implicações da adoção desse sistema. Conclui-se que sem a desvinculação político-partidária do critério de escolha dos julgadores não será possível alcançar a independência plena do PoderJudiciário ante os Poderes Políticos, o qual é fator necessário para o triunfo do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Poder Judiciário; Nomeação; Separação de Poderes; Patrimonialismo; Independência.

INTRODUÇÃO

A palavra República significa etimologicamente coisa (res) pública (publica), sendo assim incompatível com o Estado Patrimonial, no qual não há uma nítida separação entre o bem comum e o bem particular. No entanto, tal fato não parece ser um empecilho para que tanto o republicanismo quanto o patrimonialismo coexistam no Brasil.

Por isso, a confusão na distinção entre a coisa pública e a coisa privada está na raiz do locupletamento de dinheiro e bens públicos por particulares, da inefficiência burocrática, das práticas de nepotismo e clientelismo, do “jeitinho” brasileiro, do paternalismo estatal dentre outras, tão comumente difundidos em território latino.

A proclamação da Independência em 1822 rompeu os laços da Colônia com a Metrópole, iniciando uma nova fase no desenvolvimento do País. Era necessário superar a estrutura agrária de exportação para o crescimento do comércio e da indústria interna. A Constituição de 1824 carregava o espírito liberal da época e parecia ser o rompimento com a velha ordem. Todavia, as esperanças seiram pelo caminho.

19 Graduando em Direito pela Universidade Federal do Ceará.
O Estado Patrimonial não desapareceu com o advento da Carta Liberal; houve, na verdade, uma mistura de patrimonialismo e liberalismo, imperando um sistema misto ou eclético (TORRES, 1991). A existência de um Imperador detentor de um Poder Moderador, a permanência de privilégios para a aristocracia, a confusão do patrimônio real com o erário público, a economia mercantilista e a crença na busca da felicidade pelo Estado confirmam essa realidade.

A esperança foi adiada para a proclamação da República em 1889, na expectativa de que, com o fim da monarquia, o patrimonialismo sucumbisse e o liberalismo finalmente assumisse sua plenitude. Não ocorreu. Oligarquias ruralistas tomaram conta do poder e governaram para si, na política que ficou conhecida como “café-com-leite”. A República já nascia velha.

A história brasileira do século XX mostra tentativas frustradas em superar a velha ordem rumo ao progresso: governos autoritários, populistas, democráticos e uma ditadura militar. “Isso porque a ausência de distinção entre a esfera do interesse privado e a esfera do interesse público constitui um dos traços mais característicos do sistema de autoridade tradicional patrimonialista, vigente em nossa terra” (PENNA, 1988, p. 183), o que tem impossibilitado quaisquer reformas efetivas sem a devida compreensão desse fenômeno sociocultural e suas consequências no campo político.

Com efeito, o Estado Patrimonial caracteriza-se, nas palavras de João Camilo de Oliveira Torres (apud PENNA, 1988, p. 183), por ser o ente estatal “o bem particular dos amigos do grupo dominante”, isto é, um bem de família, cuja finalidade é a mesma da empresa privada: o lucro pessoal. Assim, a classe política se apropria do poder público em proveito próprio ou alheio, aquém da vontade geral – como se o bem comum fosse de ninguém ao invés de todos.

A cultura patrimonialista e a prática de desvirtuamento das leis, popularmente conhecida como “jeitinho”, se relacionam intimamente com o espírito aventureiro do brasileiro (HOLANDA, 2013), que busca alcançar a prosperidade material por meio do menor esforço possível, causando, na esfera pública, a prevalência do interesse privado sobre o geral.

Tal fato é mais visível nas relações de poder político que envolvem troca de favores ou vantagens a particulares (fisiologismo), como na distribuição de cargos comissionados por critérios personalíssimos em vez de técnicos. Por isso, o critério orientador do ingresso e sucesso no serviço público não é o da competência e eficiência, mas o da simpatia do homem de influência em relação ao favorecido, por motivos de amizade ou parentesco (PENNA, 1988, p. 213).
Ainda que sejam imorais tais práticas, sempre há a possibilidade de um jeito, qual seja, nomear politicamente cargos públicos visando o controle total sobre o estamento burocrático estatal pelo governante, pois a “escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias.

Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático” (HOLANDA, 2013, p. 146). Ou seja, abandonam-se os critérios objetivos em favor dos critérios subjetivos, tendo em vista que “entre a carreira política e a dos empregos há uma conexão íntima e necessária, servindo o Estado como o dispenseiro de recursos, para o jogo interno da troca de vantagens” (FAORO, 2014, p. 447).

Todavia, quando essa prática vai além das entranhas da política e passa a atingir também o Judiciário, não apenas as políticas públicas se tornam ineficazes, mas também todo o ordenamento jurídico, pois impera a máxima “os favores para os amigos e a lei para os inimigos”. Portanto, as relações afetivas entre os indivíduos devem permanecer fora da esfera pública com o intuito de preservar a impessoalidade própria do serviço público.

Porém, a frequência com que os homens públicos se locupletam do Estado para satisfazer interesses particulares, confirmando a herança patrimonialista brasileira, traz dúvidas sobre a imparcialidade dos Poderes Políticos na nomeação de juízes para tribunais, respeitando-se os requisitos basilares da promoção de carreira: mérito, competência, eficiência, integridade, entre outros; carecendo de maiores estudos. Além disso, busca-se uma justificativa para o exercício dessa prerrogativa pelo chefe do Poder Executivo, se se trata de garantia realmente necessária para o equilíbrio de poderes.

Uma abordagem histórico-comparativa se faz necessária para verificar a influência dos processos do passado nas instituições atuais, posto que o texto legal não pode, por si só, criar força normativa para alterar as estruturas da realidade, ignorando os reais fatores de poder presentes na sociedade (HESSE, 1991), sob o risco de se tornar mera folha de papel (LASSALLE, 1933).

É crucial, pois, a identificação da raiz do problema estudado, para que o ordenamento jurídico, a partir de um diagnóstico preciso, possa direcionar corretamente as condutas sociais consideradas viciadas.

Para alcançar tal fim, cumpre realizar uma breve investigação histórica de como se desenvolveu a doutrina da separação de poderes (seção 2). Feito isso, é crucial analisar os critérios de seleção e modelos de magistratura como também estudar suas garantias
institucionais (seção 3) para, somente então, arrematar-se as implicações do critério de recrutamento adotado na independência jurisdicional (seção 4).

Assim, a finalidade precípua deste trabalho é apontar as falhas do sistema brasileiro de escolha de magistrados para órgãos colegiados, que geralmente envolve tráfico de influências e troca de favores mediante a ação política, e sugerir possíveis soluções para afastar ao máximo esses defeitos, em prol de um processo mais objetivo e transparente, respeitando o merecimento e a antiguidade dos candidatos, valores consagrados na Lei Fundamental brasileira (art. 93, II).

Por derradeiro, é válido ressaltar que a existência de influências políticas em decisões judiciais de tribunais devido ao critério de recrutamento pode ser apenas uma exceção em meio a uma regra, cuja ocorrência é, entretanto, inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

1 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES


Seu cume máximo se deve a Montesquieu, autor da obra *O Espírito das Leis*, segundo quem havia três poderes harmônicos e independentes entre si, de modo que um não pudesse usurpar o outro, tendo em vista que a liberdade política somente é alcançada em governos moderados, nos quais o poder limita o poder (MONTESQUIEU, 2005).

Influenciado por Locke, o filósofo francês exaltou o poder de legislar, dando aos julgadores da lei um papel subsidiário na composição do Estado. Porém, foi além do direito natural lockiano e propôs uma técnica de organização do Estado, consoante a qual seria necessária a criação de instituições independentes e distintas para autolimitar o poder estatal e garantir a liberdade individual.

---

20 Válido mencionar que são questionáveis as críticas de Paulo Bonavides (2007, p. 44 e ss.) à teoria de Montesquieu ter idealizado uma divisão entre os poderes de sorte que não pudesse haver interferência entre eles,
Assinalou que o poder de julgar deve ser exercido por cidadãos do povo, e não profissionais, para formar um tribunal que só dure o tempo necessário para o exercício de sua função, pois, sendo temível a magistratura, esse poder é invisível e nulo (MONTESQUIEU, 2005). Assim, os juízes nada mais seriam do que a boca que pronuncia as palavras da lei (la bouche de la loi), pois quem determinara o espírito das leis foram os legisladores.

Essa ideia tem origem no período iluminista, anterior à Revolução Francesa (L’Espirít de la Lois foi publicado em 1748), quando os philosophs não vendo nos juízes representantes do povo, mas aristocratas vinculados ao rei e à Igreja, não concebiam a interpretação das normas jurídicas pelos magistrados, pois havia o risco do espírito do legislador, verdadeiro representante da vontade geral, ser desvirtuado\(^\text{21}\).

Por isso, a figura do magistrado, temível por Montesquieu, remete a meros burocratas subjugados ao poder do soberano, uma vez que a configuração do Poder Judicial era hierárquica, permitindo o controle por uma cúpula de confiança do chefe do Poder Executivo (ROCHA, 1995), o qual nomeava discricionariamente os juízes.

Contudo, à medida que as lacunas foram aparecendo e a incapacidade de resolver todos os problemas dos conflitos humanos respeitando apenas os dispositivos legais, o modelo francês do juiz “boca da lei” foi perdendo força.

A complexidade com que são resolvidos os conflitos, após o uso de métodos hermenêuticos para a melhor interpretação da lei, jamais poderia ser solucionada da forma desejada pela exegese do texto normativo. Então, os magistrados não poderiam ser meros autômatos reprodutores das leis, pois mesmo a mais clara das leis carece de interpretação.

Essa inversão no papel do Judiciário se deve às mudanças nas estruturas econômicas e sociais experimentadas ao longo do século XX, transformando a qualidade e a quantidade da demanda jurídica, de modo a requerer do juiz participação na tarefa de criação do Direito. No entanto, o modelo napoleônico do século XIX, que estruturou o Judiciário militarmente (ROCHA, 1995), deixa resquícios até hoje na estrutura da Justiça brasileira, como no caso da nomeação de juízes às cortes pelo chefe do Executivo.

2 A INDEPENDÊNCIA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO


\(^{21}\) Tal fato evoca influência até os dias atuais na França, pois, por exemplo, não há controle judicial de constitucionalidade, sendo o Legislativo incumbido da tarefa de fazer um controle preventivo das leis.
O Poder Judiciário, por sua essência e função, é o único dos três Poderes que não tem o caráter representativo. A necessidade de se postar como terceiro diante das partes, alheio à lide no processo, é característica intrínseca ao Estado-juiz, motivo pelo qual os cidadãos abdicam da resolução de conflitos privadamente (autotutela) para buscar a jurisdição. Por isso, não há que se falar em os juízes escutarem a "voz do povo" ao momento do julgamento, pois o "juiz subordina-se somente à lei, sendo inteiramente livre na formação de seu convencimento e na observância dos ditames de sua consciência" (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2014, p. 183). Isto é, o julgador deve prezar pelo cumprimento das leis, não se influenciando sobremaneira pela opinião pública ou pressão midiática em um caso concreto.

Com efeito, os juízes não estão em situação de inferioridade em relação aos políticos pelo único fato destes terem sido escolhidos pelos cidadãos. O Terceiro Poder se encontra no mesmo nível de igualdade em relação aos outros dois Poderes, de modo que cada um tem a sua função na composição do Estado.

No Brasil, os magistrados não são eleitos pelo povo nem são seus representantes; sua legitimidade advém, portanto, da própria Carta Magna. Dessa forma, é inerente ao bom funcionamento da Justiça a independência dos magistrados para julgar as leis de acordo com sua convicção jurídica, livre de pressões internas e externas, a fim de tomar decisões com imparcialidade e em conformidade com o ordenamento jurídico.

2.1 Garantias da magistratura

O juiz, responsável por dar a última interpretação do texto legal, apresenta-se com uma função crucial na composição do Estado, tendo em vista ser capaz de dar eficácia à norma jurídica. Hodiernamente, a atividade jurisdicional contraria interesses político-

---

22 Na estrutura judiciária do socialismo, “[o] pretexto de que unicamente a eleição pelo povo ou por seus representantes legitima o poder dos juízes (esgrimindo em outros âmbitos para nomear os amigos ou os neutros), servia neste raciocínio para cancelar completamente a independência judicial, que só era proclamada formalmente.” (ZAFFARONI, 1995, p. 114).

23 Em contrapartida, “[a] vinculação à lei e a independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade. Seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de ameaça a sua independência. Essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre-arbítrio da interpretação judicial. A garantia da independência dos juízes somente é tolerável, porque outras funções estatais e a esfera pública pluralista fornecem material para a lei.” (IABERLE, 1997, p. 31-32).

24 Não buscamos, todavia, com essas palavras esgotar a profunda e complexa problemática hermenêutica em torno da teoria da decisão judicial, por este não ser o objetivo do trabalho, mas apenas ressaltar a importância da independência do juiz para o pleno exercício da atividade jurisdicional.
econômicos de poderosos, os reais fatores de poder, estando sujeita a ameaças e retalhações (ROCHIA, 1995).

A cada magistrado é necessário garantir liberdade intelectual para proferir decisões conforme sua convicção jurídica, independente de agentes extrínsecos, sobretudo políticos, e, internamente, de decisões do tribunal ao qual está vinculado. É dado ao juiz discricionariedade para julgar, contudo esta não se pode transformar em arbitrio, sob pena de ferir a natureza da função jurisdicional.

Nesse sentido, a Constituição Federal estabelece a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios (art. 95, I a III) como garantias da magistratura, com o intuito de permitir a independência funcional do julgador no exercício da jurisdição. No entanto, não apenas garantias são asseguradas, como também uma série de vedações (art. 95, par.) visando permitir sua imparcialidade.

“Mas, se essa independência é absoluta no que respeita ao desempenho de suas funções, não se pode dizer o mesmo no tocante à organização do Poder Judiciário, a qual depende frequentemente do Poder Executivo ou do Legislativo, quando não de ambos” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 184), haja vista a composição dos órgãos colegiados, feita mediante nomeação do Governante, com interferência do órgão legislativo ou não.

Consequentemente, em razão da estrutura hierarquizada das Cortes, que têm a competência de revisar sentenças de primeira instância e a capacidade de (re)formar precedentes judiciais, vinculando as instâncias inferiores, poder-se-ia dizer que o Judiciário está, sutilmente, submisso aos Poderes Políticos, em clara afronta ao sistema de freios e contrapesos.

A independência do juiz, ao revés, é a que importa a garantia de que o magistrado não estará submetido às pressões de poderes externos à própria magistratura, mas também implica a segurança de que o juiz não sofrerá as pressões dos órgãos colegiados da própria judicatura.

Um juiz independente, ou melhor, um juiz, simplesmente, não pode ser concebido em uma democracia moderna como um empregado do executivo ou do legislativo, mas nem pode ser um empregado da corte ou do supremo tribunal. Um poder judiciário não é hoje concebível como mais um ramo da administração e, portanto, não se pode conceber sua estrutura na forma hierarquizada de um exercício (ZAFFARONI, 1995, p. 88).

---

25 Imparcialidade se refere ao modelo de conduta relacionado ao momento processual, significando que o juiz atuará como um terceiro em relação às partes e seus interesses, já independência diz respeito ao fato de o julgador não estar subordinado a outros órgãos ou autoridades, tomando decisões sem interferências, influências ou pressões, sem prejuízo de responsabilização por seus atos (ROCHIA, 1995).

26 Note-se que hierárquica é a estruturação dos órgãos jurisdicionais, e não o exercício da jurisdição, uma vez que não há qualquer hierarquia entre as decisões de juízes de instâncias diferentes.
O problema da independência funcional do juiz reside antes na estrutura institucional judiciária do que nas garantias dada pelas prerrogativas constitucionais.

2.2 Modelos de magistratura

Em seu estudo sobre o Poder Judiciário, Zaffaroni propôs uma evolução trifásica dos modelos de magistratura: i) empírico-primitivos, ii) tecno-burocráticos e iii) democráticos contemporâneos. Essas fases não representam modelos estáticos e homogêneos, apresentando, às vezes, congruências entre si, pois dependem da evolução jurídica de cada país; servindo, porém, para análise política das atuais magistraturas.

No modelo empírico-primitivo, a seleção de magistrados, por definição, carece de nível técnico, reina a arbitrariedade seletiva dos órgãos políticos (nomeação política) ou das próprias cúpulas do Judiciário (cooptação). A designação, a promoção e a destituição dos juízes estão ao arbítrio das instituições captadoras. Não há carreira, nem inamovibilidade ou vitaliciedade. Sua independência não é assegurada, uma vez que há uma forte influência político-partidária (ZAFFARONI, 1995, p. 102).

Esse modelo, característico de monarquias, começou a ser superado no final do século XVIII, após a Revolução Francesa, que consolidou a figura do juiz como funcionário público (ZAFFARONI, 1995, p. 100). No entanto, ainda pode ser encontrado em vários países latino-americanos, os quais, ainda que não sejam ditaduras, não consolidaram suas democracias por meio de um Estado Constitucional de Direito.

A razão pela qual deveu superar o modelo anterior, consagrando o modelo tecno-burocrático, foi a necessidade de qualificar tecnicamente os juízes, eliminando-se a arbitrariedade seletiva. Para tal, instituiu-se o concurso público de provas e títulos. O juiz adquire uma postura burocrática, gozando de alguma independência. Há uma tendência aos métodos exegéticos e aos argumentos pragmáticos.

Nota-se um Estado de Direito, de caráter legal, mas não constitucional, haja vista o baixo nível de incidência do controle de constitucionalidade. Embora seja mais estável do que o modelo anterior, não é necessariamente mais democrático e menos autoritário (ZAFFARONI, 1995, p. 103). Esse modelo começa a ser adotado majoritariamente nos países europeus após a Revolução Francesa, especificamente por Napoleão Bonaparte.

Com o advento da moderna doutrina da supremacia constitucional, foi necessária a criação de mecanismos que permitissem o controle de dispositivos infraconstitucionais em dissonância com a Constituição, cuja posição é hierarquicamente superior. Para isso, criou-se o controle judicial das leis e atos normativos (ZAFFARONI, 1995, p. 103).
O Judiciário assumiu nova postura no contexto político-democrático contemporâneo ao exercer controle sobre ações do Executivo e do Legislativo. A sua igual relevância em relação aos dois Poderes permitiu a consolidação de garantias que lhe possibilitaram independência e autonomia. Conservou-se a seleção técnica por meio de concursos, mediante um maior controle sobre os mecanismos seletivos.

O perfil do juiz tenderá para o de técnico politizado, atento para as demandas sociais, e não partidarizado nem burocrático. Há escolas de magistraturas, com o fio de aprimorar a formação dos magistrados, e órgãos de controle interno, para a fiscalização da atividade jurisdicional. Por fim, o controle de constitucionalidade é precisamente realizado por um Tribunal Constitucional designado mediante seleção dispersa.

Segundo Zaffaroni (1995, p. 125), o Brasil “não se trata de um modelo democrático contemporâneo, pois carece de órgão de governo horizontal e porque seu tribunal constitucional é designação puramente política e não dispersa”. Todavia, a obra do professor argentino foi publicada anteriormente a Emenda Constitucional nº 45/2004, que alterou profundamente as estruturas do Poder Judiciário brasileiro, criando, por exemplo, o Conselho Nacional de Justiça e as Ouvidorias de Justiça, órgãos judiciários de controle interno, e a Escola da Magistratura, instituição de formação e aperfeiçoamento dos magistrados.

Entendemos, assim, que o Brasil se encontra em fase avançada de transição para o modelo democrático contemporâneo, cujo único empecilho para seu triunfo se encontra na nomeação política aos tribunais, um resíduo anacrônico do modelo empírico-primitivo, pois uma magistratura independente e sem qualquer vínculo político-partidário é inerente ao Estado Democrático de Direito.

2.3 Critérios de escolha de magistrados

A doutrina processualista (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2014, p. 191) aponta quatro critérios básicos de recrutamento de juízes: a) cooptação; b) nomeação pelo Executivo; c) eleição; e d) concurso.

A cooptação (a) é o sistema de escolha de magistrados pelos próprios membros do Judiciário, no qual compete à cúpula máxima do Poder ou a cada órgão individualmente captar juízes para o exercício da função. Já a nomeação pelo chefe do Executivo (b) pode ser feita com ou sem interferência de outros poderes: diretamente pelo governante, mediante aprovação do Legislativo ou ainda com intervenção do Judiciário, nos casos de formação de lista pelo órgão. Quanto à eleição (c), ela pode ser interna, quando o próprio Poder realiza o pleito, ou popular, quando é realizada pela sociedade. Em relação ao concurso (d), trata-se da
modalidade de seleção típicamente por meritocracia, contemplando a impessoalidade, normalmente realizada através de testes de títulos e provas.

No Brasil, prevalece o concurso para o ingresso como juiz substituto na Justiça dos Estados, Federal e do Trabalho (art. 93, I), enquanto, em se tratando de segundo grau de jurisdição, por critérios de antiguidade e merecimento dos juízes apurados da última ou única entrada (art. 93, III) mediante nomeação pelo Executivo. Para o Supremo Tribunal Federal far-se-á mediante livre escolha do Presidente da República, com a aprovação de maioria absoluta do Senado Federal (art. 101), e para os Ministros do Superior Tribunal de Justiça (art. 104) e do Tribunal Superior do Trabalho (art. 111-A) também por escolha do Presidente, com a aprovação do Senado, mas a partir de lista tríplice formulada pelo próprio órgão.

A composição do Tribunal Superior Eleitoral (art. 119) e do Tribunal Regional Eleitoral (art. 120) é híbrida, havendo eleição e nomeação pelo chefe do Executivo. Os juízes do Tribunal Regional Federal (art. 107) são nomeados pelo Presidente, mediante promoção de juízes federais por antiguidade e merecimento. Ressalva-se, em todos os casos, o quinto constitucional (art. 94). As Justiças dos Estados observarão os princípios estabelecidos na Constituição²⁷ (art. 125).

O concurso público é uma excelente ferramenta de ingresso na carreira da magistratura, premiando o mérito do candidato ao avaliar seu conhecimento para o exercício da função. No entanto, não é o critério mais satisfatório para a promoção aos órgãos superiores, pois se baseia em dados estritamente objetivos em detrimento de julgamentos qualitativos que só podem ser auferidos subjetivamente.

Já a eleição popular, apesar de revestir de legitimidade a atividade jurisdicional, pressuporía a prestação de contas por parte do juiz perante a sociedade, uma vez ser seu representante, o que afetaria profundamente a independência e a imparcialidade judicial²⁸. Considerando ainda o fato de as massas geralmente se apegarem a figuras carismáticas e populares, esse modelo não traria segurança quanto à qualidade e ao nível técnico dos juízes eleitos, fugindo completamente ao escopo jurisdicional.

---

²⁷ Nos Tribunais de Justiça estaduais, ocorre, em muitos casos, votação interna, cabendo ao Presidente do Tribunal escolher entre os três juízes de última entrada mais bem votados pelo colegiado. Quanto ao quinto constitucional, a nomeação é geralmente delegada ao Governador do Estado. É um sistema eclético, que contém elementos da cooptação, da nomeação política e ainda da eleição interna – mesmo que limitada, pois apenas os desembargadores participam do foro ao contrário de toda a magistratura.

²⁸ Nessa perspectiva, aduz James Madison (1984, p. 417-418) que “[na] constituição do Judiciário, particularmente, seria desaconselhável insistir na observância desse princípio [da soberania popular]; primeiro, porque, devendo ser atendida a qualificações peculiares de seus membros, a consideração primordial seria que a seleção assegurasse a existência de tais qualificações; em segundo lugar, porque a vitaliciedade do mandato deve, em pouco tempo, destruir qualquer laço de dependência em relação à autoridade responsável pela nomeação.”
Ademais, a cooptação pelo próprio tribunal também não parece desejável, haja vista ser um sistema fechado e antidemocrático, o que poderia impedir a oxigenação das cadeiras da corte e fomentar a formação de uma elite judiciária corporativista e hereditária. Por último, a eleição interna, quanto ao ingresso na carreira, é um sistema de captação, cujos efeitos são similares a cooptação; enquanto em se tratando das instâncias superiores, é um sistema relativamente democrático, o qual dá a cada membro do Judiciário poder de votar e ser votado, haja vista a diluição do poder eleitoral, mas enfraquece a soberania popular.

Questiona-se, desse modo, por que o Poder Político está incumbido de nomear os magistrados aos tribunais se, não sendo este um poder representativo, não há que se falar em legitimação popular direta, como também qual a razoabilidade em delegar essa função a agentes políticos que exercem o poder temporariamente, a depender de sua vontade arbitrária, considerando o sistema de freios e contrapesos.

3 NOMEAÇÃO POLÍTICA DE MAGISTRADOS AOS TRIBUNAIS

A Constituição Federal exige que os juízes que irão compor as mais altas cortes do país tenham notável saber jurídico e reputação ilibada, respeitando-se os critérios objetivos do merecimento e da antiguidade para a promoção na carreira. A própria ideia do duplo grau de jurisdição está relacionada à necessidade de corrigir injustiças que possam vir a ser cometidas em instâncias inferiores.

Entretanto, quando cabe essencialmente ao Executivo fazer a graduação na carreira dos magistrados, os critérios objetivos perdem espaço para os subjetivos, de modo que o tráfico de influências e a troca de favores se tornam frequentes. A indicação unilateral pressupõe a existência de fatores subjetivos, pois permite o arbitrio, ferindo incisivamente os fundamentos do Estado Democrático, especialmente no que diz respeito à impersonalidade do servidor público e ao equilíbrio de poderes. Assim, a nomeação política torna-se personalíssima, uma vez que a promoção do juiz depende exclusivamente do agente que a concedeu.

Os juízes de segundo grau precisam, muitas vezes, de apadrinhamento político para conseguir a nomeação, de modo que essa forma de escolha pode pesar futuramente em decisões judiciais que envolvam relevantes interesses políticos. Por sua vez, os juízes

---

29 Não se quer dizer, todavia, que os órgãos de segundo grau devam ignorar questões políticas e atentar apenas para o âmbito estritamente jurídico na resolução dos conflitos, pois a ponderação dos efeitos das decisões judiciais é importante para não criar situações indesejáveis à ordem pública, como ocorre na modulação dos efeitos no controle de constitucionalidade.
monocráticos estão mais distantes de interferência política pelo fato de terem sido aprovados tão somente em concurso público (critério objetivo).

Dessa forma, estes gozam de maior independência nos julgamentos em relação àqueles pelo modo como foram empossados, visto que a nomeação está irremediavelmente ligada a um agente político, podendo assim decorrer na prestação de lealdade e gratidão ou ainda na contração de uma dívida, em vez de prevalecer a impessoalidade.

Por outro lado, se os tribunais superiores têm o poder de editar súmulas, firmar jurisprudência e reformar decisões judiciais de instâncias inferiores, e admitindo-se que esses órgãos estão, ao menos minimamente, vinculados aos Poderes Políticos, haja vista o modelo de nomeação de juízes, o resultado disso pode ser catastrófico, desde direitos desguarnecidos à impunidade de infratores da lei, quando amigos dos "donos do poder", caracterizando um atentado ao Estado de Direito.

Além disso, o poder recursal das cúpulas jurisdicionais pode impedir o aparecimento de decisões de primeiro grau contrastantes, inibindo o juiz singular de procurar dar interpretação evolutiva aos textos legais, o que afeta o pleno desenvolvimento da compreensão do direito. Ou seja, este fato acaba por anular aquoloutro.

De fato, mesmo que não se possa falar em subordinação do Judiciário, este goza de menor independência, porquanto a composição dos órgãos superiores, que deveriam ser aqueles de maior prestígio no ambiente jurídico, esteja submetida à chancela política. O atual modelo de nomeação permite uma válvula de escape pela qual o Executivo pode se utilizar para infiltrar partidários de interesses do governo em vez de guardiões da ordem jurídica.

Delegar aos políticos o poder de escolher quem irá, ocasionalmente, julgá-lo por seus próprios atos não é apenas uma violação da separação dos poderes, mas sua própria descaracterização enquanto doutrina democrática.

Ademais, em momentos de crise, o governante pode se utilizar desse dispositivo para nomear juízes alinhados com o posicionamento político do Governo, visando trazer estabilidade política, invertendo uma situação jurídica desfavorável e subjugando o império das leis a interesses políticos passageiros, mediante a concessão de privilégios e tratamento diferenciado.

---

30 Vale frisar que “[um] juiz não é parcial porque tenha uma filiação política, mas porque depende para sua nomeação, permanência, promoção e demissão de um partido político ou de um grupo de poder” (ZAFFARONI, 1995, p. 99).
Ocorre que nossa cultura patrimonialista reforça a possibilidade de o chefe do Executivo indicar juristas de acordo com seu alinhamento político-partidário, em prejuízo de uma magistratura independente e eficiente.

Portanto, a prerrogativa do gestor público em nomear magistrados para os órgãos superiores é não apenas desnecessária para o equilíbrio de poderes como também indesejável, pois dá ao governante um poder excessivo — semelhante ao de um monarca absoluto, que nomeia, direta ou indiretamente, a totalidade dos cargos públicos — prescindindo do devido contraponto, sendo incompatível com o Estado Democrático de Direito e a doutrina da separação de poderes.

Não olvidemos, aliás, que os magistrados, na condição de seres humanos, têm sentimentos, amizades, convicções pessoais, possuem vícios e virtudes; logo, são falíveis. Não são meros robôs, frios e calculistas, prontos para aplicar à lei duramente. Por mais que se tente buscar uma visão idealizada dos julgadores, já se sabe pela epistemologia jurídico-filosófica que é impossível um ser humano se desvincular totalmente de sua subjetividade, alcançando um estado de neutralidade.

Há métodos para se tornar mais objetivo, visando à imparcialidade. Contudo, não é possível a transcendência do ser, libertando-se de todos seus pré-conceitos e pré-juízos, cuja carga axiológica foi acumulada através de experiências durante toda a vida. Por isso, a vinculação entre o nomeado e o nomeador, por mais que se esforce por distinguir a esfera da vida pública e da privada, é intrínseca a esse critério de escolha. Logo, se não há imparcialidade, não há jurisdição, pois aquela não é mero acidente desta, mas sua própria consubstanciação (ZAFFARONI, 1995).

Somente a Lei Fundamental brasileira garante ao Presidente da República o poder de nomear livremente os Ministros do STF, mediante formação de lista tríplice os Ministros do STJ, TST e STM, um terço dos Ministros do TCU, o Procurador-Geral da República31, os juízes do TRF e dois juízes do TSE e do TRE, competência digna de um monarca absolutista. Isto é, todas as instâncias superiores do Poder Judiciário estão, de algum modo, ligadas ao Gestor Maior.

Outrossim, vale salientar que a aprovação pelo Senado Federal como meio de equilibrar o poder de decisão é mera formalidade, pois a sabatinada ocorre como ritual

---

31As críticas tecidas no decorrer deste trabalho são cabíveis, em grande parte, à nomeação do cargo máximo do Ministério Público, pois, além de escolher quem poderá eventualmente julgá-lo, o chefe do Executivo também tem a prerrogativa de escolher quem irá investigá-lo.
ordinário, não havendo nenhum caso de candidato sendo vetado pelo Legislativo\textsuperscript{32} — diversamente dos Estados Unidos, onde esse fenômeno acontece com certa frequência.

A tradição romanística do \textit{Civil Law}, como na Itália, França e Alemanha, adota, em regra, o sistema de juiz de carreira para a composição das cortes, com exceção dos Tribunais Constitucionais, que mesclam os critérios proporcionalmente ao número de assentos, enquanto os países de \textit{Common Law}, como Estados Unidos e Inglaterra, adotam usualmente a escolha política ou a eleição popular, premiando uma personalidade de destacado relevo (CAPPELLETTI, 1993).

O Brasil, no entanto, importou o modelo norte-americano de recrutamento aos tribunais desde a Constituição Republicana de 1891, sem fazer as devidas considerações críticas à realidade pátria, no que dizem respeito à formação estatal de índole centralizadora – diferentemente do modelo federativo puro – e, principalmente, à cultura patrimonialista brasileira, expressa nas nefastas práticas de clientelismo, fisiologismo e nepotismo no setor público; servindo, assim, de sustentáculo ao modelo tecno-burocrático de magistratura, o qual é incompatível com o nosso atual estágio de evolução jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Poderes devem ter personalidade própria de tal sorte que cada um tenha a menor ingerência possível na escolha dos membros dos outros (HAMILTON; MADISON e JAY, 1984, p. 417), surgindo apenas quando necessário para efetivar o mecanismo de freios e contrapesos. A nomeação pelo Poder Executivo, apesar de dar legitimidade popular aos magistrados, compromete a independência do Judiciário ao vincular politicamente a promoção de cargos dessa carreira, pois permite a utilização da magistratura em benefício próprio por meio da solicitação de vantagem indevida em troca de sua designação, atingindo, por consequência, a imparcialidade dos operadores do Direito.

Como visto, os agentes políticos brasileiros, devido a processos histórico-culturais, são pouco confiáveis em cumprir rigorosamente o mandamento constitucional de compor os órgãos colegiados nacionais com os melhores juristas do País. Por isso, a impessoalidade, característica do Estado burocrático, é ferida quando cabe exclusivamente ao chefe do Executivo nomear cargos pertencentes à Justiça, pois interferências extrínsecas à jurisdição

\textsuperscript{32} O recém-nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Edson Fachin, foi a indicação de Presidente da República mais próxima a ser rejeitada pelos senadores que se tem notícia recente, devido a suspeitas de filiação política em relação ao partido governista e de suposto exercício irregular da advocacia no Estado do Paraná. Foi aprovado por 52 votos contra 27.
podem afetar seu pleno exercício, violando assim o Estado Democrático de Direito e o princípio da separação de poderes.

Todavia, tornar o procedimento de seleção de juízes mais objetivo não quer dizer torná-lo estritamente objetivo, pois a análise subjetiva de aspectos fundamentais na escolha dos melhores magistrados, como o notável saber jurídico e a reputação ilibada, é imprescindível, considerando que, por exemplo, um juiz que julga mais processos que outro não necessariamente produz Direito de melhor qualidade; ou ainda livre de qualquer controle político, mas, antes, essencialmente democrático.

Com isso, é preciso repensar o atual critério de recrutamento adotado pela Carta Magna diante das opções disponíveis, refletindo sobre a adoção de sistemas ecléticos, como na Europa continental, tendo em vista que a influência extrajudicial mais perniciosa ao pleno exercício da jurisdição, a intervenção política, é o maior empecilho para o triunfo do regime jurídico democrático-contemporâneo no Brasil.

REFERÊNCIAS


LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* Tradução de Walter Stönner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933;


**JUDGES’ POLITICAL APPOINTMENT AND THE SEPARATION OF POWERS: THE CONSEQUENCES OF PATRIMONIALISM IN BRAZILIAN JUDICIARY**

**ABSTRACT**
This article aims to expose how the judges' political appointment to the courts can be harmful to national democracy, taking into account Brazilian roots. An analysis of the doctrine of separation of powers history and magistrates recruitment criteria is made in order to seek the consequences of adopting this system. It concludes that judges nomination which political party interests are involved can’t achieve complete independence of the Judiciary against the Political Powers, which is a necessary factor for the rule of law triumph.

**Keywords:** Judicial Power; Appointment; Separation of Power; Patrimonialism; Independence.