



*Rei e Rainha de Copas no julgamento do Valete.*  
John Tenniel, 1865

DEMOCRATIZAÇÃO  
DO PODER JUDICIÁRIO  
NO BRASIL



CONTRACORRENTE

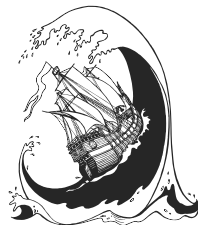


MAURÍCIO CORRÊA DE MOURA REZENDE

DEMOCRATIZAÇÃO  
DO PODER JUDICIÁRIO  
NO BRASIL

São Paulo

2018



CONIRACORRENTE

**Copyright © EDITORA CONTRACORRENTE**

Rua Dr. Cândido Espinheira, 560 | 3º andar  
São Paulo – SP – Brasil | CEP 05004 000  
www.editoracontracorrente.com.br  
contato@editoracontracorrente.com.br

**Editores**

Camila Almeida Janela Valim  
Gustavo Marinho de Carvalho  
Rafael Valim

**Conselho Editorial**

Alysson Leandro Mascaro  
(Universidade de São Paulo – SP)  
Augusto Neves Dal Pozzo  
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)  
Daniel Wunder Hachem  
(Universidade Federal do Paraná – UFPR)  
Emerson Gabardo  
(Universidade Federal do Paraná – UFPR)  
Gilberto Bercovici  
(Universidade de São Paulo – USP)  
Heleno Taveira Torres  
(Universidade de São Paulo – USP)  
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz  
(Universidade de La Coruña – Espanha)  
Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono  
(Universidade Nacional de Comahue – Argentina)  
Pedro Serrano  
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)  
Silvio Luís Ferreira da Rocha  
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)

**Equipe editorial**

Carolina Ressurreição (revisão)  
Denise Dearo (design gráfico)  
Mariela Santos Valim (capa)

**Arte da capa**

*From the depths*  
William Balfour Ker, 1906

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
(Ficha Catalográfica elaborada pela Editora Contracorrente)

---

R467 REZENDE, Maurício Corrêa de Moura.  
Democratização do Poder Judiciário no Brasil | Maurício Corrêa de Moura Rezende –  
São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.  
ISBN: 978-85-69220-48-0  
Inclui bibliografia  
1. Poder Judiciário. 2. Magistratura. 3. Organização e administração da Justiça.  
4. Democracia. I. Título.

CDU: 347.96

---

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

Nada é impossível de mudar

*Desconfiai do mais trivial, na aparência singelo.*

*E examinai, sobretudo, o que parece habitual.*

*Suplicamos expressamente: não aceiteis o que é de hábito como coisa natural, pois em tempo de desordem sangrenta, de confusão organizada, de arbitrariedade consciente, de humanidade desumanizada, nada deve parecer natural nada deve parecer impossível de mudar.*

*Bertolt Brecht*





Que saibam que agradeço imensamente ao sempre professor e amigo Emerson Gabardo por toda ajuda na revisão e publicação desta obra, e de por vezes acreditar mais em mim do que eu mesmo. Obrigado.



# SUMÁRIO

SOBRE ESTE LIVRO .....	15
PREFÁCIO – Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni .....	23
PRELÚDIO – A UTOPIA ESTÁ LÁ NO HORIZONTE.....	33
INTRODUÇÃO.....	39
<b>CAPÍTULO 1 – A DIMENSÃO POLÍTICA DA MAGISTRATURA .....</b>	<b>57</b>
1.1 JURISDIÇÃO E PODER POLÍTICO.....	58
1.1.1 O poder de dizer o Direito (e o renitente voluntarismo) ...	62
1.1.2 Ideologia e decisão judicial.....	78
1.1.3 A fratura fundamental: para uma legitimidade democrática do Judiciário .....	85
1.2 A MAGISTRATURA DEMOCRÁTICA (PARA UMA JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA) .....	95
1.2.1 Os modelos idealmente superados de magistratura.....	99
1.2.1.1 Modelo empírico-primitivo .....	102
1.2.1.2 Modelo técnico-burocrático.....	113
1.2.2 O Modelo Democrático .....	135

1.2.2.1	Histórico e elementos .....	137
1.2.2.2	Porque o modelo democrático é o mais coerente com a Constituição Federal de 1988.....	151
1.2.3	Marujos no avião: o grande entrave para uma magistratura democrática .....	157
<b>INTERLÚDIO – O HOMEM DETRÁS DA CORTINA .....</b>		<b>173</b>
<b>CAPÍTULO 2 – (RE)ESTRUTURAÇÃO DA MAGISTRATURA NO BRASIL .....</b>		<b>185</b>
2.1	RECRUTAMENTO .....	189
2.1.1	É possível selecionar juízes para a Democracia?.....	195
2.1.1.1	Os modelos de recrutamento .....	196
2.1.1.2	Eleição x Concurso.....	205
2.1.2	Problemas emergentes do concurso público .....	216
2.1.2.1	Problemas internos do recrutamento atual .....	222
2.1.2.2	Consequências problemáticas externas decorrentes do sistema de recrutamento atual.....	236
2.1.3	Perspectivas de um recrutamento democrático no Brasil....	246
2.1.3.1	Extinção do ranço empírico-primitivo: nomeações políticas .....	247
2.1.3.2	Um concurso não tecnicista .....	254
2.2	FORMAÇÃO.....	261
2.2.1	A responsabilidade pela formação é institucional.....	262
2.2.2	Insuficiências no modelo brasileiro .....	269
2.2.3	O desafio de formar um juiz para a democracia .....	274
2.3	CULTURA: A URGENTE PROFANAÇÃO DA MAGISTRATURA – OU: ANJOS CARECAS (UMA BREVE TEOLOGIA POLÍTICA DO JUDICIÁRIO).....	285
2.3.1	A nobreza togada e a República ainda por proclamar .....	295

2.3.2 A revolução do “ethos” – o Judiciário no divã .....	307
2.3.3 O fim dos serafins – horizontalidade para independência efetiva.....	322
CONCLUSÕES .....	341
POSLÚDIO – PARA QUE SERVE O HORIZONTE? .....	347
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	355



## SOBRE ESTE LIVRO

Este livro é o resultado do trabalho de pesquisa desempenhado durante o meu mestrado em Direito na Universidade Federal do Paraná. Não é, contudo, *ipsis litteris*, a minha dissertação. Em geral, as dissertações e teses bem aventuradas são logo mandadas às editoras, para que se imprima e divulgue o resultado do trabalho de pesquisa. Eu quis, contudo, fazer algo ligeiramente diferente com esse livro, por dois motivos: por achar que a metodologia de exposição da pesquisa e a escrita de um livro que se pretende ser apreendido possuem objetivos diferentes e, também, porque entendo que este livro é maior (ao menos, potencialmente maior) do que foi a dissertação (intitulada “A Administração da Justiça para uma magistratura democrática”).

É evidente que esta edição do livro corresponde substancialmente a todas as ideias defendidas para obter o grau de mestre, e o texto também é majoritariamente o mesmo, contudo, adaptei-o a fim de torná-lo uma leitura agradável. Por exemplo: o método de exposição da pesquisa exige a demonstração ostensiva das fontes e referenciais, de modo que é impossível citar literalmente um autor sem creditar-lhe a referência. Isso fez com que (principalmente em relação ao marco teórico) o texto original tivesse às vezes cinco ou seis notas de rodapé seguidas, todas referenciando o mesmo texto do mesmo autor, apenas com o número de páginas diferenciado, ou nem isso. Assim, tomei a precaução, aqui, de aglutinar esse tipo de referência, a fim de diminuir a poluição visual – garantindo pragmaticamente de que todas as referências continuam

MAURÍCIO CORRÊA DE MOURA REZENDE

ali, porém aglutinadas quando concluí a ideia objeto das citações. Isso não oculta ou deixa sem crédito alguma ideia, apenas visa tornar a leitura mais fluida, sem ser interrompida várias vezes por notas de rodapé que podem ser condensadas. É, afinal, uma tentativa de tornar a leitura mais rápida e compreensível para quem lê.

Também tomei algumas liberdades que a escrita acadêmica não permite; deixei mais evidentes alguns arrolamentos, a fim de ficarem mais explícitos e de fácil apreensão, por exemplo. Também formatei o texto por vezes para destacar quadros, pensando na melhor apreensão do argumento.

Democratizar o Poder Judiciário, ademais, é uma reflexão que pode perpassar por diversas temáticas – ligadas ou à Administração da Justiça ou ao Acesso à Justiça – mas que podem dizer a respeito, por exemplo, da gestão dos cartórios, acessibilidade dos fóruns e prédios públicos às pessoas com deficiência, ou até mesmo a digitalização dos processos. São diversas abordagens, que, seguramente, tangenciam o tema deste livro. No entanto, acredito que o núcleo essencial da democratização do Poder Judiciário diz respeito à magistratura, isto é, à forma de estruturar os juízes, o que vai desde o método de seleção, a carreira da magistratura, democracia interna dos Tribunais etc.

Este livro não se pretende enciclopédico nem uma efusiva árvore de natal temática. Assim, entre Acesso e Administração, foquei na Administração da Justiça, e, nela, verticalizei a questão da magistratura.

Diferentemente do que se passa com o tema desse livro, observo que a questão do Acesso à Justiça possui um belo punhado de reflexões bastante contemporâneas e profícuas produzidas de maneira incessante no Brasil, e a sua defesa teórica tornou-se quase um lugar-comum. Assim, focar na questão da magistratura me pareceu ainda essencial para dar uma resposta institucional efetiva e necessária às indagações que motivavam a pesquisa e que estão assentadas na Introdução. Ademais, se há bastante elaborações teóricas a respeito do Acesso, é necessário pensar em que Justiça será acessada, como a jurisdição será operacionalizada quando o cidadão jurisdicionado dela precisar. Portanto, o livro se verticaliza na figura do juiz – não de modo personalizado, psíquico –, mas pensando a



## DEMOCRATIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

magistratura como estrutura essencial sobre a qual devem operar as mudanças com vista à democratização do Poder Judiciário como um todo, pois é dela (e de suas incontingências) que se estruturam os demais elementos deste Poder (até mesmo o funcionalismo, gestão de cartórios, ouvidorias, arquitetura dos Tribunais...).

Em razão disso, este livro repristina uma interessante abordagem da magistratura com escopo na obra do ex-Ministro da Suprema Corte argentina, Eugenio Raúl Zaffaroni. O seu estudo a respeito dos modelos de magistratura é essencial para entender como desempenhar a Administração da Justiça de forma não intuitiva ou empirista. No entanto, tal doutrina não era amplamente estudada no Brasil desde a década de 1990, através dos estudos de Luís Flávio Gomes (no livro “A dimensão da magistratura”). Assim, esta obra não apenas traz e rearticula a doutrina de Zaffaroni, mas também o faz analisando a realidade brasileira após a Reforma do Judiciário. Muito se pensou a Administração da Justiça nas vésperas da Reforma, e, depois dela, o tema se aquietou, como se os problemas de então tivessem sido resolvidos – o que, de fato, não ocorreu. É preciso, então, reestabelecer uma literatura a respeito da Administração da Justiça e consolidar alguns conceitos, de modo que este livro busca oferecer uma singela contribuição nesse sentido. O leitor ou leitora poderá, assim, através dele se munir de conceitos teóricos aqui estudados, “dissecados” e expostos de modo a poder pensar a democratização do Judiciário de maneira séria e técnica.

É comum que todas as obras e artigos científicos sobre a Administração da Justiça não sejam apenas descritivos, mas, também, prescritivos – isto é, que os autores busquem, através de sua escrita, também propor soluções para os problemas do Judiciário. Este livro também é, além de descritivo, prescritivo. Ocorre que a maioria das prescrições que hoje existem vêm do empirismo, de soluções originárias e totalmente criativas de quem a propõe, quase palpites que surgem dos problemas do dia a dia. São soluções pontuais para problemas específicos, muitas vezes diagnosticadas por quem está fora da gestão do Judiciário (advogados, sobretudo). O livro, contudo, trilha outros caminhos. Sem negar a importância da experiência prática de quem administra o Poder Judiciário ou de quem encontra soluções criativas para agruras do

MAURÍCIO CORRÊA DE MOURA REZENDE

cotidiano, as análises aqui fogem totalmente de achismos e buscam ser propositivas dentro de um viés teórico coerente, ideal.

Assim, defendo, aqui, uma visão radical. Não porque é extremada, incumprível ou que não se sujeita ao debate dialético saudável. Pelo contrário. No entanto, como mantive o compromisso com as raízes da teoria, o todo-lógico ideal, acredito que as ideias puderam manter alguma coerência entre si – o que não impede, contudo, que tenham algumas dificuldades e objeções práticas. Suspeito que serei alvo de algumas brigas e críticas duras – seja por questões teóricas (hermenêuticas) – seja, sobretudo porque o rigor teórico exige contrariar interesses práticos.

Democratizar significa, de algum modo, trazer algo para mais perto do povo, o que pressupõe que o objeto não esteja com ele inteiramente (ou, ao menos, menos do que é possível). Se não está com o povo, está com outrem, e, portanto, democratizar significa uma realocação geral dos recursos de poder, e isso seguramente contraria interesses. E creio, sinceramente, que, para além das objeções teóricas, “comprarei brigas” não apenas dentro do Poder Judiciário, mas também com instituições como o Ministério Público e a OAB, pois sem dúvida o rigor teórico me compeliu a ir de encontro ao interesse corporativista dessas instituições. Acredito, contudo, que mesmo dentro delas a necessidade de pensar a democratização do Judiciário é tão mais premente que esses interesses mais segmentários serão afastados até por aqueles que os receberem inicialmente com maior amargor – afinal, não busquei, de modo algum, declarar guerra a todos, mas, ao revés, pensar formas comprometidas com a democracia, o que beneficia a todos os cidadãos e, diretamente, também os membros do Judiciário, Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil etc.

Há, também, a possível objeção pragmática de que as coisas não mudam da noite para o dia, de que há interesses contrários, e que algumas pautas analisadas são mais urgentes do que outras. De fato, como o livro é uma elaboração puramente teórica, não fiz, aqui, um arrolamento de pautas por ordem de prioridade – o que é um juízo político de oportunidade. Eu mesmo também creio haver medidas mais urgentes do que outras, das aqui expostas, para efetivar um Judiciário democrático.

## DEMOCRATIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

No entanto, ao defrontar o conjunto teórico da democratização com a realidade existente no Brasil, não pude deixar de relatar nenhum resultado desse processo, pois o constructo aqui exposto é a exposição de uma pesquisa, a amostragem de todos os resultados depurados, ainda que na agenda política eles possam ter pesos diferentes. Assim, alguém poderá objetar que a questão da súmula vinculante é menos importante do que o recrutamento, ou a nomeação do STF do que a formação dos juízes, ou justamente o contrário, ou, ainda, que deveríamos mesmo é focar na questão do voto universal, que já está com o debate bastante adiantado etc. No entanto, esse tipo de reflexão prática (a qual também possuo) não faz parte do livro e nem teria como, pois ele é uma investigação científica e a exposição de um modelo, um horizonte, democrático, não uma agenda política. Por conseguinte, espero também ter deixado clara no texto a intenção de esta obra servir de base teórica para um processo (de democratização) político, com todas as suas dinâmicas, mas que guarda o rigor de pensar o modelo ideal de magistratura democrática, em cada aresta do que ainda falta para esse modelo se efetivar.

Ademais, o livro busca pensar o papel do Juiz ou do Judiciário de modo diferente da maioria da doutrina (principalmente a doutrina constitucionalista). Não que os objetivos sejam distintos (na verdade muitas vezes convergem), mas o livro não busca dizer que o papel do Judiciário é este ou aquele, que tal tema pode ser judicializado entre outros, mas sim averiguar *como* isso pode ser feito. Quais são os problemas estruturais que fazem com que as decisões judiciais sejam de tal maneira – mais ou menos de acordo com a Constituição, mais ou menos garantistas etc. Não se busca, assim, discursar sobre como isoladamente deve ser um juiz (acreditando que o será só porque assim é melhor), mas sim como deve se estruturar a magistratura a fim de que haja juízes de tal modo; como arranjar as estruturas e instituições de modo a que os magistrados sejam dotados de tais características e aptidões, diferentes daquelas que hoje as estruturas e instituições produzem. Assim, ainda que não escrito conforme uma observação pessoal, busca analisar o Judiciário em sua materialidade, historicidade, muitas vezes recorrendo até a dados numéricos. É, portanto, uma visão teórica do ponto de vista da coerência e da estrutura, mas material, sem ser intuitivista, isto é, sem

MAURÍCIO CORRÊA DE MOURA REZENDE

ser conforme a experiência individual (apesar de eu mesmo ter trabalhado durante anos dentro do Poder Judiciário).

O livro também é publicado em um tempo especificamente delicado para o Poder Judiciário, ligado sobretudo aos processos políticos da “Lava Jato” e um sem-número de juristas, desta ou daquela ideologia, incomodados com o papel do Judiciário, que ora é antidemocrático, ora se reivindica vanguarda iluminista, ora diz que quer ouvir o clamor das ruas e ora também decide cumprir a Constituição. Sem dúvida, questões aqui tratadas referenciam muitos dos problemas que hoje pululam nessa esfera. No entanto, o sumo do livro foi escrito, como dito, como meu trabalho de mestrado, desenvolvido entre 2013 e 2014, e, por isso mesmo, não possuem o condão específico de criticar qualquer epifenômeno mais imediato. Não é este ou aquele julgamento que denota a tendência do Judiciário, nem mesmo o julgamento de algum político importante ou o velório de uma das maiores garantias liberais do art. 5º que embasam escrever este livro. A necessidade de democratização do Poder Judiciário já é sensível há muito tempo, mas talvez a dimensão dos impactos na esfera política e na nossa fragilizada democracia façam atentar cada vez mais que este Poder está problemático e precisa mudar e que é preciso repensar o Poder Judiciário novamente. Assim, deixo claro desde logo que não escrevi este livro porque entendi que o Poder Judiciário se mostrou menos democrático do que o necessário episodicamente, porque o Brasil vivenciou decisões bastante controversas e, afinal, a democracia brasileira foi julgada por juízes e Cortes. No entanto, se essa página difícil da história do Poder Judiciário brasileiro – que tem cada vez mais exaltado a melhor doutrina a criticá-lo – fizer atentar para a necessidade de democratização que aqui pontuo, e, quiçá, adotar essa proposta como algo a ajudar, tanto melhor (e, como cidadão espectador de todas essas fissuras democráticas que o Brasil tem vivenciado, pude ver, há anos, que boa parte dos resultados problemáticos criticados teriam sido em grande medida evitados se tivessem sido adotadas as medidas estruturantes que estudei e defendi em meu mestrado).

Ademais, não procurei em momento algum fazer um denunciamento episódico, mas uma abordagem holística. Para ser mais claro: este livro não é partidário de qualquer líder ou corrente política nacional. De todo

## DEMOCRATIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

modo, pelos próprios pressupostos do trabalho, negando a visão da neutralidade axiológica – o que é válido tanto ao se falar do exercício da jurisdição quanto da pesquisa – não recuso que este livro, de neutro, não tem nada. Entendo e procurei demonstrar através da dogmática que me serve de ferramenta teórica que a magistratura democrática é o modelo proposto pela Constituição Federal de 1988 e, de qualquer modo, também é o melhor modelo, superior, mais democrático que os demais e que é idôneo a prestar a melhor jurisdição. É um livro partidário da democracia. Essa atitude, contudo, pode me render a crítica de estar sendo um tanto quanto panfletário (e estou) e tanto quanto menos científico. Posso estar sendo panfletário porque, além de analisar, defendo a superioridade de um determinado modelo de magistratura, porém o faço não por liberalidade, mas porque essa também é a opinião científica de alguns de meus marcos teóricos. Assim, não entendo que tenha desbordado da seriedade científica. Busquei, durante toda a investigação, ponderar de maneira dialógica as premissas com que, pessoalmente, tenho mais concordância ou discordância, e busquei expor de maneira clara tanto essas ponderações, bem como o processo de conclusão delas oriundo. De tal modo, ainda, que o objeto de estudo não seja analisado de maneira fria, neutra, asséptica, cientificamente positivista, e haja muito mais um libelo em defesa de um modelo específico, entendo que a postura de análise não se furtou – ao menos nesse tocante – de um rigor científico, sobretudo porque procurei deixar o mais claro possível os processos que levaram às conclusões.

Além dos habituais Introdução, Desenvolvimento e Conclusão, entendi por bem incluir no livro um Prelúdio, Interlúdio e Pós-lúdio – talvez porque gostaria singelamente de dar-lhe a mesma tônica de uma harmônica sinfonia, que irrompe o silêncio em um crescendo, transiciona seus atos e termina em doce descenso. Essas intervenções, no entanto, separam a abordagem mais dogmática do tema ora de uma reflexão mais filosófico-abstrata a respeito do pano de fundo sobre o qual a discussão está sendo travada, ora de dados empíricos que defrontam a discussão teórica. São, assim, intervenções que, contudo, não se dissociam do objeto da pesquisa, ainda que não sejam a sua abordagem específica, mas demonstram a complexidade do tema e buscam cumprir a função de

MAURÍCIO CORRÊA DE MOURA REZENDE

não tornar a pesquisa ensimesmada. Se lidos isoladamente, talvez esses segmentos pareçam sem sentido algum à leitora ou ao leitor mais expeditos. No entanto, o restante da obra pretende ressignificá-los na medida em que eles também ressignificam o restante da obra. Assim, por algumas vezes algumas reflexões parecerão deslocadas, no entanto, tais “pontas soltas” serão oportunamente atadas conforme o trabalho é desenvolvido.

Entendo, enfim, que este é um livro maior do que o tema da dissertação – assim, incluí nele algumas novas ideias que não estiveram presentes no trabalho acadêmico. De igual modo, acredito ser sempre um projeto inacabado, um devir, podendo ser ampliado e reeditado se houver interesse e conforme as minhas pesquisas sobre o tema apontarem novos caminhos. Assim, publicá-lo é, também, um primeiro passo para aprimorá-lo, submetê-lo à discussão, para expandi-lo, verticalizar seções, acrescentar outras análises. Nada obstante, continuo pesquisando o tema, e por isso esta obra pretende ser robustecida conforme as necessidades de democratização do Judiciário se apresentarem.

Por fim, destaco que procurei ao máximo fazer com que o livro fosse de uma boa leitura, para ser, além de lido, bem compreendido e, com sorte, que se concorde com ele. Não sei se obtive êxito nessa tarefa, no entanto, estou amplamente disposto ao debate e à crítica.

## PREFÁCIO

Es un gran honor el que me dispensa el Prof. Maurício Corrêa de Moura Rezende al invitarme a prologar su investigación acerca de la magistratura brasileña que, por cierto, plantea problemas también comunes a toda nuestra América Latina. No lo es menos, el que me hace con las numerosas citas de mis trabajos sobre el tema. Un elemental deber de reconocimiento me obliga a volver la vista hacia aquellos escritos que tienen más de dos décadas.

El primero de ellos – también publicado en Brasil<sup>1</sup> – fue elaborado con cierta urgencia ante la inminencia de la reforma constitucional de 1994, de la que participé como diputado constituyente integrando el bloque de una minoría casi testimonial en la Convención Reformadora de Santa Fe.

Desde esa época aprendí algunas cosas: la primera es que los políticos no leen o leen poco. La urgencia de la competitividad política no les deja mucho espacio para hacerlo. La segunda es que, si bien cuando lo escribí me había desempeñado durante dos décadas como juez y no pensaba volver a esa función, el destino (o mejor dicho, los avatares de la política, si somos sinceros) me llevaron al *máximo* tribunal de la

---

<sup>1</sup> *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: EDIAR, 1994, traducido por el colega Juarez Tavares con prólogo del recordado Joao Marcello de Araujo Jr., fue publicado em São Paulo por “Revista dos Tribunais” em 1995. En 2007 el texto castellano fue reimpreso por la “Comisión de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia” en la República Dominicana.

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

República durante once años, lo que me dio una perspectiva mucho más amplia de la administración de justicia de mi país.

La experiencia de estas dos décadas vividas – como la que ahora, desde la Corte Interamericana, me permite entrever las de otras administraciones de justicia de la región –, no me han hecho mudar las ideas básicas sostenidas en los escritos que el Prof. Corrêa de Moura Rezende me hace el honor de recordar. No obstante, debo admitir que me han permitido caer en la cuenta de que en los tiempos en que escribí esos trabajos, pecaba de cierta dosis de *ingenuidad*.

¿En qué consistía esa *ingenuidad*? Pues, ante todo en creer que existía alguna posibilidad de que los jueces asumiesen la iniciativa de la propia reforma democrática de la administración de justicia. En segundo lugar, en creer que los políticos irían a abrir mano, sólo por fuerza de racionalidad, de la tentación y posibilidad de manipularla. En tercer lugar, porque creí sinceramente que había reservas éticas mínimas, que impedirían que cualquier sector de la magistratura – especialmente después de la nominación previo concurso –, aunque fuese minoritario, perdiera el pudor hasta el extremo de ponerse al servicio de represalias políticas coyunturales, torciendo el discurso jurídico hasta sostener argumentos que ningún folleto del último estante polvoriento de la más olvidada biblioteca jurídica podría apuntalar.

No obstante, esto no me desanima ni tuerce las ideas básicas de hace casi un cuarto de siglo. Permítaseme ir hacia el final del libro, cuando el autor se pregunta: *É possível implantar as reformas propostas neste livro, ou são mera elucubração teórica? E não que precise ser possível para ter valor enquanto reflexão, mas, ainda assim, as reformas propostas têm algum caráter prático ou são uma utopia?*

La experiencia positiva y negativa de estos años, me permite ensayar la respuesta: los juristas puestos a reformadores – y las más de las veces como críticos de los reformadores –, por lo general piensan conforme a esquemas completos y coherentes, son proclives a un pensamiento que podríamos llamar *geométrico*.

Esta pretensión *geométrica*, que quiere que en lo institucional todo salga perfecto, acabado y coherente, choca con la realidad de la dinámica



## PREFÁCIO

política, que es casi *gelatinosa*. No sé si la razón debe dársele a Foucault o a von Clausewitz, pero entre la política y la guerra hay, sin duda, un vínculo conceptual de continuación: sería absurdo que un táctico militar pretendiese no hacer nada hasta tener la posibilidad de ocupar todo el campo enemigo; seguramente, perdería todas las guerras.

Si entendemos por *estrategia* la fijación de los objetivos, y por *táctica* la forma de alcanzarlos, no podemos nunca perder de vista que la empresa de democratización de la administración de justicia es – fuera de cualquier duda – una lucha *política* y, como tal, debe avanzar conforme a una *táctica* de ocupación de posiciones. Lo importante, es no perder de vista los objetivos *estratégicos*, o sea, tener las ideas claras a ese respecto. Y para eso son útiles las investigaciones como la presente.

Cualquier corte transversal que describa la realidad en un momento de esta lucha, necesariamente habrá de mostrar incoherencias y contradicciones: una parte más o menos amplia del territorio ocupado y otra en manos de los que resisten. Al no percibir la realidad en forma longitudinal sino solo transversalmente, los *progresistas críticos radicales* no logran captar la dinámica y desaniman a los propios luchadores, sosteniendo que ante la resistencia antidemocrática es inútil el avance democrático hasta no disponer de todo el poder de ocupación. De este modo obstaculizan la *táctica*, estigmatizando la *estrategia* como *utópica* y, lamentablemente, no sólo son funcionales por *derrotistas*, sino que muchas veces acaban codo a codo con los antidemocráticos, a fuerza de *pasarse de revolucionarios*. Este es un riesgo que no cabe subestimar.

No hay lucha política posible sin *ideas-fuerza* como bandera y objetivo, pues de otro modo no tiene sentido ninguna lucha política, o bien se convierte en una peligrosa ambición de poder por el poder mismo.

Teniendo claras las ideas *estratégicas*, la lucha por la democratización de la administración de justicia avanzará conforme al espacio general de la política, porque es parte de la *lucha por el Estado de Derecho*, que invariablemente es un objetivo incompleto, en constante y permanente enfrentamiento con las resistencias del *Estado de policía*. Ambos conviven en la realidad histórica de todo *Estado real*, en un juego de pulsiones y

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

contrapulsiones sin término. Por ende, en la mutable y dinámica realidad del poder, la democratización judicial tendrá más posibilidades de avance cuando el viento político haga llene las velas de las pulsiones del *Estado de Derecho*, y verá su espacio más reducido cuando predominen las contrapulsiones del *Estado de policía*.

Sea dicho lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que desde uno u otro campo se aprovechen las contradicciones coyunturales de estas pulsiones, porque a veces los políticos impulsores del avance democrático cierran el espacio de democratización de la política o no se preocupan de él, dado que la *política grande* tiende a considerar sin importancia cuestiones que considera de *micropolíticas*, hasta que sufren las consecuencias de esa subestimación, por lo general cuando han sido utilizadas por los antidemocráticos para perseguirlos. Aunque es más raro – por la mayor cohesión clasista de las fuerzas antidemocráticas –, tampoco es imposible que también en ocasiones las fuerzas antidemocráticas, contradictoriamente, abran algún espacio de avance democrático en la administración de justicia. La política no responde tanto – como usualmente se cree – a racionalidades *macro*, sino a la solución inmediata de conflictos coyunturales, en especial cuando nadie sabe muy bien cómo accionar el timón, en tiempos regresivos para los Derechos Humanos como son los actuales, en particular en nuestra región.

En síntesis, al interrogante planteado por el autor, creo que debe responderse que su investigación y propuestas son perfectamente válidas, como contribución *estratégica* al perfeccionamiento de las *ideas-fuerza* que deben orientar la lucha por la democratización de la administración de justicia.

En otro orden, creo que es hoy nuestro deber no sólo como juristas, sino también como ciudadanos de nuestras repúblicas, incentivar una reflexión que nos lleve a *repensar* nuestros *Estados*.

El planeta está sufriendo una etapa de *colonialismo avanzado* del poder financiero que se propone la destrucción o debilitamiento de la política, o sea, de nuestros Estados. La penetración colonial del siglo XXI tiene lugar por vía de los defectos institucionales de nuestros propios Estados. La administración de justicia es uno de los pilares del ejercicio de la soberanía estatal, que es urgente reforzar para salvar nuestro Derecho Humano al desarrollo progresivo.

## PREFÁCIO

Hay problemas que la investigación, por supuesto, no abarca, pero que son urgentes: ¿Nuestros sistemas de control de constitucionalidad son eficaces? ¿Nuestros tribunales supremos tienen una estructura institucional suficientemente plural y racional? ¿Los modelos de cortes constitucionales europeos serán mejores? ¿Hay una real contradicción entre el sistema centralizado y el difuso? ¿Necesitamos un tribunal político y plural como los modelos europeos de posguerra?

Si pienso en la Argentina, sinceramente, no veo más que irracionalidad en la estructura constitucional de la administración de justicia y en la previsión del control de constitucionalidad: un tribunal de cinco personas – cuya realidad me tocó vivir once años – es la última instancia de control constitucional y también la ordinaria de todos los procesos de cualquier materia que se tramitan en las justicias federal o estadual de toda la República y, además, lo hace cuando quiere y en el 95% de los casos se niega con un sello, pero, por si esto fuese poco, su eventual declaración de inconstitucionalidad no tiene más valor que para el caso concreto, sin que rija en esa materia el *stare decisis* y la ley inconstitucional siga vigente y aplicable por los órganos del ejecutivo.

Sé perfectamente, que tenemos diferencias institucionales en esto con Brasil pero, sin entrometerme en lo que no conozco suficientemente, estimo que si se pretende tener un Estado soberanamente fuerte – como el que exige la hora mundial –, es decir, un verdadero *Estado de Derecho* que nos sirva de defensa ante el avance colonialista financiero, debemos repensar atentamente el control de constitucionalidad, como garantía de efectiva vigencia de la primacía de la ley fundamental.

No me animo a penetrar profundamente en la cuestión, pero al menos, desde fuera, alguna enmienda constitucional me da la impresión – primera al menos – de que introduce una autocontradicción en el texto constitucional de 1988. En la tradición constitucional argentina no conocemos el sistema de enmiendas, pero – insisto que desde fuera – me pregunto si una enmienda constitucional no será acaso inconstitucional cuando introduce una autocontradicción irresoluble en el texto. Es sólo una duda, que los juristas de Brasil sabrán responder con mucho mayor conocimiento de un problema que no tengo en mi derecho positivo.

## EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Volviendo al texto de esta seria investigación, veo que se centra preferentemente en la formación del perfil del juez. Por cierto que coincido ampliamente con las opiniones del Prof. Corrêa de Moura Rezende.

El curso de más de dos décadas me permite superar algo mi *ingenuidad* observando que no había reparado suficientemente en que hay fallas básicas, que comienzan en la Universidad. ¿Qué derecho enseñamos? ¿No estamos perdidos en un lugar fuera de la tierra y del cielo, en un *topos uranos* de normatividad pura, sin datos de realidad social? ¿Preparamos juristas que decidirán políticamente sin introducir ningún dato de la realidad social? ¿Acaso no nos damos cuenta de que tenemos los coeficientes de Gini más altos del mundo? ¿No sabemos que cada sentencia es un acto de poder *político* porque la jurisdicción es un acto de gobierno de la *polis*?

El Prof. Corrêa de Moura Rezende a veces parece creer que esto es debido a una formación *de positivismo jurídico*, pero no estoy tan seguro, porque en definitiva, el positivismo jurídico, al menos en alguna de sus versiones, me merece respeto y, por cierto, hoy no debemos temblar frente a él, al menos en cuanto a sus efectos prácticos, dado que los Derechos Humanos son parte del derecho positivo constitucional e internacional, a diferencia de lo que sucedía cuando era menester buscarlos o deducirlos suprallegalmente.

Creo, más bien, que lo que la academia está proveyendo es la preparación de una formación que permite eludir cualquier decisión que comprometa políticamente o que desagrade a nuestros monopolios mediáticos de discurso único o de creación única de realidad. Como es sabido, nuestras agendas políticas son preparadas por estos monopolios, que tienen la capacidad de estigmatizar y destruir la reputación de cualquier persona que se atraviesa en el camino de sus intereses financieros. Los jueces son blanco fácil y en general, por inexperiencia política y mediática, carecen de otra defensa que la evasión del problema.

En su tiempo, Radbruch sostuvo que la conducta de los jueces nazistas obedecía a su formación *positivista*, pero él mismo había sido positivista, no obstante lo cual fue un ejemplo altamente ético de resistencia jurídica. La mayoría silenciosa de la magistratura nazista, que

## PREFÁCIO

por cierto quedó impune, no era positivista sino *burocrática* y de clase media alta (porque era la única que le permitía una *beca* familiar hasta ponerse en *carrera*) y conforme a ese condicionamiento burocrático y a su temor de clase frente a un posible avance del socialismo, prefirió la *pax* que le permitió sobrevivir y en el cargo sin problemas y avanzar sin obstáculos en la *carrera*. Por eso, ponía distancia de los *disidentes*, ocupaba las vacantes que dejaban los destituidos y también trataba de no exagerar su nazismo, distanciándose por lo bajo de algún asesino togado como Freisler. No olvidemos nunca que a la *pax burocrática* le molestan por igual los disidentes de *izquierda* que los de *derecha* (por llamarlos de alguna manera, a la  *europea*, aunque hay haya perdido buena parte de su sentido), dado que ambos *comprometen*.

Creo, por ende, que necesitamos una reflexión acerca de la ciencia jurídica que enseñamos en nuestras universidades. Los jueces, los promotores y los abogados no nacen de una incubadora, sino que los formamos en las universidades. La pretendida *asepsia* política, es desprecio por la política (cuna de dictaduras), encubrimiento de posiciones conservadoras o, lo que es peor, entrenamiento en una táctica discursiva de evasión de problemas que pueden molestar a los empresarios del monopolio mediático, siempre parte del poder financiero colonizador.

No es *positivismo jurídico* lo que hoy lleva a ignorar los principios constitucionales, a subestimar el principio de igualdad, a postergar los derechos sociales y a considerarlos meras declaraciones de buena voluntad *no exigibles jurídicamente*, a legitimar procesamientos que nunca terminarán en condenas serias, a inventar extensiones insólitas de tipos penales, a admitir el despilfarro de los fondos de seguridad social, a permitir el astronómico endeudamiento externo del Estado, etc. Eso es resultado de dos factores: del entrenamiento en la *asepsia* por un lado, y del perfil de subsistencia, por otro, que es fácilmente proclive a las presiones políticas y mediáticas, fácilmente deslizable a la corrupción del poder o del dinero (que en el fondo son lo mismo).

No creo en los códigos de ética judicial, porque son *heterónomos*, quieren imponer la ética desde fuera. En esto soy kantiano: debe salir de dentro de la persona, sino no vale, pues para *heterónimo* es suficiente

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

con el código penal. Sí creo en la formación ética del magistrado, pero que no puede distanciarse por completo de su formación *política*. Porque guste o no, quien decida en un *Estado de Derecho* sobre la vida, la libertad, la salud, la educación, la propiedad, de sus semejantes, debe tener una formación jurídica, pero ésta implica una formación política, salvo que se piense en la *asepsia* de comodidad de la *pax burocrática*.

¿Es esto pretender imponer un discurso único? No lo es: formación política implica capacidad de decisión *consciente* en cuanto a los efectos reales de lo que se decide. La universidad se preocupará —o deberá preocuparse— por superar el entrenamiento *aséptico*, pero el Estado que aspire a formar jueces políticamente *conscientes* — sean liberales, conservadores, populistas, socialistas o lo que cada uno de ellos quiera pensar —, lo menos que puede pretender es que sean *conscientes* de la realidad social sobre la cual sus decisiones habrán de tener incidencia. Esto es *formación política*, y nada tiene que ver con un entrenamiento partidista y menos aún con la aspiración a un partido único.

Por eso, creo que lleva razón el autor de este libro, cuando propone la formación del magistrado al margen de la universidad, pero insisto en que esto no debe derivar en un *ghetto*, que hoy no es aconsejable ni siquiera en la formación de cuadros de instituciones mucho más corporativas, como la militar o la eclesiástica.

La formación estatal del magistrado la *sueño* como una introducción a su trabajo cotidiano, a los problemas propios de una administración, que es lo que la universidad no tiene por qué proveer. Pero también — y fundamentalmente — como una formación política en el antes señalado sentido. Algún día el candidato o aspirante a magistrado deberá trabajar un tiempo en alguna *favela*, en algún lugar de provincia donde se atienda a trabajadores agrarios, en algún hospital psiquiátrico, en un hospital público, en un instituto de menores y, sobre todo, en alguna prisión. Esta es la formación política auténtica, la que le permita ser *consciente*, cualquiera sea su cosmovisión y su correspondiente ideología.

En sociedades altamente estratificadas —como la brasileña y todas las nuestras— es casi natural que el juez emerja de las clases medias, habrá pocos *héroes* que logren llegar desde las clases subalternas, pero debe

## PREFÁCIO

juzgar y decidir respecto de todos. Dentro de los límites republicanos será libre de pensar como quiera, pero no puede ignorar los efectos concretos de lo que resuelve. De aquí surgirá su ética, no *heterónoma*, sino *autónoma*. Sabrá en cada caso la cuota de dolor que impone o que impide, de la violencia que genere o que evite, será *consciente* de lo que resuelva y no podrá eludir lo que le dicte su *conciencia*, salvo al precio de la neurosis o de la enfermedad, no poco frecuente, por cierto.

El colmo del absurdo es que alguien llegue a ser juez penal sin conocer una prisión, sin tener la vivencia de la vida carcelaria, cuando en sus funciones habrá de repartir miles de años de pena de prisión y disponer muchos más de prisiones *preventivas* que, por la duración de los procesos, no serán más que penas anticipadas.

En mi país no usamos togas desde 1811, de modo que nunca las conocí ni nuestro pueblo está habituado a verlas: seguramente mis conciudadanos las considerarían ridículas. Sin embargo, el carácter *sacerdotal* también existe. Recuerda el autor la anécdota del promotor al que le besaron el anillo. Aquí no hay togas, pero en los años en que comenzaba mis funciones judiciales en una provincia argentina, el tribunal oral penal del que formaba parte funcionaba en lo que había sido el antiguo local de una farmacia esquinera de pueblo, en el cruce polvoriento de dos calles poco antes pavimentadas y, por cierto, un edificio viejo y desvencijado. Un día el secretario del tribunal, me advirtió que le dijese a los ordenanzas que cerraran la puerta de acceso cuando no estábamos en audiencia, porque una viejecita había entrado y se había puesto a rezarle al Cristo, creyendo que era una iglesia.

Sin togas ni pelucas, pasa lo mismo.

En efecto: el magistrado se va formando en una burocracia que lo atavía con pequeños – hasta insignificantes – signos de poder y distinción, que no necesitan ser tan notorios como la toga y la peluca, pero que lo van llevando a identificar su subjetividad con su función. Llega un momento en que todos lo tratan como *el juez* y acaba siendo *el juez*. Esto es lo peligroso subjetivamente, cuando la persona se mira al espejo y ya no ve a Rosa, María o José, sino a *su señoría*. Eso genera una vulnerabilidad particular: cualquier amenaza a su función o a su

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

*carrera* no la vivencia de igual modo que el panadero, el jardinero o el camionero, que la puede sentir como riesgo de pérdida laboral o de ingresos. El juez *asumido en su rol identitario* la sufre igual que los otros, como una pérdida laboral, pero además, la vivencia como una *pérdida de identidad*, si pierde la función, si deja de *ser juez*, pierde identidad. Esto sucede incluso en muchos casos de jubilación: *no sé más quién soy*.

Los signos de falso poder (con toga o sin toga), la *guetización judicial*, los supuestos privilegios, no son más que un entramado que deteriora a la persona del magistrado, capaz de afectar seriamente su salud, no sólo con condicionamientos neuróticos, sino con somatizaciones y consecuencias orgánicas a veces fatales. Forman parte de un verdadero riesgo profesional a la salud, generan enfermedades profesionales propias.

Es claro que esta despersonalización judicial es funcional y la evasión de cualquier amenaza proveniente de malquistarse con el poder mediático del colonialismo financiero, impulsando a la persona a optar por lo aprendido en el entrenamiento *aséptico* que proviene de la universidad, lo que además les es facilitado por la carencia de formación política (de consciencia de la realidad social) propia de las limitaciones al conocimiento de su procedencia de clase y de un sistema de reclutamiento en que el Estado sólo evalúa la capacidad burocrática de producir sentencias en serie, para acabar en una suerte de *fordismo judicial*.

Podría seguir reflexionando sobre el contenido de esta extraordinaria investigación, pero me llevaría a escribir otro libro. Espero que el presente despierte el interés de muchos otros investigadores brasileños e impulse la clarificación de los objetivos estratégicos de esta lucha por la democratización de la administración de justicia que tenemos por delante, quizá interminable, como toda empresa de perfeccionamiento institucional y, en definitiva, como todo el avance del *deber ser* de los Derechos Humanos en el plano del *ser*. De momento, esta investigación es un paso positivo de serio llamado de atención.

**Eugenio Raúl Zaffaroni**

*Professor Emérito da Universidade de Buenos Aires*

Buenos Aires, janeiro de 2017.