

solo, para acreditar-se que a adjudicação corre esse risco com maior intensidade do que qualquer outra instituição. De fato, das desigualdades e disparidades que permeiam nossa sociedade e a necessidade de um poder tão grande quanto o estatal para preencher a lacuna existente entre os nossos ideais e as reais condições da nossa vida social, a adjudicação é o meio mais passível de obter êxito nessa aspiração. Ela é mais apta a fazer justiça do que a conversação, a mediação, a arbitragem, o acordo, o *rent-a-judge*,^{NT2} os procedimentos de instrução e julgamento com trâmite reduzido, as discussões comunitárias ou outras invenções da ADR, precisamente porque investe de poderes estatais agentes que atuam como quem recebeu confiança do público, sendo altamente identificados e comprometidos com a razão. Atualmente, não precisamos de um novo ataque a essa forma de Poder Público, seja ele proveniente da periferia ou do centro, inspirado na religião ou na política, mas de uma apreciação renovada de todas as suas promessas.

NT2

O aluguel de um juiz. Alguns profissionais da área jurídica, muitas vezes juízes aposentados, prestam serviços privados de solução de conflitos, em um procedimento próximo à arbitragem.

Capítulo V

O correto grau de independência*

Há muito reconhecida como uma das características do consuetudinismo norte-americano, a independência do juiz pode tomar diferentes formas, todas essenciais para um bom julgamento, mas nenhuma absoluta.

Uma das formas que a referida independência toma — a “neutralidade judicial”^{NT1} — refere-se ao relacionamento entre o juiz e as partes perante a corte e tem como fundamento a aspiração por imparcialidade. A referida neutralidade exige que o juiz não tenha nenhum tipo de relacionamento com as partes, bem como que essas não exerçam nenhum tipo de controle ou influência sobre ele. Tal exigência tem como objetivo afastar graves ameaças à imparcialidade, como, por exemplo, o suborno e a existência de laços estreitos de parentesco entre juízes e litigantes. Todavia, muitas violações menos ostensivas, como afinidades

* Originalmente publicado na *Encyclopedia of the American Constitution*. Uma versão anterior apareceu como “Os Limites da Independência Judicial”, no volume 25 da *University of Miami Inter-American Law Review*, p. 57 (1993).

NT1 *Party detachment*, no original.

culturais e identificações ideológicas, entre outras, na prática não podem ser prevenidas. A independência do juiz, portanto, no que tange às partes litigantes, é um ideal que só pode ser parcialmente alcançado.

Uma segunda forma de independência do juiz — a “autonomia funcional” — é relativa ao relacionamento entre juízes individualmente considerados e outros membros do Judiciário. Ela requer que o juiz não seja limitado por pressões corporativas ou institucionais ao decidir questões de fato e de direito. De acordo com essa regra, as decisões judiciais são questões concernentes à consciência e responsabilidade individual do juiz.

Esse aspecto da independência do juiz, de caráter individual, tem suas raízes em padrões culturais abrangentes e é reforçado pela prática norte-americana de recrutar juízes entre indivíduos bem-sucedidos na prática do direito ou na política. Ela também é reforçada e refletida na prática de os juízes assinarem suas decisões, votos e acórdãos. A exigência de que os juízes assumam responsabilidade individual por suas decisões favorece a responsabilidade judicial.

Assim como a neutralidade judicial, a autonomia funcional é um ideal apenas parcialmente realizado. Espera-se que todos os juízes mantenham-se fiéis às decisões precedentes de outros juízes em razão da doutrina do *stare decisis*.^{NT2} Os juízes de cortes de grau inferior são ainda mais limitados: estão sujeitos à revisão em sede de recurso e, mais recentemente, ao controle burocrático. A Lei de Reforma dos Conselhos Judiciais^{NT3} de 1980, por exemplo, permite que grupos de juízes federais dos vários circuitos se des-

NT2 A regra conhecida como *stare decisis* determina a adesão aos casos anteriormente julgados. É o mecanismo básico do direito anglo-americano, segundo o qual se deve decidir determinada causa da forma como causas anteriores, cujos fatos sejam substancialmente os mesmos, foram decididas.

NT3 *Judicial Councils Reform Act*, no original.

viam de procedimentos recursais ordinários e formem comitês para investigar e impor sanções a juízes distritais.

Uma terceira forma de independência do juiz — a “separação de poderes” — talvez seja a mais complexa. Exige que o Judiciário seja independente de instituições governamentais controladas pelo voto popular, em particular os Poderes Executivo e Legislativo. Essa forma de independência coincide em parte com a neutralidade judicial sempre que um dos Poderes do Estado é parte perante a corte, mas trata-se de uma exigência distinta que abrange várias outras circunstâncias. Mesmo quando as partes do processo são publicamente privadas, espera-se que o juiz remanesça livre da influência ou do controle dos demais poderes estatais.

A separação de poderes é essencial para a busca da justiça, entendida esta como um ideal objetivo, desvinculado do sentimento popular. Supõe-se que as cortes fazem o que é certo, e não o que é popular. Essa forma de independência também permite que o Judiciário, ao se manter em consonância com a doutrina de separação de poderes, aja como uma força em contrapeso no Estado, verificando a ocorrência de abusos de poder por parte do Legislativo e Executivo. Com esse propósito em mente, a Constituição confere aos juízes federais vitaliciedade e proteção contra a redução de seus vencimentos. Outrossim, uma vez que o Judiciário Federal é o legítimo intérprete da Constituição, apenas uma emenda pode afastar uma interpretação constitucional e esse é um processo difícil, que exige majorias especiais em cada uma das casas do Congresso e aprovação por três quartos dos Estados-membros.

A despeito de sua importância, a separação de poderes impõe um certo dilema à teoria democrática: quanto mais independente estiver o Judiciário em relação às instituições governamentais controladas pelo voto popular, maior será sua capacidade de interferir em suas políticas e, conseqüentemente, de frustrar a vontade po-

pular. Por conseguinte, a demanda pela separação dos poderes, talvez ainda mais do que pela neutralidade judicial e autonomia funcional, é importante. De fato, o Poder Judiciário Federal, por muito tempo considerado um dos sistemas judiciais mais independentes de todo o mundo, é melhor compreendido não como um poder estatal totalmente independente, mas como uma faceta de um sistema político interdependente.

Uma das principais limitações impostas à independência política do Judiciário é o processo de nomeação. Em alguns países, o Poder Judiciário é dotado de autoridade para selecionar seus próprios membros, como uma forma de intensificar sua independência política. Nos Estados Unidos, o Presidente é investido do poder de nomear juízes federais e esse sistema necessariamente introduz um elemento de controle político sobre a composição do Poder Judiciário. Os Presidentes naturalmente tentarão selecionar juízes cujo conceito de justiça aproxime-se do seu, os quais tenderão a apoiar as políticas de suas respectivas administrações. O Presidente é limitado pelas expectativas públicas no que tange às qualificações dos nomeados, mas mesmo a mais insistente demanda por excelência deixa-lhe ampla liberdade de escolha. A necessidade de obtenção de aprovação por parte do Senado também limita as prerrogativas do Presidente, contudo isso dificilmente elimina o caráter político do processo de nomeação, posto que o Senado é um órgão político orientado por sua própria pauta de interesses.

Mesmo após a realização do juramento do juiz, o controle do Presidente sobre as promoções pode servir como uma fonte de influência contínua. Aqueles que almejam uma posição superior na hierarquia judicial ou, talvez, um outro posto no governo podem evitar decisões passíveis de desagradar ao Presidente ou impor obstáculos a sua confirmação no cargo. Ademais, é provável que os juízes se considerem em débito com o Presidente que o nomeou.

Esse sentimento de gratidão pode produzir uma orientação judicial tendenciosa, favorável à Administração. Todavia, esse risco tende a diminuir com o tempo, à medida que o juiz venha a se confrontar com políticas de um Presidente com o qual ele não tenha nenhum tipo de relacionamento anterior. Em algumas situações memoráveis, tal como aquela que envolveu o juiz Louis Brandeis e o Presidente Franklin Roosevelt, os juízes em sessão agiram como conselheiros informais do Presidente, comprometendo, de forma extremamente grave, sua independência.

Uma outra importante fonte de influência política sobre o Poder Judiciário é o processo de *impeachment*.^{NT4} O artigo segundo da Constituição norte-americana sujeita ao *impeachment* todo funcionário público civil que cometer "traição, suborno ou outros crimes e infrações". Entretanto, o artigo terceiro do referido diploma legal utiliza uma linguagem mais genérica, estabelecendo que os juízes "devem manter seus cargos enquanto se comportarem adequadamente". Na verdade, no século XIX, o Congresso invocou seu poder de promoção de *impeachment* simplesmente porque desaprovava certas decisões judiciais. De fato, nenhum desses procedimentos específicos resultou no afastamento de juízes e formou-se um entendimento geral no sentido de que os juízes só podem ser impedidos se violarem as mais elementares tarefas decorrentes do cargo, como, por exemplo, em casos de alcoolismo crônico, corrupção ou condenação criminal. Ainda assim, a ameaça de *impeachment*, freqüentemente externada por ideólogos que não têm esperança de êxito, pode ter uma influência inibidora.

^{NT4} O termo, em inglês, é utilizado correntemente no Brasil para indicar o processo de perda do cargo de Presidente da República, podendo estender-se às demais hipóteses previstas no art. 52, incisos I e II, da CF. No Brasil, o processo de *impeachment* desenvolve-se perante o Senado, sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal (art. 52, inciso XIV, da CF).

Além dos elementos políticos introduzidos pelos processos de nomeação e *impeachment*, bem como pela própria vontade do juiz de alcançar posições superiores, imperativos econômicos também podem comprometer a independência do Judiciário. Não obstante a Constituição ofereça uma garantia contra a redução de vencimentos, o direito atualmente assente nos Estados Unidos desobriga o Congresso de aumentar os salários dos juizes federais de acordo com a variação inflacionária. Juizes preocupados com a manutenção do valor real de seus vencimentos podem, portanto, adaptar suas ações para não desagradar aos demais Poderes. Ademais, o juiz fica vinculado a certos benefícios acessórios do cargo como secretárias, assistentes e motoristas, podendo produzir-se um efeito semelhante, posto que esses benefícios também são controlados pelo Congresso e pelo Presidente. Nessas questões, os Poderes Legislativo e Executivo não podem ter como alvo juizes individuais, mas devem estabelecer regras aplicáveis a todos os juizes federais, ou pelo menos a categorias específicas (por exemplo, a Suprema Corte ou cortes de grau inferior). Isso enfraquece a utilidade desse método de controle como sanção, a menos, é claro, que a situação tenha se deteriorado a ponto de justificar um golpe aos princípios estabelecidos em relação à matéria.

Uma forma mais precisa de controle pode ser efetivada por meio do exercício, pelo Congresso, do poder de criar o direito. Conquanto decisões judiciais que interpretem a Constituição só podem ser afastadas por emendas constitucionais, o Congresso pode reverter interpretações legais com simples atos legislativos. Esse poder tem sido exercido inúmeras vezes, não obstante o fato de ser limitado por uma norma que nega ao Congresso o poder de prescrever ou alterar a norma aplicável a um caso já pendente.

Ademais, o Congresso norte-americano pode intervir limitando a competência das cortes federais e, conseqüentemente, encaminhando os demandantes a cortes estaduais ou a outros órgãos federais (por exemplo, órgãos da Administração Pública, juizes de

tribunais ou pretores, os quais não são tão independentes com relação aos demais Poderes quanto os juizes mencionados no artigo VII da Constituição norte-americana). De forma similar ao que ocorreu com os esforços para o estabelecimento de regras de decisão,^{NT5} o poder do Congresso de modificar a competência judicial pode ser limitado por uma norma que lhe negue esse poder em casos pendentes. A teoria de que um direito federal implica necessariamente uma medida judicial federal também tem fundamentado a resistência às iniciativas destinadas à modificação da competência de órgãos jurisdicionais.

Nos últimos anos, ocasionalmente, o Congresso tem procurado controlar a adjudicação de ações constitucionais por meio do estabelecimento de limitações às medidas judiciais, em vez de buscar a modificação da competência das cortes federais sobre tais ações judiciais. Com relação à segregação escolar,^{NT6} por exemplo, o Congresso limitou as condições sob as quais o transporte escolar pode ser organizado. Além disso, empregou, recentemente, estratégia semelhante para interferir em um processo em trâmite perante uma corte federal que tinha por objeto a reforma das condições das penitenciárias.

Os Poderes do Estado podem, ainda, influenciar o curso de decisões judiciais por meio do controle que exercem sobre a quantidade de cargos de juiz. A Constituição, em que pese tenha instituído a Suprema Corte, não determina seu número de juizes e tampouco estabelece normas no que se refere à quantidade de juizes das cortes inferiores. Visto que o Presidente é investido do poder de nomeação, sujeito, obviamente, à confirmação por parte do

NT5 *Rule of decision*, no original.

NT6 Referência às ações judiciais que obrigaram os distritos educacionais a transformar o sistema dual, de escolas separadas para negros e brancos, em sistema único, de escolas acessíveis para ambas as raças.

Senado, o Congresso pode agraciar um Presidente, cujas políticas ou postura com relação ao Judiciário ele apóie com novos cargos a serem preenchidos. Inversamente, o Congresso pode tentar manter ou diminuir o número disponível de nomeações para um Presidente com o qual ele discorde em tais questões.

Durante o século XIX o Congresso por vezes manipulou a quantidade de juízes da Suprema Corte como forma de influenciar o curso das decisões judiciais. Contudo, desde a malograda tentativa do Presidente Franklin Roosevelt no sentido de alterar a composição da Corte na década de 30 — um esquema que previa o acréscimo de um novo juiz para todo aquele que ultrapassasse os setenta anos de idade, de modo a minar as decisões contrárias aos programas do New Deal —, uma norma informal surgiu nos Estados Unidos, desfavorecendo esse tipo de manipulação. Ainda assim existem muitas razões, dentre elas o crescimento da população e número de processos judiciais, para a alteração do tamanho do Judiciário, podendo o Congresso invocar qualquer delas, ou até mesmo todas, para dissimular seu intuito de manipulação. Além disso, como a manutenção do *status quo* é menos passível de ser notada do que uma medida destinada à manipulação, o Congresso pode pressionar as cortes federais abstendo-se de aumentar o número de juízes, o que acarretaria um aumento da carga de trabalho individual. Essas formas de exercício do controle legislativo são mais viáveis no que tange às cortes federais de grau inferior, pois não há normas gerais sobre o número adequado de juízes para essas cortes (diversamente da Suprema Corte, cujo número de nove juízes parece ter sido fixado pela imaginação popular) e elas raramente despertam grande atenção por parte do público.

Por fim, o Judiciário é dependente dos demais Poderes para implementar suas decisões. Certa feita o Presidente Jackson respondeu a uma decisão da Suprema Corte, a qual se referia a uma controvérsia entre o Estado da Geórgia e indígenas, em termos bastante claros: “John Marshall tomou sua decisão, agora deixe-

mos que ele a implemente”. No período moderno, os Presidentes cooperaram mais e de fato convocaram a força policial, durante a era dos direitos civis, para a implementação de decisões judiciais. Tais medidas foram consideradas bem-vindas pelo Judiciário, mas, por outro lado, revelaram sua dependência e falta de capacidade para a implementação de políticas intensa e persistentemente contrariadas pelos outros Poderes. Os juízes são investidos do *contempt power*,^{NT7} mas as ordens dele decorrentes não são auto-executáveis e, portanto, podem exigir a assistência dos demais Poderes.

Portanto, a tão celebrada independência do Judiciário Federal é limitada de muitas formas. Os juízes federais gozam de significativa independência no que se refere às partes litigantes e a outros membros do Judiciário, mas essa independência está longe de ser absoluta. Também é verdade que os juízes federais estão apartados dos demais Poderes, pois têm vitaliciedade no cargo, a garantia consistente na impossibilidade de redução de seus vencimentos por ato legislativo e, devido a um entendimento público que se desenvolveu, não podem ser afastados de seu cargo simplesmente porque alguns discordam de suas decisões. Ainda assim, eles não são, de maneira nenhuma, completamente independentes dos de-

NT7 Diz respeito ao poder do juiz enquadrar alguém — partes, terceiros e até mesmo os advogados — em *contempt of court*, aplicando-lhe uma sanção pela prática de determinado ato, por exemplo a desobediência de uma ordem judicial. O *contempt of court* consiste, de maneira geral, “em um ato ou omissão perturbando ou obstruindo o processo judicial em um caso em particular” (DOBBS, Dan B. *Contempt of Court: a Survey*. Cornell Law Review, vol. 56 (1971), n. 2, p. 185). No Brasil, o *contempt of court* vem sendo denominado “ato atentatório à dignidade da justiça”, estando atualmente presente no art. 14, par. ún., do CPC. Para maiores informações sobre o *contempt of court*, ver: SALLES, Carlos Alberto de. *Execução Judicial em Matéria Ambiental*. São Paulo: RT, 1998. p. 209-216.

mais poderes. Uma vez que a Constituição norte-americana concede aos Poderes Executivo e Legislativo as prerrogativas de fazerem nomeações, decidirem se os salários devem ser reajustados de acordo com a inflação e definirem a jurisdição e estrutura do Judiciário, o que é agravado pelo fato das cortes precisarem, com frequência, de tais Poderes para a implementação de suas decisões, eles podem exercer uma influência significativa sobre elas. Os juízes são independentes, mas não tanto quanto, na verdade, é apropriado em uma democracia.

Capítulo VI

A burocratização do Judiciário*

SUMÁRIO: 1. A burocracia judicial – 2. Patologias da burocracia – 3. O modelo weberiano – 4. O modelo de Hannah Arendt – 5. As soluções.

A história do século XX é, de maneira geral, a história do crescimento da burocratização. Quase todas as fases da vida norte-americana foram dominadas por organizações complexas de grande porte – a empresa, o sindicato de trabalhadores, a universidade, o hospital público e até os órgãos responsáveis pela política nacional norte-americanos. O Executivo nacional não consiste simplesmente no Presidente e em um pequeno grupo de conselheiros de confiança, mas é, ao contrário, composto por um vasto e crescente conglomerado de órgãos administrativos que contam com mais de três milhões de funcionários. Aceitamos tal fato e frequentemente nos referimos ao Poder Executivo como “A Burocracia”, no entanto, um desenvolvimento semelhante ocorreu no Legislativo. Além de 500 senadores e deputados, o Congresso agora é compos-

* Publicado originalmente no volume 93 (1983) da *Yale Law Journal*, p. 1.442-1.468.

to por mais de 50.000 funcionários, mais de 300 comitês e subcomitês e diversos órgãos internos (como o *General Accounting Office* e o *Congressional Budget Office*). Em face desse quadro, um relato do Judiciário, focalizando exclusivamente a agonia de um juiz isolado e solitário, parece um tanto antiquado. Hoje o Judiciário deve ser visto como uma organização complexa de grande porte.

Não obstante a burocratização do Judiciário apresente desenvolvimento semelhante à dos demais poderes, cria um peculiar desafio relativo à legitimidade. A legitimidade dos Poderes Legislativo e Executivo tem origem em sua capacidade de dar respostas ao desejo popular e a burocratização age como uma barreira que dificulta o fornecimento de tais respostas pelos funcionários no âmbito desses poderes. Com o Judiciário, entretanto, o impacto da burocratização é sentido em outra esfera: a burocratização tende a corroer os processos judiciais individualistas que são a fonte da legitimidade judicial.

A base do poder jurisdicional é o processo. Os juízes são investidos de poder em razão de sua especial idoneidade para interpretar os valores públicos incorporados nos textos normativos de autoridade. Essa idoneidade deriva do tipo de processo que há muito caracteriza o Judiciário e limita o exercício de seu poder. Um dos aspectos de tal processo é a independência. A independência judicial não é ameaçada pela burocratização e, de fato, hoje, a independência do Judiciário em relação aos poderes políticos pode depender de sua capacidade de desenvolver os recursos organizacionais costumeiramente associados à burocracia. Todavia, um segundo aspecto do processo de legitimação do Judiciário é ameaçado por esse fenômeno. Estou referindo-me à obrigação que o juiz possui de se engajar em um diálogo especial — ouvindo todos os pedidos e interesses envolvidos e fundamentando suas decisões. Ao assinar sentenças ou acórdãos, o juiz confirma às partes que teve uma participação completa e profunda no processo e assume responsabilidade individual pela decisão. Consideramos o Poder Ju-

diário nestes termos, contudo, a burocratização aumenta a possibilidade de que a assinatura do juiz não tenha o devido significado, ou seja, de que o juiz esteja exercendo poder sem se engajar genuinamente no diálogo do qual advém sua autoridade.

1. A BUROCRACIA JUDICIAL

Nem todos os relacionamentos organizacionais são burocráticos. A atribuição de poder para as Cortes Estaduais e Federais cria um conjunto complexo de relacionamentos organizacionais entre os juízes dos dois sistemas políticos, mas, a meu ver, são relacionamentos mais coordenados do que burocráticos.¹ Do mesmo modo, não considero burocráticos os relacionamentos organizacionais que têm origem no fato de que, na atualidade, as Cortes de Apelação atuam principalmente por meio de grupos de juízes. As interações entre os membros de cada grupo podem criar relacionamentos que ameacem a integridade do processo judicial, quando, por exemplo, a garantia da maioria dependa de acordos; porém, penso que esses relacionamentos são melhor compreendidos como formas de decisão em colegiados ou comitês do que como burocráticos.² Em meu entendimento, o traço que distingue a burocracia desses outros relacionamentos organizacionais é a hierarquia: o relacionamento burocrático não é horizontal, mas vertical.

(1) Para uma discussão do federalismo como um sistema coordenado, ver Cover & Alankoff, *Dialectical Federalism: Habeas Corpus and the Court*, 86 Yale L.J. 1035 (1977); Cover, *The Uses of Jurisdictional Redundancy: Interest, Ideology, and Innovation*, 22 WM. & Mary L. Rev. 639 (1981).

(2) Para uma discussão do impacto dos relacionamentos em forma de comitês sobre o processo judicial, ver Fiss, "Dombrowski", 86 Yale L.J. 1103 (1977).

“Burocracia” é um termo frequentemente usado com conotações pejorativas, em razão das patologias ou disfunções ligadas às organizações complexas, mas utilizarei esse termo de maneira mais descritiva. Empregá-lo-ei para referir-me a uma organização complexa com três características: 1) uma diversidade de atores; 2) uma divisão de funções ou responsabilidades entre eles; e 3) uma confiança na hierarquia como dispositivo central para coordenar suas atividades. Ao enfatizar o elemento hierárquico, não tenho a intenção de afirmar que a hierarquia seja o único dispositivo de coordenação, pois em burocracias de profissionais, como o Judiciário, a hierarquia é frequentemente complementada por uma cultura comum — um conjunto de normas compartilhadas e ideais. Todavia, essa qualificação não elimina a importância central da hierarquia para a organização e a utilidade do conceito para a análise de uma série de relacionamentos organizacionais que caracterizam o Judiciário moderno.

Concentro-me no Judiciário Federal porque ele é considerado, com frequência, a mais plena personificação do ideal judicial e também porque é tido como o menos burocrático de todos os nossos sistemas judiciais. Neste sistema, três relacionamentos hierárquicos podem ser identificados: juiz-juiz, juiz-*staff*, e o que chamarei de “juiz-subjuiz”. De todos os relacionamentos hierárquicos, o primeiro — o relacionamento entre juizes de diferentes níveis do sistema judicial — é o mais fraco e, como sempre ocorre nas organizações burocráticas, aqueles que se encontram na base da hierarquia têm, consideravelmente, mais poder do que o gráfico organizacional indica.³ Há uma lacuna entre o poder formal e o poder real. Esta lacuna origina-se, em parte, do fato de que a Suprema Corte não dispõe de tempo, recursos e informação necessá-

(3) Ver M. Crozier, *The Bureaucratic Phenomenon*, 145-74 (1964) (identificando dinâmicas que levam à divergência entre poder formal e real).

rios para supervisionar efetivamente as cortes inferiores. A Suprema Corte analisa, de modo completo, menos de 150 casos por ano, ao passo que as Cortes Federais de Apelação realizam 10.000 julgamentos nesse mesmo intervalo de tempo. Não podem as Cortes de Apelação preencher a lacuna referente à supervisão deixada pela Suprema Corte. Elas não são organizadas para exercerem tarefas administrativas. As Cortes de Apelação são compostas por uma multiplicidade de juizes, os quais não se expressam em uníssono, e controle exercido sobre cada uma delas é restrito a uma região geográfica do país, não se estendendo tão amplamente quanto o direito federal — para toda a nação.

A hierarquia entre os juizes é ainda mais enfraquecida pela ausência de qualquer sistema de sanções.⁴ De maneira contrária à prática na maior parte das burocracias, os ocupantes dos postos mais altos na hierarquia judicial não têm autoridade sobre a nomeação, remoção, promoção ou pagamento daqueles que estão abaixo. Por vezes, os que são especialmente obedientes são premiados com elogios nos acórdãos proferidos em sede de recurso e os indisciplinados são repreendidos publicamente. Ocorrem também consultas aos juizes com alta posição hierárquica quando um juiz de instância inferior procura subir na escala hierárquica. Na maioria das vezes, entretanto, o controle hierárquico sobre os juizes é exercido pela revisão do produto do trabalho dos hierarquicamente inferiores. Em 1980, o Congresso conferiu aos conselhos judiciais das seções judiciárias poderes para investigarem alegações contra juizes de instância inferior, mas as sanções não vão além da remoção.⁵ A lei cerca o juiz acusado de comportar-se de forma indevida

(4) Ver Damaska, *Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure*, 84 Yale L.J. 480, 493-95 (1975) (somente na “estreita área de ligação entre as cortes inferiores ... no reenvio” há real controle do comportamento das cortes inferiores).

(5) *The Judicial Councils Reform and Judicial Conduct and Disability Act of 1980*, §3, 28 U.S.C. §372(c)(6)(B) (1982) fornece um catá-

com elaboradas proteções procedimentais, quase equivalentes às disponíveis em uma ação penal e, especificamente, permite que uma reclamação contra um juiz possa ser indeferida, caso relacione-se com o mérito de uma decisão. Em muitos aspectos, esse diploma legal torna-se um símbolo da fraqueza dos controles de um juiz sobre outro.

O segundo relacionamento hierárquico dá-se entre um juiz e seu *staff*. Alguns componentes desse *staff* — por exemplo, o auxiliar (*clerk of the court*), o oficial de justiça e o secretário do juiz — geralmente não participam do processo de decisão e, no que tange ao exame da forma pela qual a burocratização afeta a integridade de tal processo, podem ser seguramente ignorados. Os assistentes jurídicos^{NT1} do Judiciário (*law clerks*), entretanto, não podem ser ignorados.⁶ É necessária uma análise do papel que desempenham, fazendo-se uma distinção entre dois tipos de assistentes jurídicos: os comissionados (“*elbow clerks*”), que são escolhidos e trabalham sob a supervisão direta de um juiz em particular, e os “*staff attorneys*”,

logo parcial de sanções “apropriadas”: 1) certificando o impedimento de um juiz; 2) requerendo que o juiz aposente-se voluntariamente; 3) ordenando temporariamente que nenhum caso novo seja atribuído a um juiz; e 4) repreendendo um juiz, quer publicamente ou em particular. Além disso, o conselho judicial pode submeter qualquer reclamação à *Judicial Conference of the United States*, que pode, se determinar que o *impeachment* pode ser imposto, submeter o assunto à *House of Representatives*. *Id.* § 372(c)(7).

NT1

Sem correspondente preciso na estrutura judicial brasileira. Trata-se, de todo modo, de auxiliares do juiz com formação jurídica.

(6) E não o foram. Ver J. Okley & R. Thompson, *Law Clerks and The Judicial Process: Perceptions of the Qualities and Functions of Law Clerks in American Courts* (1980) (estudo empírico dos funcionários nas cortes federais e da Califórnia). Boa parte do recente interesse público por assistentes jurídicos do Judiciário origina-se de B. Woodward & Armstrong, *The Brethren* (1979).

que não são designados a nenhum juiz em particular, mas pertencem à equipe central de assistentes jurídicos (“*central legal staff*”). Os *staff attorneys* parecem estar confinados às cortes de apelação.⁷

O papel do *staff* no processo de decisão não é público ou formalmente definido e, de qualquer modo, varia de juiz a juiz e de corte a corte. Os assistentes jurídicos comissionados podem escrever memorandos recomendando como os casos devem ser decididos (conhecidos por “*bench memoranda*”), discutir casos com o juiz, realizar pesquisas acerca de questões que não estejam completamente estudadas e rasunhar acórdãos. Os *staff attorneys* poderiam fazer o mesmo, mas sua função primária consiste na realização da triagem de casos para as cortes de apelação. Um *staff attorney*, comumente, prepara um memorando para um grupo de juízes, recomendando que determinados casos sejam decididos de forma sumária, por meio da emissão de uma ordem de julgamento, ao invés de serem amplamente debatidos e resolvidos por ato decisório com fundamentação completa.

O terceiro relacionamento hierárquico encontrado no sistema federal envolve juízes e certo pessoal auxiliar, tais como pretores (*magistrates*), juízes de falência e *special masters*,^{NT2} os quais de-

(7) Sobre o papel dos *staff attorneys*, ver Ubell, *Report on Central Staff Attorney's Offices in the United States Courts of Appeals*, 87 F.R.D. 253 (1980). Algumas das cortes de apelação federais também têm “conselhos de conciliação” que procuram facilitar, encorajar e, talvez, até mesmo pressionar as partes à celebração do acordo. Às vezes, pessoas chamadas “funcionários de triagem” ou “funcionários *pro se*” desempenham a função de *staff attorneys*. A Suprema Corte não tem, formalmente, *staff attorneys*, mas uma instituição comparável evoluiu pela criação de um grupo de assistentes jurídicos, incumbidos de fazer a triagem de petições de *certiorari*. Aparentemente oito juízes participam deste arranjo.

NT2

No sistema norte-americano, o *special master* é designado no processo como representante da corte para prática de alguns atos ou

nomino (emprestando um termo de Geoffrey Aronow⁸) "subjuízes". Os subjuízes participam no processo de decisão, mas localizam-se, em termos de poderes, em algum lugar entre os assistentes jurídicos e os juízes. Diferentemente dos primeiros, os subjuízes são formal e publicamente investidos de certa medida de poder de decisão, contudo, são distinguidos dos juízes em razão das restrições especiais sobre seus poderes. O escopo de sua jurisdição é especialmente limitado (por exemplo, falências, mecanismos referentes à instrução probatória, petições de *habeas corpus* ou o julgamento de crimes mais leves). Suas decisões estão sujeitas à revisão por um juiz, a qual é realizada sob padrões mais rígidos do que quando um juiz revisa o trabalho de outro juiz. Os subjuízes atuam por prazos limitados e estão sujeitos a controles hierárquicos — nomeação e demissão — que não são exercidos por um juiz sobre outro. Como consequência, a hierarquia entre juízes e subjuízes, como aquela entre o juiz e seus auxiliares, é mais forte do que a hierarquia entre juízes.

Considerando estes três relacionamentos hierárquicos — juiz-juiz, juiz-staff, e juiz-subjuiz — em conjunto, podemos apreender a estrutura burocrática familiar: a pirâmide. O sistema judicial federal é composto por três níveis: a Suprema Corte, as cortes de apelação e as cortes distritais. Dentro de cada um destes níveis há assistentes jurídicos ou auxiliares do juiz. O nível inferior, que constitui a base da pirâmide, possui uma segunda parte composta pelos subjuízes, os quais, basicamente, auxiliam os juízes distritais e estão sob sua supervisão. Como matéria puramente formal, esta estrutura burocrática não é nova. Quase todos os seus elementos podem ser identificados se voltarmos à virada do século, quando o Con-

transações específicas, cabendo-lhe desempenhar as funções determinadas pelo juízo, algumas vezes com grande autonomia.

(8) Aronow, *The Special Master in School Desegregation Cases: The Evolution of Roles in the Reformation of Public Institutions Through Litigation*, 7 Hastings Const. L. Q. 739, 742 (1980).

gresso criou cortes de apelação intermediárias nas seções judiciárias e transformou o sistema judicial federal de um sistema de dois níveis para um sistema de três. O que é novo e provocou o debate relativo à burocratização nos anos recentes não é a estrutura formal em si, mas sua densidade interna — a proliferação dos componentes da estrutura.

Em 1900, havia somente pouco mais de 100 juízes federais: 9 na Suprema Corte (*Justices*), 24 nas cortes de apelação e 77 juízes distritais. Hoje há mais de 850. Em 1900, havia somente 9 estenotipistas, um para cada juiz da Suprema Corte.⁹ É notável a evolução do assistente jurídico moderno com relação a essa posição, sendo que, na atualidade, sua função no processo de decisão tornou-se mais importante e seu número cresceu muito. Há aproximadamente 1.600 assistentes comissionados;¹⁰ normalmente, os juízes têm de dois a quatro. De sua feita, o Juiz-Presidente da Suprema Corte tem cinco. O *staff attorney* também é novo. Hoje há 112 desses assistentes¹¹ e parece provável que o número deles cresça, posto que a posição foi institucionalizada e a necessidade de selecionar os casos tornou-se mais importante.

Recentemente, tem-se dado muita atenção aos *special masters*.¹² Isto se deve, provavelmente, muito mais à calorosamente contes-

(9) Ver Newland, *Personal Assistants to Supreme Court Justices: The Law Clerks*, 40 OR. L. Rev. 299, 301-303 (1961).

(10) Annual Report of the Dir. of the Admin. of the U.S. Courts: 1982, p. 34 (1982) [citado em seguida como 1982 U.S. Courts Report].

(11) *Idem*.

(12) Ver Aronow, nota 8 supra; Berger, *Away From the Court House and Into the Field: The Odyssey of a Special Master*, 78 Colum. L. Rev. 707 (1978); Harris, *The Title VII Administrator: A Case Study in Judicial Flexibility*, 60 Cornwell L. Rev. 53 (1974); Kirp & Babcock, *Judge and Company: Court-Appointed Masters, School Desegregation, and Institutional Reform*, 32 ALA L. Rev. 313

tada e extensa natureza dos casos nos quais estão envolvidos (por exemplo, dessegregação escolar^{NT3}) do que ao número deles; de fato, seus correspondentes históricos mais próximos — os recepitores das reorganizações ferroviárias na virada do século — eram razoavelmente numerosos.¹³ Tem-se dado também significativa atenção aos subjuízes que exercem função no sistema de falências, os quais, na maior parte do século XX, foram chamados de árbitros, mas são hoje conhecidos por juízes, embora não gozem da proteção completa do art. III da Constituição norte-americana.

Parece-me, entretanto, que os subjuízes mais significativos não são nem os *special masters* nem os juízes de falência, mas os pretores. Eles não são especialistas mas, no histórico e no trabalho, generalistas muito parecidos com os juízes distritais federais. Os pretores lidam com os mais variados assuntos, desde petições de *habeas corpus* até reivindicações relativas à seguridade social; eles administram os mecanismos de instrução probatória, decidem casos que envolvem crimes mais leves e, com o consentimento das partes, podem julgar todas as questões relativas a casos cíveis. O esquema atual conta com 500 pretores, o que os faz quase tão nu-

(1981); Starr, *Accommodation and Accountability: A Strategy for Judicial Enforcement of Institutional Reform Decrees*, 32 ALA. L. REV. 399 (1981); Comentário, *Equitable Remedies: An Analysis of Judicial Utilization of Neoreceiverships to Implement Large Scale Institutional Change*, 1976 WIS. L. REV. 1161; Note, "Mastering Intervention in Prisons", Yale 88 L. J. 1062 (1979).

NT3 *School desegregation*, no original. A partir do caso *Brown vs Board of Education*, de 1954, iniciou-se nos Estados Unidos um processo de transformação do sistema dual, de escolas separadas para negros e brancos, em sistema único, de escolas acessíveis para ambas as raças. Em muitos casos, como naquele que gerou o precedente referido, a dessegregação foi obtida por processos judiciais.

(13) Ver Martin, *Railroads and the Equity Receivership: an Excess in Institutional Change*, 34 J. Econ. Hist. 685, 688 (1974).

merosos quanto os juízes distritais. Os comissários, a quem os pretores sucederam, também eram muito numerosos (em 1900, eles eram mais de 1.100), mas esta estatística obscurece distinções importantes. O pretor contemporâneo tem formação jurídica e maior responsabilidade decisória do que tinham os comissários. Ademais, enquanto o Congresso os investiu de mais responsabilidades e a Suprema Corte continuar entendendo inexistentes as restrições constitucionais a esse programa legislativo,¹⁴ seu papel provavelmente continuará sendo ampliado. É provável que, com o tempo, a elaboração do sistema de pretores crie corpos permanentes de subjuízes e que a segunda parte do nível inferior da pirâmide torne-se um quarto nível, ainda que irregular, em certa medida, do sistema federal.

2. PATOLOGIAS DA BUROCRACIA

Com o crescimento da sociedade norte-americana, parece inevitável que o número de juízes aumente. Nada seria mais absurdo que assumir que o número de juízes em 1900 seria suficiente para fazer justiça em 2000. O número de demandas judiciais tem crescido. Ademais, a realidade social a ser analisada hoje, e possivelmente reformada, por um Judiciário determinado a fazer justi-

O sistema de pretores foi estabelecido em 1968, e durante a década seguinte o Congresso interveio duas vezes — uma em 1976 e novamente em 1979 — para fortalecer o sistema e ampliar os deveres dos pretores. Judicial Conference of the United States, *The Federal Magistrate System: A Report to the Congress 23 (1981)*, p. 1-8. Para uma avaliação crítica desta tendência, ver Note, *Article III Constraints and the Expanding Civil Jurisdiction of Federal Magistrates: A Dissenting View*, 88 Yale L. J. 1023 (1979) (argumentando que um julgamento feito pelo pretor é uma delegação não-permitida dos poderes conferidos pelo art. III da Constituição norte-americana).

ça é infinitamente mais complexa, como são as fontes do direito (por exemplo, precedentes, leis e artigos doutrinários). Desse modo, parece inevitável, e provavelmente desejável, que o Judiciário se volte a seu *staff* e a outros assistentes para obter ajuda no desempenho de suas tarefas. O número de pessoas que têm participação nas decisões judiciais consequentemente multiplicar-se-á, assim como o número total de juízes. Dessa forma, relacionamentos hierárquicos serão criados para coordenar o trabalho de todas estas pessoas e o sistema judicial tornar-se-á burocratizado.

No que tange à coordenação do trabalho de todos os juízes, a hierarquia passa a ser uma exigência da magnitude dos números envolvidos e de certos imperativos jurídicos e políticos, a necessidade de normas nacionais uniformes e da aplicação consistente de tais normas. A cultura profissional compartilhada pelos juízes facilita a coordenação e pode, de fato, ser necessária para dar sustentação e moderação aos relacionamentos hierárquicos, mas não é por si só suficiente. A hierarquia também é necessária. Por outro lado, os relacionamentos hierárquicos entre cada juiz e seu *staff* e entre o juiz e o subjuiz não são devidos ao tamanho do aparato judiciário. Por todo o território nacional, *staff* e subjuízes são atribuídos aos juízes individuais e às cortes e, dessa forma, o número de pessoas cujo trabalho deve ser coordenado é bem limitado. O trabalho de um juiz e seu *staff* poderia ser concebido em uma base não hierárquica ou colegiada. Contudo, há uma necessidade de hierarquia entre um juiz e seu *staff*, bem como entre um juiz e subjuízes a ele designados. Tal necessidade não surge do tamanho, mas das desigualdades inerentes à distribuição constitucional do poder: o poder de decidir é conferido aos juízes, não ao seu *staff* ou aos subjuízes.

A partir dessa perspectiva, portanto, a questão não é se temos uma burocracia, pois a burocratização, nos moldes da minha definição, parece inevitável e, talvez, desejável. A burocratização do Judiciário, assim como a burocratização do mundo, não pode ser

evitada. A questão é, ao contrário, mais específica, ou seja, verificar se as organizações burocráticas produzem patologias ou disfunções, ameaçando as bases do processo judicial. Se assim for, e se pudermos identificar tais patologias, poderemos ser capazes de criar arranjos institucionais para conter, ou ao menos amenizar, as ameaças impostas ao processo judicial por um desenvolvimento que parece inevitável.

3. O MODELO WEBERIANO

Há uma forte tradição na sociologia, associada ao trabalho de Max Weber, que identifica a burocracia com o comportamento comandado por normas: um burocrata weberiano é um funcionário comandado por uma norma que o proíbe de considerar circunstâncias individuais.¹⁵ De acordo com essa tradição, a patologia burocrática é o comportamento excessivamente rígido, o qual, por sua vez, advém da obrigação que possui o burocrata de aderir às normas gerais que definem os poderes e deveres de seu ofício.

Há uma questão que deve ser observada quanto à validade da ênfase que Weber dá às normas no âmbito das burocracias — ela ignora o fato que normas gerais são somente um tipo de controle hierárquico¹⁶ — todavia, ao menos, parece que a ênfase weberiana tem pouca significação no que diz respeito à burocracia judicial. A rigidez não é um dos seus pecados. O próprio Weber notou esta

(15) M. Weber, *Bureaucracy*, em From Max Weber: Essays In Sociology 196, 220-21 (H. Gerth & C. Mills eds. 1946). Para uma nova interpretação da sociologia do direito de Weber, ver A. Kronman, Max Weber (1983).

(16) Ver Rudolph & Rudolph, *Authority and Power in Bureaucratic and Patrimonial Administration: A Revisionist Interpretation of Weber on Bureaucracy*, 31 World Pol. 195, 196-200 (1979).

questão. Ele realmente identificou a mentalidade burocrática – pensando de acordo com as normas – com a mentalidade jurídica é, dessa forma, descreveu, com freqüência, a autoridade burocrática como uma autoridade jurídico-racional; mas ele reconheceu explicitamente que o método jurídico da Inglaterra e dos Estados Unidos (em oposição ao do Continente) não era burocrático. Weber descreveu o modo anglo-americano de adjudicação como “justiça empírica”. “Julgamentos formais são realizados, não pela submissão a conceitos racionais, mas pela elaboração de ‘analogias’ e pela interpretação e dependência de ‘precedentes’ concretos.”¹⁷ Weber escreveu estas palavras no início do século XX, mas nenhum dos desenvolvimentos que ocorreram nos anos subsequentes tornaram suas observações menos próprias.

Uma parte da burocracia judicial parece, de fato, adaptar-se ao modelo weberiano – a função dos auxiliares (*clerk of the court*). Esses funcionários têm suas funções regidas por normas gerais que tratam de assuntos tais como quando os relatórios processuais devem ser elaborados e em que tamanho de papel, sendo que, presumivelmente, cumprem essas normas com alguma regularidade. Tal comportamento, sem dúvida, irrita muitos litigantes, mas não há provas (além de eventual anedota) sugerindo que seja excessivo e, em qualquer ocasião, aqueles que reclamam da burocratização do Judiciário raramente estão preocupados com o comportamento desses auxiliares. O ônus da burocratização é, ao contrário, atribuído àqueles que decidem casos (os juízes) e àqueles que participam do processo de decisão (assistentes jurídicos e subjuízes). Com respeito a eles, a ênfase weberiana na rigidez parece inteiramente incontestável.

Primeiramente, devemos nos lembrar que normas gerais exercem um papel importante e inteiramente legítimo em qualquer sistema jurídico. A aderência às normas é exigida pela própria idéia

(17) M. Weber, nota supra 15, p. 216.

de Estado de Direito^{NT4} e pela máxima que insiste em um “governo de leis e não de homens”. O problema, portanto, deve consistir no fato de o processo de decisão manifestar um *excessivo* comportamento de submissão à norma ou uma *excessiva* rigidez. Não há um padrão para determinar quando a aderência às normas gerais é excessiva, mas há várias razões para se acreditar que essa situação não exista atualmente na burocracia judicial e que não surgirá em um futuro próximo. Há uma grande diferença entre a burocracia prussiana, objeto das indagações de Weber, e o Judiciário Federal norte-americano, mesmo em sua conformação atual.

Quanto menor o número de subordinados para cada funcionário responsável pela supervisão, menor a necessidade de se fiar em normas gerais como mecanismo de controle dos subordinados. Com relação aos relacionamentos juiz-*staff* e juiz-subjuiz, este número é relativamente pequeno. Recentemente, houve uma proliferação do *staff* judicial, porém a abrangência do controle de cada supervisor (o juiz) permaneceu limitada. De fato, tal abrangência é ínfima se comparada àquela encontrada nas organizações burocráticas que estão no centro da análise de Weber. No que se refere aos assistentes jurídicos comissionados, o juiz deve, no máximo, supervisionar o trabalho de quatro pessoas ou, no caso do Juiz-Pre-sidente, cinco. Outrossim, é de estreita abrangência o controle que caracteriza a relação entre juiz e subjuiz. Os *special masters* são, com freqüência, designados para um caso em particular e o juiz provavelmente não precisará de mais de um. Quanto aos pretores, seu número total é significativo, e passível de crescer, mas eles estão distribuídos por todo os Estados Unidos, de acordo com os distritos judiciais, razão pela qual a abrangência do controle também é limitada. Mesmo no distrito com maior volume de trabalho, o Distrito Sul de Nova York, oito pretores são supervisionados pelos

NT4 *Rule of Law*, no original. Em tradução literal, “regra de direito”. A discussão, no entanto, corresponde àquela referida no Brasil pela expressão indicada no texto traduzido.

vinte e cinco juízes do distrito. Quando a abrangência do controle é bem estreita, os juízes podem evitar as normas gerais, enfatizando métodos particularizados de controle, tais como revisões individuais do produto de trabalho de seus subordinados.

Por outro lado, nos últimos anos, a abrangência do controle no relacionamento juiz-juiz tem crescido, de tal sorte que, atualmente, só os nove juízes da Suprema Corte supervisionam aproximadamente duzentos juízes das Cortes de Apelação (*circuit judges*) os quais, de sua feita, supervisionam mais de seiscentos juízes distritais (*district judges*). Isso tem gerado uma dependência crescente das normas gerais, como evidência a proliferação de normas relativas a procedimentos uniformes (por exemplo, Normas Federais de Processo Civil, Normas Federais de Processo Penal, Normas Federais de Procedimento de Apelação e Normas Federais em Matéria Probatória). Contudo, há três fatores que operam no sentido de contrabalançar o impulso em direção à rigidez que poderia, de outra forma, advir da crescente utilização de normas gerais. Um deles é o compromisso ideológico com a "justiça empírica", o qual modela o conteúdo das normas gerais deixando-o preferencialmente genérico e abrangente, de forma que seja passível de diversas interpretações. Um outro é o papel dos advogados, os quais possuem poder considerável para modelar e controlar os procedimentos judiciais e constituem o grupo a partir do qual os juízes são selecionados. Os advogados, que são comumente direcionados pelo caso específico e devotados a ele, podem levar sua perspectiva para a corte. Um terceiro fator é a relativa autonomia dos juízes que se situam nos níveis inferiores da pirâmide. Apesar de os juízes de grau inferior estarem, em termos formais, vinculados às normas gerais, a hierarquia entre os juízes é, na verdade, tão fraca que eles podem, com frequência, se desviar das normas gerais com pouco temor de censura. Reconhecidamente, os juízes exercem um controle mais intenso sobre seu *staff* e subjuízes do que sobre os demais juízes, mas, como salientei anteriormente, a estreita abrangência do controle nesses outros relacionamentos reduz a necessidade de normas gerais. Ademais,

é pouco provável que os juízes esperem que seus subordinados (*staff* e subjuízes) comportem-se "burocraticamente", no sentido em que Weber empregou esse termo. Os juízes tendem a estruturar suas expectativas em termos de sua própria auto-imagem, e isso consiste em uma complexa síntese do específico e do geral.

4. O MODELO DE HANNAH ARENDT

Por estas razões, creio que o modelo weberiano não comporta o Judiciário norte-americano. A rigidez excessiva não é o perigo. Dada a influência de Max Weber na imaginação sociológica e até mesmo nas práticas diárias (em que a prática descritiva colapsa na acusatória e a disfunção burocrática é, frequentemente, considerada como rigidez), é possível que alguns sejam tentados a desconsiderar completamente o ônus da burocratização. Mas isso seria um erro. Há uma outra tradição intelectual relativa à burocratização que tem grande relevância para o Judiciário. Trata-se do trabalho de Hannah Arendt, que identifica a patologia da burocratização em termos de seu impacto sobre a moralidade daqueles que agem dentro da estrutura burocrática. Para Arendt, a burocracia não é tanto a noção weberiana de norma pelas normas quanto é *norma por ninguém*. A patologia, no pensamento de Arendt, pode surgir mesmo quando a estrutura burocrática for pequena e a hierarquia fraca. De fato, como veremos, uma hierarquia fraca frequentemente exacerbou o efeito corrosivo da complexidade organizacional sobre a responsabilidade individual.

Na obra de Hanna Arendt, a análise da burocracia que possui melhor fundamentação consta de seu relato sobre Eichmann, não obstante apareça apenas de forma indireta, provavelmente para ser inferida pelo leitor a partir de sua narrativa histórica.¹⁸ Nesse caso,

(18) H. Arendt, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil* (ed. revisada e ampliada, 1965) [citado em seguida como *Eichmann*].

seu método é contar a história de um operário que trabalhava dentro da organização nazista, cuja tarefa consistia no transporte de judeus como parte de um programa de deportação e, mais tarde, como parte da solução final. Em Eichmann, Arendt vê a "banalidade do mal". Com isso, ela não quer dizer que Eichmann era rude ou medíocre, no sentido de não possuir formação escolar ou sofisticação (apesar de Eichmann também ter sido assim), mas, sobretudo, que ele não era motivado por algum ódio especial aos judeus. Ele não era demoníaco, mas não tinha pensamentos próprios. Ele não estava completamente consciente (por meio de "diálogos sem som... entre mim e eu mesmo",¹⁹ os quais, consoante Arendt, constituem o ato de pensar) do que estava fazendo. Como ela observa, no ponto que considero a passagem crucial do livro, "ele simplesmente... nunca percebeu o que estava fazendo".²⁰

Há, obviamente, questionamentos (que não nos interessa no presente momento) relativos à precisão dessa caracterização de Eichmann. Entretanto, a questão mais profunda e importante refere-se à explicação desta falta de pensamento — não o que transformou Eichmann na pessoa que ele foi, informação que pode ser obtida por meio dos detalhes de sua biografia (de pouco interesse para Arendt), mas como uma pessoa pôde exercer o poder que Eichmann exerceu e, apesar disso, não perceber o que estava fazendo. É aqui que a burocracia emerge como uma estrutura social que torna possível, facilita e talvez até cause o uso irracional do

in Jerusalem]. Arendt discute a burocracia como uma "Norma por Ninguém" em H. Arendt, *On Violence*, em *Crisis of the Republic* 103, 137-38 (1972); H. Arendt, *The Human Condition* 40, 44-45 (1958). Outras dimensões da burocratização são discutidas em H. ARENDT, *Lying in Politics* em *Crisis of the Republic* 1 (1972) e H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism* 375, 398-409 (um vol. ed. 1973).

⁽¹⁹⁾ H. Arendt, *The Life of the Mind* 185 (um vol. ed. 1978).

⁽²⁰⁾ *Eichmann in Jerusalem*, nota supra 18, p. 287 (ênfase omitida).

Poder Público. Isso pode ocorrer de duas maneiras. Primeiramente, por meio da fragmentação e compartimentalização das tarefas, a burocracia isola aqueles que agem dentro dela de experiências educacionais críticas. Dar as ordens que resultam no transporte de um judeu até o campo no qual ele pode ser morto é muito diferente de prender o indivíduo, tirando-o de seu lar, conduzi-lo ao campo e espancá-lo até a morte. O burocrata não precisa considerar ou conhecer, de qualquer forma direta, a abrangência total das atividades da organização. Em segundo lugar, a burocracia tende a tornar a responsabilidade difusa. Nenhum indivíduo sozinho ou grupo de indivíduos identificáveis assume responsabilidade integral pela ação da organização. A ação da organização é o produto sintético da ação dos indivíduos dentro dela (muitos dos quais não são identificáveis) e da complicada rede de relações entre eles, a "estrutura de organização", que combina e refrata as ações individuais.

A fragmentação e a compartimentalização da tarefa que Arendt descreve na organização nazista está, de fato, presente no Judiciário norte-americano, e pode isolar o juiz das experiências intelectuais críticas que devem informar seu julgamento. Para ilustrar este perigo, considere-se, por exemplo, o uso do sistema de pretores para decisões sobre os pedidos de supressão de confissões, sob a alegação de haverem sido obtidas por meio de coação, que são formuladas pelas partes no curso do processo. Sob esse sistema, é o pretor quem inicialmente colhe as provas e aplica o direito. O pretor anuncia a "decisão recomendada", remetendo-a ao juiz, o qual pode determinar uma completa instrução probatória sobre o pedido da parte ou aceitar a decisão do pretor com base na transcrição impressa. O juiz pode, nesse ponto, conhecer do pedido em todas as suas particularidades, decidir e fundamentar sua decisão; para tanto, ele pode utilizar a investigação do pretor como um procedimento suplementar que melhor o capacita a entender as questões envolvidas. Tais questões serão julgadas duas vezes. Há um grande risco, entretanto, de o juiz não se utilizar do trabalho do pretor desta for-

ma, mas, em vez disso, delegar seu poder de decidir e simplesmente "carimbar" a decisão pretoriana. Quando isso acontece, o juiz não considera genuinamente o significado da garantia contra a auto-incriminação, tanto no caso em particular quanto de modo geral. O pretor pode ter ponderado acerca de tal significado, mas esse é apenas um pequeno consolo, uma vez que o juiz perdeu a oportunidade de compreender e crescer — o aprendizado —, decorrente da apreciação das provas, da decisão e de sua fundamentação; afinal, é ele e não o pretor quem está investido de poder jurisdicional. Há, ainda, o risco de que a imprecisão da divisão do poder de decidir — uma ambigüidade no relacionamento hierárquico entre juiz e pretor — venha a prejudicar as próprias decisões do pretor. Ele nunca sabe ao certo se é realmente responsável por decidir a questão da confissão mediante coação ou se somente é responsável por fazer uma "recomendação" que será, a seu devido tempo, inteiramente reexaminada por um juiz.

Os casos judiciais envolvem uma fragmentação da experiência humana — eles têm começo, meio e fim, diversamente do que ocorre na vida em sociedade. Representam uma exposição artificial e necessariamente truncada de uma preocupação especializada. Na atualidade, litígios que têm por objeto *injunctions* relativas à variedade estrutural estão expandindo vastamente os parâmetros do que se considerava um "caso", o que é positivo, mas ainda há limites. Critico a burocratização do Judiciário não em razão da criação de limites que não existem, mas porque acentua ou agrava a fragmentação da experiência humana que caracteriza a adjudicação e a idéia de um caso. No exemplo discutido, uma das questões envolvidas — o pedido relativo à confissão sob coação — foi extraída de um caso concreto e submetida à decisão do pretor, enquanto o juiz exercia uma função secundária. A utilização do trabalho do pretor afasta o juiz da exposição dos fatos e do direito no que tange àquela questão particular, de modo a acentuar a falta de completude de sua perspectiva. Ademais, tal utilização do traba-

lho pretoriano o alivia de parte das suas obrigações consistentes na explicação e fundamentação.

O isolamento burocrático no contexto pretoriano, o qual vem sendo objeto de minha análise, não advém da proliferação dos juizes, porque a patologia em questão requer uma fragmentação da tarefa judicial — por meio da delegação a outrem de parte da tarefa de julgar —, sendo certo que nem os deveres de um juiz, nem os parâmetros de um caso são afetados pelo número de juizes. Ainda que o número de juizes cresça vertiginosamente, cada juiz permanece competente para julgar determinados casos, de tal sorte que um aumento no número total de juizes não dá origem ao isolamento burocrático. Por outro lado, contudo, esse isolamento não está confinado ao sistema de pretores ou ao exemplo utilizado. Ele também provém do trabalho de outros subjuizes como, por exemplo, um *special master* encarregado da tarefa de formular e implementar uma decisão relativa à dessegregação escolar. Outrossim, provém do trabalho dos assistentes jurídicos do Judiciário. Eles, tanto quanto as secretárias, têm um papel no processo judicial, como insiste o Juiz Harry Edwards.²¹ Eles podem ajudar o juiz em muitas das suas funções; podem dar assistência nas pesquisas e, por meio de argumentos e críticas, forçar o juiz a reexaminar suas premissas. Entretanto, na medida em que os componentes críticos do processo judicial — não estou me referindo à digitação —, são separados e delegados a outras pessoas, de tal forma que o responsável pela instrução probatória de um caso não se identifique com aquele que estuda as questões envolvidas, nem com quem profere a decisão ou com o encarregado de explicar ou fundamentar o resultado, a tarefa de julgar é fragmentada, o juiz permanece isolado dos vários componentes do processo e a mesma ausência de pensamento, que Arendt encontrou em Eichmann, pode surgir no âmbito judicial.

(21) Ver Edwards, *A Judge's View* em *Justice, Bureaucracy and Legal Method*, 80 Mich. L. Rev. 259, 261-266, 268-269 (1981).

Obviamente, as conseqüências da ausência de pensamentos próprios na decisão judicial não são passíveis de serem tão grandes ou tão horríveis quanto aquelas atribuídas às ações de Eichmann. É difícil acreditar na ocorrência de algo de igual dimensão. Por outro lado, no contexto judicial, a ausência de pensamentos próprios não é somente uma falta pessoal, nem uma falha que pode ser avaliada em termos das conseqüências que produz. Ela representa, ao contrário, uma falta de legitimidade. A ausência de pensamento, no caso, refere-se à degeneração do processo intelectual por meio do qual o juiz vem a conhecer o direito e, com isso, alcança sua autoridade moral. Um juiz que exerce poder sem um completo engajamento no diálogo processual,^{NT5} que é a fonte da sua autoridade — que delega a outras pessoas o conhecimento das questões encetadas ou a fundamentação da decisão —, é como um biólogo que assume um posicionamento sem testá-lo por meio de método científico. Ele pode ter atingido o resultado correto, mas não há razão para cremos que esteja certo ou mesmo para que consideremos essa possibilidade. Sua posição não merece nosso respeito. Consoante o Juiz-Presidente Hughes, “aquele que decide deve acompanhar a produção da prova”.²²

A burocratização, como sugere Arendt em seu relato sobre Eichmann, não somente produz um isolamento perigoso, mas também dilui o senso de responsabilidade individual. Na medida em que o trabalho da organização é dividido entre muitas pessoas e é moldado pela estrutura organizacional, o indivíduo não precisa assumir responsabilidade integral pelas decisões ou ações da organização. Em qualquer organização, isso constituiria um prejuízo, porque nenhum sistema de responsabilização, política ou de

NT5 Referido apenas como *dialogue* no original. Poderia, em um sentido mais específico, corresponder à noção de contraditório, conceitual corrente nos países de *civil law*. No mesmo sentido, vide NT5 do texto “As Formas de Justiça”.

(22) *Morgan vs United States*, 298 U.S. 468, 481 (1936).

qualquer outra espécie, seria totalmente efetivo. É necessário que tenhamos por base um senso de responsabilidade individual em todos os momentos. No caso do Judiciário, o prejuízo seria ainda maior. Isso se deve, em parte, à independência política do Judiciário e ao requisito fundamental do poder jurisdicional, qual seja a disposição dos juizes para assumir a responsabilidade por suas respectivas decisões. Ademais, o senso de responsabilidade individual é notadamente imprescindível para animar e motivar o diálogo especial que constitui a fonte da autoridade judicial: ele fornece ao juiz o raciocínio necessário para analisar os pedidos e fundamentar suas decisões. A responsabilidade é o predicado essencial para que o juiz decida mediante pensamentos próprios sobre as questões que lhe são colocadas.

A proliferação do staff e dos subjuizes, bem como o poder que lhes é delegado, enfraquece o senso de responsabilidade individual do juiz. O juiz atua sob a consideração de que seu trabalho é produto de “muitas mãos”²³ e da complicada rede de relacionamentos que existe entre os indivíduos em sua organização. A decisão ou acórdão não é inteiramente de sua autoria. O relacionamento hierárquico relativamente forte com seus subordinados assegura a assunção pelo juiz de alguma responsabilidade por seu trabalho — ele deve responder por seu *staff* —, mas tal relacionamento não com-pensa totalmente a difusão de responsabilidade.

Alguns elementos de fraqueza que atenuam a responsabilização permanecem na hierarquia. Ela é mais forte entre os juizes e seus assistentes jurídicos comissionados e pode-se dizer, com propriedade, que o juiz é responsável por eles; por outro lado, o juiz não seleciona individualmente ou supervisiona os *staff attorneys*. Eles são selecionados pelo juiz-presidente ou por um grupo de juizes e, como sugere o termo “equipe central de assistentes jurídicos”, ser-

(23) A frase é de Thompson, *Moral Responsibility of Public Officials: The Problem of Many Hands*, 74 AM. Pol. Sci. Rev. 905 (1980).

vem não a um juiz em particular mas à corte como um todo. Outrosim, distinções semelhantes poderiam ser feitas entre tipos diferentes de subjuízes. *Special masters* são escolhidos pelo juiz individual e trabalham sob sua supervisão direta. Os pretores, entretanto, são escolhidos por uma maioria de votos dos juízes da corte distrital e não são supervisionados por um juiz individual. No caso de *staff attorneys* e pretores, o juiz individual possui somente um fraco dever de supervisão e, portanto, sente-se menos responsável pelo trabalho deles.

Além disso, o dever de supervisão, mesmo quando é muito forte, não é um substituto suficiente para um dever primário como o dever de decidir. A título exemplificativo, podemos assumir, primeiramente, que um determinado juiz delegou poder a um *special master* para traçar e implementar um plano de dessegregação escolar e, em segundo lugar, que esse *special master* falhou na execução de seu dever, de tal sorte o plano de dessegregação foi um desastre, tanto da perspectiva constitucional quanto da pragmática. Nesse caso, o juiz poderia assumir algumas responsabilidades pelo desastre; poder-se-ia dizer que ele descumpriu seu dever de supervisão ao nomear uma pessoa inadequada para o cargo ou ao deixar de acompanhar seu trabalho com o cuidado suficiente. Mas tais violações do dever de supervisão por parte do juiz parecem ser tanto de ordem diferente quanto menor do que aquela que lhe seria atribuída se ele próprio tivesse formulado e implementado o plano falho de dessegregação. O *special master* claramente suportaria o ônus de falhar na execução do dever de decidir (dever primário), mas como ele não é o agente investido do poder jurisdicional dos Estados Unidos, poderia desviar parte da responsabilidade por sua falha para o juiz que o designou, atribuiu-lhe a tarefa e, supostamente, o supervisionou. Em suma, a violação dos dois deveres que provém da divisão da responsabilidade dentro de uma organização burocrática — o dever de decidir que foi delegado e está sujeito à supervisão e o dever de supervisionar — não se equipara à viola-

ção de um dever por um só indivíduo dentro de um modelo individualista. Uma metade mais uma metade não é igual a um, especialmente quando o conector — o mais, isto é, a hierarquia — é fraco ou mal definido.

Embora tenha focalizado o relacionamento entre juízes e subjuízes para explicar porque o dever de supervisão não compensa inteiramente a difusão da responsabilidade que ocorre quando o dever de julgar é dividido e seus vários componentes são delegados, creio que uma análise semelhante aplica-se ao relacionamento entre o juiz e *staff*. Não importa quão forte seja o relacionamento hierárquico, sempre que um juiz usa seu *staff* para o desempenho de suas tarefas, ele difunde responsabilidade. Uma hierarquia fraca só agrava o problema. A análise da questão de difusão de responsabilidade no contexto do relacionamento juiz-juiz, todavia, é mais complexa, já que a responsabilidade entre juízes deve ser compartilhada. Um juiz não é livre para dar a interpretação que entende correta ao direito. Ele é restringido pelas interpretações de outros juízes. Ele não precisa assumir responsabilidade integral por suas decisões, como ocorre quando consideramos sua interação com o *staff* e os subjuízes. Sua responsabilidade é compartilhada com outros juízes. Esta é a implicação necessária do *stare decisis*, o qual determina a divisão da responsabilidade com o passar do tempo e também advém dos relacionamentos hierárquicos existentes entre juízes dos diferentes níveis da pirâmide. Um juiz de uma corte inferior deve seguir as ordens dos juízes superiores e pode, certamente, transferir alguma medida da responsabilidade para aqueles que emitiram as ordens. Um juiz distrital pode crer, por exemplo, que a Constituição norte-americana proíbe de fato e de direito a segregação, mas ele é obrigado, pelo posicionamento prevacente da Suprema Corte, a rejeitar uma demanda que ataque apenas a segregação de fato. Seu respeito a tal posicionamento é justificado pelas várias considerações institucionais e normativas que justificam o relacionamento hierárquico entre os juízes: igual tratamen-

to jurídico, a aspiração por um direito nacional uniforme e o papel da Suprema Corte no esquema constitucional.

No mundo moderno, julgar necessariamente requer um compartilhamento do poder e da responsabilidade pela decisão. O poder jurisdicional é exercido por meio de uma multiplicidade de juízes. Podemos reconhecer esse fato e remanesçermos preocupados com o vertiginoso crescimento do número de juízes, porque ele macula o poder jurisdicional e tende a reduzir o poder e a responsabilidade de cada juiz individual para com o direito. Reconhecidamente, não queremos juízes para que projetem suas predileções pessoais; desejamos que se comportem como agentes públicos, disciplinados pelas normas de seu ofício e profissão. Insistimos, ainda, em que cada juiz — como indivíduo e agente público — assumam total responsabilidade por suas decisões, assinando acórdãos e revelando o seu voto. A proliferação de juízes diminui o significado do ato de julgar para o juiz individual e cria a necessidade de estruturas organizacionais complexas (por exemplo, sistemas de formação) que, inevitavelmente, vêm a modelar o curso do direito. A responsabilidade é compartilhada com a multiplicidade de outros juízes, com forças impessoais e mecanismos inanimados que tanto permeiam organizações complexas. A norma de ninguém triunfa.

Em um mundo burocrático, a responsabilidade individual pode dar lugar à responsabilidade corporativa: podemos não ser capazes de sustentar a responsabilidade de um executivo individual pela ação da organização, mas podemos sustentar a responsabilidade da corporação.²⁴ Podemos não ser capazes de sustentar a responsabilidade de um juiz individual por uma decisão, mas é possível

(24) Ver C. Stone, *Where the Law Ends: The Social Control of Corporate Behavior* 58-69 (1975); Stone, *The Place of Enterprise Liability in the Control of Corporate Conduct*, 90 *Yale L.J.* 1 (1980); *Developments in the Law—Corporate Crime: Regulating Corporate Behavior Through Criminal Sanctions*, 92 *Harv. L. Rev.* 1227

sustentarmos a responsabilidade do Judiciário, como uma entidade corporativa. Podemos culpar o Judiciário como um todo pelos erros e os juízes individuais compartilhariam a responsabilidade na proporção do papel que exercem na organização. A experiência ensina, entretanto, que a responsabilidade corporativa é um substituto fraco para a responsabilidade individual. Uma vez que a responsabilidade individual é difusa ou obscura no grau que Arendt descreveu, uma organização pode embarcar, ou andar à deriva, em um curso de ação que parece ter poucos limites. No caso da burocracia judicial, esse risco é particularmente pronunciado em razão do princípio, amplamente protegido pela Constituição dos Estados Unidos, da independência judicial, o qual deixa as pessoas servidas pela organização com poucos meios, de fato, para responsabilizar a entidade corporativa. O público pode fazer pouco mais do que reverter uma ou duas decisões particulares, talvez por meio de uma emenda constitucional ou da revisão de uma lei que acredite ter sido incorretamente interpretada, ou ainda por meio da restrição da jurisdição da organização. Tal ação poderia ser entendida como um repúdio à decisão da organização, mas não constitui, em absoluto, um sistema vigoroso de responsabilidade e, em qualquer ocasião, paradoxalmente coloca o público na posição de reduzir o volume de trabalho da organização, enquanto continua a dotá-la da mesma quantidade de recursos.

5. AS SOLUÇÕES

Joseph Vining, em importante ensaio sobre a matéria, finaliza sua análise da burocratização do Judiciário relembrando o passado de forma romântica.²⁵ Ele nos convida a redescobrir os méto-

(1979); *Note, Structural Crime and Institutional Rehabilitation*, 89 *Yale L.J.* 353 (1979).

(25) Vining, *Justice, Bureaucracy, and Legal Method*, 80 *Mich. L. Rev.* 248, 258 (1981).

dos, em grande parte de caráter individualista, que conferem autoridade ao direito. Ele afirma a urgência de darmos "mais atenção aos fundamentos do direito" e, somente em uma observação ligeiramente mais construtiva, pede que "consideremos de maneira diferente as conexões e distinções entre os advogados e os profissionais militantes de outras disciplinas — todas as disciplinas, não somente as ciências sociais".²⁶ Ele crê que a burocratização do Judiciário pode ser revertida. Sou menos otimista e, precisamente porque compartilho tantas de suas aspirações, sinto-me obrigado a falar mais especificamente sobre a questão da medida judicial.

Wade McCree é mais específico, mas sua proposta — de diminuir o volume de casos das cortes²⁷ — ampara-se em premissas questionáveis. Primeiramente, o crescente volume de casos não tem sido a única causa da burocratização. A necessidade de *staffs* maiores, por exemplo, provém não somente do crescente volume de casos, mas também do crescente volume e complexidade das informações a serem processadas no processo judicial contemporâneo. Em segundo lugar, o crescente volume de casos é, em si, resultado de desenvolvimentos mais amplos que não podemos reverter. O crescente volume de casos do Judiciário Federal norte-americano não é consequência da excessiva generalidade da legislação, nem da excessiva inovação judicial, mas advém do crescente tamanho e

(26) Idem.

(27) Ver McCree, *Bureaucratic Justice: An Early Warning*, 129 U. PA. L. Rev. 777, 793-97 (1981). Dois juízes da Suprema Corte também trataram, recentemente, da burocratização, ligando-a ao rápido crescimento do volume de casos. Rehnquist, *Are the True Old Times Dead?*, Palestra de MacSwinford, University of Kentucky (23.09.1982) (arquivado na Public Information Office, Suprema Corte dos Estados Unidos); Powell, *Remarks to the American Bar Association, Division of Judicial Administration* (09.08.1982) (arquivado no Departamento de Informação Pública da Suprema Corte dos Estados Unidos).

complexidade da sociedade norte-americana. Na atualidade, o volume de casos do Judiciário Federal seria enorme ainda que sua competência fosse reduzida ao que podemos denominar "núcleo central" irreduzível, por exemplo, para o processamento de demandas oriundas das leis federais e da Constituição.²⁸

Questões relativas ao volume de casos não devem, por óbvio, ser ignoradas; o volume de trabalho presente no sistema deve ser reduzido sempre que possível. Contudo, deve-se também compreender que nunca lidaremos de maneira adequada com o problema da burocratização e com as ameaças que ela impõe à integridade do processo judicial, se o volume de casos for visto como alvo terapêutico exclusivo, ou mesmo fundamental, e outras dimensões do problema forem ignoradas. Sugiro que encaremos a questão da burocratização de uma perspectiva completamente diferente — definida a partir de duas premissas. A primeira nega que a adjudicação seja um processo anormal isolado, uma intervenção por parte

(28) H. Friendly, *Federal Jurisdiction: A General View* (1973), p. 55. O Juiz Friendly conclui seu esforço em reduzir a jurisdição das cortes federais com um reconhecimento de todos os que devem permanecer:

"Esperávamos que as cortes distritais e as cortes de apelação se desviassem ao grande trabalho para o qual estão unicamente equipadas — assegurar a proteção dos direitos garantidos pela Constituição, reforçar a legislação referente aos direitos civis, lidar com controvérsias envolvendo o cidadão e o governo federal, aplicar o direito criminal federal, interpretar e aplicar atos do Congresso que fornecem proteção, antigos e recentes, aos consumidores, investidores e ao meio ambiente, lidar com o trabalho federal e legislação antitruste assim como com especialidades federais tradicionais tais como direito marítimo, falências e direitos autorais, e controlar os estados de modo que a política congressional não seja impedida por exigências locais muito expansivas ou muito mesquinhas" (Idem, p. 197-198).

do Estado, ocasionalmente exigida, para resolver uma controvérsia que desordene uma sociedade harmoniosa e justa. A adjudicação, ao contrário, deve ser vista como as intervenções dos Poderes Legislativos e Executivo, como um exercício de poder coletivo necessário, em uma base quase contínua, para assegurar a conformação da vida social aos valores públicos incorporados na Constituição e outras fontes jurídicas de grande autoridade. A necessidade de intervenção judicial sempre será grande; o volume de casos do Judiciário crescerá constantemente; e as demandas propostas farão com que os juízes necessitem de uma enorme quantidade de informações. Em segundo lugar, a burocratização não deve ser vista como um fenômeno isolado que ocorre somente no Judiciário. Ela está presente em todas as formas de autoridade pública, precisamente porque está ligada ao crescente tamanho e complexidade da sociedade norte-americana. De fato, um aumento na capacidade organizacional do Judiciário (por exemplo, mais juízes e *staffs*) pode ser preferível às alternativas — limitação da jurisdição, o que deixaria reivindicações de justiça sem resposta, ou instituição de técnicas de produção de decisões em massa, como o estabelecimento de critérios de caráter normativo para redução de casos e decisões sumárias, que ameacem a legitimidade do poder jurisdicional de forma ainda mais intensa.²⁹

(29) O número de decisões sumárias e decisões de tribunais tem crescido continuamente. Ver 1982 U.S. Courts Reports, nota supra 10, p. 83; U.S. Court of Appeals, Sixth Circuit, Annual Report, 1982 (arquivado na serventia do Sexto Circuito). Na *Second Circuit Judicial Conference* de 1982, o Juiz Marshall apontou uma tendência semelhante na Suprema Corte e condenou a “crescente e inexplorável prontidão por parte da atual Suprema Corte para decidir os casos sumariamente”. Observações do Juiz Marshall, *Second Circuit Judicial Conference*, p. 4 (09.09.1982) (arquivado no Departamento de Informação Pública da Suprema Corte dos Estados Unidos). Os Juízes Stevens e Brennan também criticaram essa tendência. *Board of Educ. vs McCluskey*, 458 U.S. 966, 971-73.

Uma vez que a burocratização do Judiciário é entendida como inevitável, e até certo ponto desejável, as necessidades organizacionais do Judiciário podem ser trabalhadas de forma mais explícita. As funções administrativas e judiciais dos juízes poderiam ser separadas, como sugere o Juiz Alvin Rubin, e novas estruturas administrativas, como uma administração central, poderiam ser criadas para lidar direta e explicitamente com necessidades organizacionais.³⁰ Tais arranjos refletiriam o fato de que os processos especiais — diálogo processual e independência política —, que tradicionalmente limitaram o exercício do poder jurisdicional, não desempenham um papel especial no que tange à resolução das questões administrativas. Esses processos podem conferir aos juízes uma idoneidade especial para explicar valores públicos, mas não ajudam no gerenciamento de uma organização complexa e podem, de fato, ser contraproducentes nesse campo.

Ainda mais importante, a separação dos deveres judiciais e administrativos do juiz fortalecerá aquela frágil instituição da responsabilidade judicial — e da crítica pública. Os juízes permanecerão responsáveis por suas decisões gerenciais e jurídicas, mas, uma vez separadas, cada tipo de decisão terá de sustentar-se por si mesma. Cada um terá que encontrar um conjunto de critérios distintos e se-

(1982) (Stevens J., voto vencido, juntamente com Brennan, J., & Marshall, J.)

(30) Rubin, *Bureaucratization of the Federal Courts: The Tension Between Justice and Efficiency*, 55 *Notre Dame Law*. 648, 654-655 (1980). Richard Hoffman, o chefe dos funcionários da Corte de Apelações do Distrito de Colúmbia, também enfatiza a necessidade de separação das tarefas administrativas e judiciais, mas relata experiências menos que satisfatórias do desempenho das administrações centrais e, em vez disso, afirma a urgência de um uso extensivo dos conselhos de comarca. Hoffmann, *The Bureaucratic Spectre: Newest Challenge to the Courts*, 66 *Judicature* 60, 65-66, 68-69, 72 (1982).

parados. Quando tais decisões são misturadas em proporções indeterminadas, entretanto, como podem ter sido no caso Reynolds *vs* Sims,³¹ no qual foi adotada a fórmula “uma pessoa, um voto”, ou em muitos posicionamentos fixados pelo Juiz Rehnquist^{NT6} para estabelecer o controle sobre as cortes inferiores,³² aqueles que pretendem avaliar uma decisão judicial nunca sabem se o padrão adequado é o gerencial ou jurídico, mas somente que o gerencial está tornando-se crescentemente importante. O problema é referente à constante mudança dos objetivos. A crítica sempre será ligeiramente incontestável e a possibilidade de um abuso do poder jurisdicional muito mais real.

(31) 377 U.S. 533 (1964). De acordo com John Ely, a Corte achou-se sem alternativas para o parâmetro uma pessoa, um voto “precisamente por considerações de administrabilidade” J. Ely, Democracy and Distrust 124 (1980) (ênfase omitida). Ele estava falando sobre as dificuldades que uma corte poderia ter aplicando um padrão mais atenuado em algum caso em particular, mas a questão vai para as dificuldades que uma Corte poderia encontrar ao supervisionar a aplicação de tal padrão por outra corte.

NT6 William H. Rehnquist, Juiz-Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos.

(32) Ver, por exemplo, Dayton Bd. of Educ. *vs* Brinkman, 443 U.S. 526, 542 (1979) (voto vencido do Juiz Rehnquist); Columbus Bd. of Educ. *vs* Penick, 443 U.S. 449, 489, 519-24 (1979) (voto vencido do Juiz Rehnquist); Dayton Bd. of Educ. *vs* Brinkman, 433 U.S. 406, 418-21 (1977); Rizzo *vs* Goode, 423 U.S. 362, 373-81 (1976). Para uma discussão do problema do controle pelas cortes de apelação de juízes “desobedientes” em outra época, veja a Nota, *Judicial Performance in the Fifth Circuit*, 73 Yale L.J. 90 (1963) (discutindo a indisciplina dos juízes distritais do Sul nos casos envolvendo direitos civis); ver também J. Bass, *Unlikely Heroes* (1981) (o papel do Quinto Circuito nos casos de dessegregação).

Reconhecendo a burocratização como algo inevitável e, até certo ponto, como um traço desejável do Judiciário moderno, também nos capacitaremos a lidar mais efetivamente com as duas disfunções burocráticas — o isolamento com relação a experiências educacionais críticas e a dispersão da responsabilidade — que ameaçam os alicerces morais do poder jurisdicional. Isso conduzir-nos-á a uma estratégia de reforma do problema que enfatiza a forma organizacional.³³ A questão não é se podemos eliminar toda a burocratização, mas se podemos conter suas disfunções ou patologias e se, para tanto, certas mudanças organizacionais podem ajudar. Estas mudanças não irão, com certeza, eliminar a burocracia judicial, pois esse não é nosso propósito e nem mesmo seria possível, mas podem restringir as disfunções, preservando, assim, a integridade do processo judicial.

Com o propósito de promover a exposição direta dos juízes aos fatos fundamentais de um caso e para que se tenha certeza de que eles são responsáveis por suas decisões, deve ser feito um esforço para reduzir a frequência com que os juízes designam *special masters*. Eles têm sido designados mais frequentemente nos casos que versam sobre a reforma estrutural de organizações de grande porte, tais como escolas, prisões, ou instituições para deficientes mentais, em razão da necessidade especial que esses casos criam em termos de conhecimento social e estrutura de representação. Estes casos são críticos para o desempenho adequado da função judicial e *special masters* podem ajudar a atender suas necessidades especiais. Mas essas necessidades podem ser atendidas por meio de formas organizacionais alternativas, tais como peritos ou *amici*,^{NT7}

(33) Ver, principalmente, O. Williamson, *Markets and Hierarchy* 132-54 (1971) (sugerindo que a alteração da forma organizacional das corporações pode minimizar as disfunções).

NT7 De *amicus curiae*. A expressão completa, *amicus curiae*, significa, literalmente, amigo da corte. No sistema judicial norte-americano,

cujo trabalho não envolve a fragmentação e delegação das tarefas judiciais e, assim, não cria as disfunções burocráticas que são oriundas do uso do trabalho de *special masters*. O juiz deve, pois, ser pressionado a explorar meios alternativos para o atendimento das necessidades especiais do processo judicial estrutural, antes de designar um *special master*.³⁴ A designação de um *special master* deveria ser uma opção a ser utilizada como último recurso.³⁵

Quando é o juiz quem cria um subjuiz como o *special master*, há motivos especiais para ficarmos atentos, até porque o juiz tem incentivos para fazê-lo por razões erradas, para se eximir da responsabilidade ou do trabalho difícil que, às vezes, provém da com-

cano, uma pessoa, diferente das partes, que possua forte interesse no processo ou opiniões acerca de seu objeto, pode postular uma permissão para formular uma peça processual, aparentemente no interesse de uma parte, mas, na verdade, para sugerir um posicionamento compatível com suas próprias opiniões. Essa peça do *amicus curiae*, normalmente, traz questões de amplo interesse público. Ela pode ser apresentada por particulares ou pelo governo. Dessa forma, a função do *amicus curiae* é chamar a atenção da corte para questões que eventualmente não tenham sido notadas, fornecendo subsídios para uma decisão apropriada. No Brasil, a Lei 9.868/1999, que trata da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, prevê mecanismo semelhante (art. 7.º, § 2.º).

Alguns sugeriram que o papel dos *special master* poderia ser desempenhado pelos servidores do governo norte-americano que estariam situados no Poder Executivo, ou mais particularmente no Departamento de Justiça. Ver Hoffman, nota supra 30, p. 71. Há uma ironia nessa sugestão, uma vez que a instituição dos *special master* surgiu em resposta ao recuo do Departamento de Justiça em relação aos processos judiciais estruturais no final dos anos 60. Ver Aronow, nota supra 8, p. 746-747.

(35) Isto pode já ser a norma estabelecida. Ver *La Buy vs Home Leather Co.*, 352 U.S. 249, 256-257 (1957).

pleta imersão nas particularidades de um caso complexo. Desse modo, subjuizes criados judicialmente devem ser especialmente desprestigiados. Ademais, há razões para ficarmos atentos quando o Legislativo cria subjuizes, como fez com os pretores.³⁶ A criação legislativa de subjuizes onera os juizes com deveres de designar, supervisionar e conservar os subjuizes, aumentando, portanto, suas respectivas tarefas administrativas. Outrossim, cria um grupo de funcionários que tende a isolar os juizes de experiências educacionais críticas e a dispersar suas responsabilidades. Neste caso, não há diferença entre pretores e *special masters*. Com tais assertivas, não pretendo negar a necessidade que pode ter levado o Congresso ao sistema de pretores em 1968 — o aumento do volume de casos —, mas somente sugerir que há boas e importantes razões para a exploração de formas organizacionais alternativas no atendimento dessas necessidades.

Uma alternativa é, simplesmente, criar mais distritos e circuitos judiciais.^{NTS} Contrariamente à proliferação de subjuizes, um aumento no número de juizes não cria uma patologia burocrática ligada à fragmentação e compartimentalização da tarefa — isolando o juiz das experiências educacionais críticas. Um aumento no número total de juizes não deixa nenhum juiz singular mais isolado. Pode, admito, diluir a responsabilidade judicial, porque qualquer aumento no número de juizes enfraquecerá o senso de responsabilidade individual de cada juiz e criará a necessidade de novas

(36) Ver Higginbotham, *Bureaucracy — The Carcinoma of the Federal Judiciary*, 31 ALA. L. Rev. 261, 265-266 (1980).

NTS O Judiciário Federal norte-americano é dividido em vários circuitos, que englobam vários Estados. Os circuitos, nos quais funcionam as Cortes de Apelação, são divididos em Distritos, nos quais atuam os juizes de primeiro grau. Para uma visão da estrutura do Judiciário norte-americano, vide: HAZARD, Geoffrey C. e TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: an introduction*. New Haven/London, 1993. p. 50.

estruturas organizacionais (por exemplo, sistemas de informação) para minimizar o risco de decisões desiguais e inconsistentes. Todavia, a responsabilidade será difundida — talvez num grau ainda maior — quando os subjuízes forem utilizados para atender à necessidade de mais pessoal, pois os subjuízes multiplicam o número daqueles que tomam decisões e criam a necessidade de coordenação de estruturas, sendo que a alternativa do subjuiz oferece os riscos adicionais associados ao isolamento burocrático.

O aumento do número de subjuízes pode ter um custo menor do que o representado pelo aumento no número de juízes e pode parecer menos ameaçador ao *status* de elite do juiz federal. Duvido, entretanto, que as economias seriam decisivas e que o *status* especial do Judiciário Federal, em qualquer sentido importante, dependa do número de juízes no sistema. O Juiz Rehnquist, argumentando o contrário, imaginou um aumento no número de juízes distritais no Kentucky de nove para quarenta e um até o ano 2027 e então perguntou: “alguém poderia seriamente assegurar que o ‘cacife’ do Judiciário não seria, de alguma maneira, diminuído por esse grande aumento em seu número?”³⁷ Eu poderia (dependendo do que ele quis dizer com “de alguma maneira”). Mas mesmo se eu estiver errado e essas mudanças relativamente pequenas em número

(37) Rehnquist, nota supra 27, p. 15-16. O Juiz Posner recomenda congelar o número de juízes distritais como um meio de conter o volume de casos com apelação e, por meio disso, evitar um aumento no número de juízes das cortes de apelação. Posner, *Will the Federal Courts of Appeals Survive Until 1984? An Essay on Delegation and Specialization of the Judicial Function*, 56 S. Cal. L. Rev. 761, 763-67 (1983). Ele também parece acreditar que a manutenção do *status* especial de juízes federais (de apelação) está criticamente ligada à limitação de seu número. Mais tarde, no mesmo artigo, ele sugere que aumentar o número de juízes federais de apelação pode ser um “passo positivo”, uma vez que reduziria a concentração de poder federal. *Idem*, p. 790.

forem decisivas, o fato é que o “cacife” poderia ser diminuído para se evitar as patologias burocráticas — e talvez ainda objeções constitucionais — associadas ao atendimento da contemporânea necessidade de pessoas com poder decisório por meio da utilização de subjuízes.

Uma segunda alternativa ao uso de subjuízes é a criação pelo Congresso de cortes especializadas que ficariam fora da pirâmide burocrática do sistema federal geral. A Corte de Tributos e a Corte Militar de Apelações são exemplos do que proponho. Podemos, como resultado, substituir uma burocracia imensa por duas ou mais burocracias menores. Além disso, linhas de revisão teriam de ser criadas para a Suprema Corte, mas em termos de integridade do processo judicial, mais burocracias, porém menores, seriam um ganho. Quanto maior a burocracia, maior a dispersão da responsabilidade.

O estabelecimento de cortes especializadas origina questões relativas ao valor de uma perspectiva geral, não especializada, sobre questões jurídicas. Há frescor e riqueza inegáveis nos julgamentos de um não-especialista. Há também menos chances de prevalência de interesses de grupos determinados. Portanto, eu não estabeleceria uma corte separada e especializada para lidar com a dessegregação escolar, por exemplo, mas, antes, confinaria esta estratégia a áreas em que é dado menor valor à visão do generalista e há menos risco de que certos interesses prevaleçam. Tributos e falências são exemplos perfeitos; direito marítimo pode ser um outro; assim também as patentes. O padrão deveria ser, conforme afirmou o Juiz White em um caso de falência, “extrema especialização”.³⁸ Devemos perceber, ademais, que estamos considerando a possibilidade da criação de cortes especializadas sob duas considerações muito especiais — primeiro, não estamos dis-

(38) *Northern Pipeline*, 458 U.S. pg. 118 (1982) (Juiz White, voto vencido).

postos a lidar com o crescente volume de casos por meio da criação de novos juízes de jurisdição geral; e, em segundo lugar, estamos comparando a corte especializada com a alternativa de criar mais subjuízes, cuja jurisdição também tende a ser especializada. Sob estas considerações, a tarefa não é escolher entre o generalista e o especialista, mas saber como organizar especialistas. Os subjuízes são especialistas com poder considerável (embora talvez um pouco menor do que o de uma corte especializada). Eles iriam, contrariamente aos juízes especializados, compor as tarefas gerenciais do juiz geral, separar aqueles que decidem dos que são responsáveis pela instrução, distribuindo, com isso, a responsabilidade pelas decisões.

Uma estratégia de reforma que enfatiza formas organizacionais alternativas também tem implicações na utilização do *staff*. Começo com a afirmação de que os componentes do *staff* são indispensáveis para dar assistência ao juiz no processo judicial moderno — tão indispensável quanto é atualmente para um advogado especialista em participar de julgamentos ser auxiliado por um *staff* de jovens associados e assistentes para-legais.^{NT9} É possível, contudo, organizar o *staff* judicial de maneira a minimizar as patologias burocráticas. No caso dos assistentes jurídicos comissionados, que trabalham sob a supervisão direta e imediata de um juiz em particular, o arranjo organizacional mais favorável pode ser instituído pelo próprio juiz. Ele simplesmente deve acompanhar minuciosamente o trabalho desse funcionário, não deve delegar a ele nenhum componente crítico do processo de decisão e deve manter forte supervisão sobre qualquer trabalho a ele atribuído. O juiz irá, por meio disso, evitar seu isolamento das experiências críticas educacionais e minimizar a dispersão da responsabilidade, resultado

^{NT9} Os grandes escritórios americanos utilizam mão-de-obra de pessoas sem instrução jurídica formal ou sem inscrição na *American Bar Association* para desenvolver atividades de acompanhamento, instrução e preparação dos processos.

inevitável da proliferação dos *staffs*. O juiz deve saber que será totalmente responsabilizado pelo trabalho, estilo e erros dos seus assistentes jurídicos comissionados, devendo organizar seu *staff* de maneira adequada.

Quanto aos *staff attorneys*, no entanto, devemos considerar uma mudança mais formal e radical — abolir completamente a função. Esta proposta advém da minha crença em que os *staff attorneys* representam um risco muito grande de diluição de responsabilidade, precisamente porque não são de responsabilidade de nenhum juiz em particular, mas somente da corte em geral. Os *staff attorneys* comumente trabalham sob a fraca supervisão exercida por vários juízes, mas o trabalho deles nunca é atribuído a nenhum juiz em especial. Eles permanecem incógnitos em grande parte de seu trabalho. De fato, com o advento dos *staff attorneys* surge a proliferação de decisões anônimas — a “ordem de julgamento” e a “*per curiam*” — as quais, por mais absurdo que possa parecer, são, por vezes, proferidas em casos abrangentes e difíceis.³⁹ A utilização dos *staff attorneys* para a realização da triagem dos “casos que não apresentam as condições necessárias para o julgamento do mérito” não somente produz uma forma anônima de justiça, mas tende a isolar os juízes do fluxo e refluxo do direito e do impacto total das demandas propostas. Os juízes podem precisar de *staffs*

(39) Ver, por exemplo, *United States vs Hubbard*, 686 F. 2d 955 (D.C. Cir. 1982) (*per curiam*) (ordenando a não revelação dos documentos da Church of Scientology); *United States vs Hinckley*, 672 F. 2d 115 (D.C. Cir. 1982) (*per curiam*) (decidindo sobre a supressão de pedidos formulados no julgamento de pessoas acusadas de tentar assassinar o Presidente). Um uso similar das decisões anônimas aparece na Suprema Corte. Ver, por exemplo, *Maryland vs United States*, 460 U.S. 1001 (1983) (*per curiam*) (confirmação sumária da decisão do caso AT&T em matéria antitruste) *Buckey vs Valeo*, 424 U. S. 1 (1975) (*per curiam*) (invalidando partes da Lei de Financiamento de Campanhas Eleitorais Federais).

mais numerosos em razão do crescimento de seu volume de casos e para ajudá-los em casos mais complexos, mas seus *staffs* devem ser organizados de maneira a reforçar, e não diminuir, o senso de responsabilidade do juiz, e a aumentar, e não reduzir, sua participação no diálogo processual que constitui a fonte de sua autoridade.

Estas sugestões — restringir o uso de *special masters* e outros subjuízes tais como os pretores, fortalecer a supervisão dos assistentes jurídicos comissionados, e eliminar completamente os *staff attorneys* — não têm a pretensão de ser exaustivas. Pretendem somente indicar uma gama de alternativas possíveis dentro de uma estratégia de reforma que procura eliminar a obsessão relativa ao volume de casos e chamar atenção para questões da forma organizacional. Pretendem apenas retomar a credibilidade da estratégia de reforma; a lista de sugestões pode e deve ser ampliada. Devo admitir, entretanto, que, mesmo quando essa lista for ampliada, o Judiciário permanecerá burocratizado, ou seja, uma organização altamente complexa, caracterizada por diversos relacionamentos hierárquicos que tendem a isolar os juízes das experiências educacionais críticas e a dispersar as responsabilidades. A meu ver, isso parece integrar um dilema moderno. O mundo muda — mudamos de uma sociedade de indivíduos para uma sociedade de organizações — contudo, descobrimos que devemos viver e trabalhar com formas de autoridade que pressupõem um mundo não mais existente, e que não podemos trazer de volta.

A resposta a este dilema não deve ser resignação ou desespereiro. Seria um erro concluir, a partir desta análise, que devemos renunciar ao poder jurisdicional, como se tivéssemos outra maneira de proteger nossos valores públicos e pôr em xeque os poderes políticos do Estado intervencionista. Há, em vez disso, duas outras possibilidades. Uma é reexaminar nossos ideais individualistas e as formas de autoridade às quais eles dão origem; pode ser, como sugeriu Bruce Ackermann em certa ocasião, quando eu estava pres-

tes a começar esse ensaio, o engajamento das burocracias em um diálogo. A alternativa, em meu entendimento mais realista, consiste na implementação daquelas pequenas mudanças incrementais na estrutura institucional que podem nos capacitar para uma percepção mais completa de nossos ideais individualistas dentro de um mundo de caráter inteiramente diferente.