



**Universidade de Brasília
Faculdade de Direito**

Lucas Abreu Maciel

**Perspectivas da independência e da responsabilidade judiciais a partir de
Ronald Dworkin: um estudo de caso do Mandado de Segurança nº 30.320.**

**Brasília, Distrito Federal.
2017**

**Universidade de Brasília
Faculdade de Direito**

Lucas Abreu Maciel

**Perspectivas da independência e da responsabilidade judiciais a partir de
Ronald Dworkin: um estudo de caso do Mandado de Segurança nº 30.320.**

**Monografia apresentada à Banca
Examinadora da Universidade de Brasília
para a obtenção do grau de bacharel em
Direito, sob a orientação da Prof. Dr.
Janaína Penalva.**

**Brasília, Distrito Federal.
2017**

Nome: Maciel, Lucas Abreu.

Título: Perspectivas da independência e da responsabilidade judiciais a partir de Ronald Dworkin: um estudo de caso do Mandado de Segurança nº 30.320.

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Data da defesa: 28/06/2017

Resultado: Aprovado com menção SS.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Professora Doutora Janaína Lima Penalva da Silva

Integrante: Professor Doutor Guilherme Scotti Rodrigues

Integrante: Professor Mestre Lucas Delgado

AGRADECIMENTOS

Muito embora não acredite ser possível contemplar, apenas com palavras, a todos e a tudo que devo agradecer por poder chegar neste especial momento de minha vida acadêmica e profissional, devo assumir a responsabilidade de tentar. Agradeço, então, primordialmente a Deus, que se faz presente em minha vida a partir de tudo que é mais amável e essencial.

Agradeço também à minha família, por sempre se fazer presente em todos os meus desafios, me dando o apoio incondicional que sempre me dera. Não poderia deixar de lembrar, em especial, de minha mãe, que com todo o carinho, experiência e amor esteve ao meu lado nos bons e maus momentos, me mostrando que o esforço inteligente supera qualquer talento.

Rendo também meus mais sinceros agradecimentos ao meu pai, cujos ensinamentos me provaram que a justiça só se realiza quando feita com ética e comprometimento. Sua história de vida e seu exemplo enquanto jurista serão sempre lembrados por mim. Deixo minha gratidão também às minhas irmãs, que incessantemente me incentivam a evoluir cada vez mais em minha carreira e reforçam minha fé no que há de melhor na vida.

Agradeço à Lane Ferreira por sua contínua disposição para participar de meus longos debates jurídicos e políticos, por me auxiliar nas minhas revisões e pela companhia enriquecedora. Sua cultura e conhecimento enriqueceram minha passagem nesta Faculdade e sem sombra de dúvidas tiveram importantíssima influência na realização deste trabalho.

Agradeço, por fim, à Professora Janaína Penalva, cujos ensinamentos e orientações me possibilitaram ter uma visão mais ampla do direito. Seu senso crítico e sua perspicácia acadêmica tornaram-se verdadeiros referenciais para minha carreira jurídica.

SUMÁRIO

Introdução.....	7
CAPÍTULO 1: A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E O SURGIMENTO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.....	11
1.1. A criação do CNJ.....	11
1.2. (In) Constitucionalidade do CNJ? Uma breve análise da ADIN 3367-1/DF.....	14
1.3. A importância do CNJ na construção de um sistema de controle do judiciário.....	19
CAPÍTULO 2: A INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO.....	22
2.1. Noções gerais.....	22
2.2. Independência Externa.....	24
2.3. Independência Interna.....	25
CAPÍTULO 3 – ACCOUNTABILITY E RESPONSABILIDADE JUDICIAIS: OS PERIGOS DO ISOLAMENTO DO JUDICIÁRIO.....	30
3.1. <i>Accountability</i> : Aspectos gerais.....	30
3.2. <i>Accountability</i> Judicial: legal, institucional, comportamental e decisional. Reflexões sobre a responsabilidade judicial.....	32
3.3. Tipologia e modelos de Responsabilidade judicial segundo Mauro Cappelletti.....	39
CAPÍTULO 4 – RESPONSABILIDADE E INDEPENDÊNCIA JUDICIAL: ANÁLISE DA DECISÃO DO MS 30.320/DF A PARTIR DA TEORIA DA INTEGRIDADE DO DIREITO.....	44
4.1. O caso concreto: MS 30320 e PAD 0005370-72.2009.2.00.0000.....	44
4.3. A Integridade no Direito e a <i>ratio decidendi</i> do Mandado de Segurança nº 30320/DF....	48
4.3.1 Breves anotações sobre a integridade no direito.....	48
4.3.2. O MS 30.320 e o direito como integridade.....	53
Conclusões.....	59
Bibliografia.....	61

Resumo

Este trabalho tem como propósito discutir as perspectivas de aplicação dos princípios da *accountability* (principalmente em seu viés decisional) e da independência judiciais no sistema constitucional brasileiro com base na análise da decisão monocrática prolatada nos autos do Mandado de Segurança nº 30.320, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe de 28/2/2011, em que, em sede de julgamento de pedido liminar, suspendeu-se a decisão tomada pelo Conselho Nacional de Justiça no PAD nº 0005370-72.2009.2.00.0000, em que se entendeu por bem punir disciplinarmente magistrado de primeira instância que declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) com base em fundamentos machistas e em concepções religiosas particulares. Para tanto, utilizar-se-á a teoria da integridade no direito, de Ronald Dworkin, para questionar sobre o acerto da supracitada decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, entretanto, realizar-se-á um breve levantamento de informações relativas ao Conselho Nacional de Justiça, uma vez que a discussão acerca da independência, da *accountability* e da responsabilidade judiciais – que serão minuciosamente tratados no decorrer desta análise – no sistema constitucional brasileiro ligam-se diretamente à atuação desse órgão e, sem sombra de dúvidas, à discussão de sua validade constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Independência Judicial. Accountability. Accountability Judicial. Integridade no direito. Ronald Dworkin. Supremo Tribunal Federal. Conselho Nacional de Justiça.

Introdução

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é órgão do Poder Judiciário que, conforme definido pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), tem como principal função o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições definidas em lei, aquelas dispostas no próprio texto constitucional.

Deste rol elencado pela CRFB/88, destacam-se duas funções principais: a disciplinar e a relativa ao controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário. Estas duas, pode-se dizer, são as principais formas de atuação do CNJ. Não por menos, praticamente todas as atribuições deste órgão elencadas na Constituição e na legislação infraconstitucional são referentes, em maior ou menor grau, a alguma dessas duas principais competências.

Exatamente em decorrência de suas funções, a criação desse órgão de controle do Poder Judiciário não poderia deixar de ser recheada de acaloradas discussões. Desde antes de seu surgimento, parte da magistratura nacional já se mostrava descontente e preocupada, uma vez que a prestigiada e fundamental independência do poder judiciário poderia ser gravemente abalada, pondo em risco o equilíbrio do tão almejado Estado Democrático de Direito, que fora conquistado há pouquíssimo tempo. Não por menos, a Associação dos Magistrados Brasileiros logo ajuizou a ADIN 3367-1/DF, questionando a constitucionalidade do CNJ. Empreitada sem sucesso, visto que o Supremo Tribunal Federal (STF) considerou constitucional a existência do Conselho Nacional de Justiça.

Entretanto, as preocupações com relação à continuidade da independência judicial, dada a existência do CNJ, eram e ainda são existentes e, não seria incorreto dizer, legítimas. Tal fato enseja a contínua pesquisa e análise quanto à atuação do Conselho perante os tribunais brasileiros. Não há que se falar, ao menos não em um contexto institucional como o brasileiro, em um Estado Democrático em que não exista um Poder Judiciário bem sedimentado e protegido por garantias de independência. O resultado (justiça) importa tanto quanto a forma como ele se dá, razão pela qual a existência de um juiz imparcial e a necessidade de uma fundamentação jurídica coerente, por exemplo, são garantias fundamentais. No entanto, um julgamento baseado em parâmetros outros que não o próprio direito, por exemplo, a despeito de muitas vezes poder até vir a parecer justo (a depender de

quem, quando e de como se analisa o caso) não pode ser aceito em um Estado condicionado ao império do direito, como diria Ronald Dworkin. Questiona-se, portanto, quais são os limites e os contornos da independência judicial brasileira e de que modo pode existir o controle do judiciário.

Em vias de garantir a existência de um Judiciário independente, é necessário que se crie condições institucionais e também funcionais para a sua realização. Esse ponto é inegável e incontroverso. Ainda assim, a despeito da necessidade de se obter um Judiciário devidamente equilibrado perante os Poderes Legislativo e Executivo e também perante a própria sociedade civil organizada, não se pode olvidar que, dentro de um Estado Democrático de Direito, todo exercício de poder deve ser devidamente seguido de certo grau de controle, fiscalização e, portanto, *accountability*.

Em outras palavras, pode-se dizer que há de vigor uma relação de *check's and balances*, como forma de controle, de modo a permitir o equilíbrio entre os poderes; todos os excessos devem ser devidamente verificados e corrigidos. Fiscalizados, portanto, de tal sorte que não deva existir poder ilimitado; e, finalmente, consubstancia-se a *accountability* na medida em que todo o poder é do povo e, nesse sentido, quando exercido pelo Estado deve ser devidamente motivado e posto a análise dos cidadãos, efetivando-se aqueles princípios elencados no art. 37 da CRFB/88, principalmente o da publicidade. Neste último caso, para fins deste trabalho, serão utilizados, primordialmente, os conceitos de *accountability* judicial trabalhados por Ilton Norberto Robl Filho e Fabrício Ricardo de Limas Tomio¹ e também os conceitos de responsabilidade judicial trabalhados por Mauro Cappelletti.²

Afora tais autores, convém ressaltar desde logo que este trabalho teve como inspiração teórica a reflexão realizada por Lucas Delgado em sua tese para a obtenção do grau de mestre em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília³. Seu trabalho, que também utilizou como principal ponto de análise o PAD nº 0005370-72.2009.2.00.0000 e o MS nº 30.320 – que suspendeu os efeitos da decisão do CNJ –, discutiu a validade da

¹TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, v.21, n. 45, p.29-46, Mar. 2013, Página 30. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782013000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 de março de 2017.

² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1989.

³ DELGADO, Lucas. *Independência Judicial e Corrupção Sistêmica – O controle disciplinar da atividade jurisdicional pelo Conselho Nacional de Justiça e a diferenciação funcional do direito*. Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Mestrado em Direito, Estado e Constituição. Brasília, 2017.

ocorrência da *accountability* judicial decisional no sistema constitucional brasileiro. Tomou como fundamento principal a teoria dos sistemas propostos por Luhmann para argumentar que a invasão do direito por elementos a ele externos, conforme se verifica na decisão do magistrado, causariam aquilo que Marcelo Neves chama de “corrupção sistêmica do direito”⁴, o que justificaria a sanção disciplinar imputada pelo Conselho Nacional de Justiça ao magistrado. Seu trabalho trouxe então a seguinte inquietação, tratada nesta monografia: teria acertado o Supremo ao decidir que a punição do magistrado pelo CNJ no PAD nº 0005370-72.2009.2.00.0000 deveria ser constrangida em prol da independência judicial?

Tal inquietação exige que se empreenda uma análise acadêmica relativa à independência judicial brasileira e seus limites para que se faça, então, um estudo de caso do entendimento posto pelo STF, em sede da decisão liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio, no Mandado de Segurança nº 30.320/DF, em que se entendeu ser inviável a punição disciplinar, por parte do CNJ, de magistrado brasileiro que prolatou sentença fundamentada em argumentos religiosos e machistas. Entendeu-se que, no caso concreto, a independência decisória do magistrado deveria prevalecer totalmente sob o controle disciplinar ora exercido pelo CNJ.

De forma mais minuciosa, o que se efetivou nesse julgamento monocrático realizado no STF foi o entendimento de que seria inviável a sanção disciplinar dada pelo CNJ ao magistrado em razão de sentença em que declarava a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha a partir de argumentos relativos às suas concepções religiosas e machistas. O ponto fulcral da decisão liminar era a suposição de que a atuação do CNJ representaria controle da atuação jurisdicional, o que seria vedado, dada a independência decisória do julgador, que não poderia ser punido por fundamentos sentenciários. A única via possível em caso de discordância seria a recursal, tendo por impossível a punição disciplinar no caso específico.

Nesse sentido, este trabalho terá como objetivo pesquisar, fundamentando-se em um raciocínio jurídico baseado na teoria da integridade no direito, pensada por Ronald Dworkin⁵, se o CNJ, conforme se verifica no PAD supracitado, poderia realizar ou não o controle disciplinar decisional dos magistrados brasileiros sem ferir a independência judicial

⁴ NEVES, Marcelo. O supremo e o CNJ face à Corrupção Sistêmica. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-20/observatorio-constitucional-supremo-cnj-face-corrupcao-sistemica?imprimir=1>. Acessado em: 23/3/2017.

⁵ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Editora Martins Fontes, 2ª edição, 2004.

constitucionalmente garantida pela CRFB/88 e se a decisão do STF que entendeu pela impossibilidade deste acontecimento foi acertada ou não.

Para a consecução desse fim cumpre realizar, previamente, uma análise detalhada relativa ao Conselho Nacional de Justiça, que se baseará nos estudos de José Adércio Leite Sampaio; à independência judicial e também aos conceitos trabalhados por Fabrício Ricardo de Limas Tomio e Ilton Norberto Robl Filho e também Mauro Cappelletti, razão pela qual se passa agora a destrinchar alguns conceitos e ideias fundamentais para a conclusão deste trabalho.

CAPÍTULO 1: A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E O SURGIMENTO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.

1.1. A criação do CNJ.

No plano dos poderes instituídos pela Constituição Federal brasileira, sem dúvidas, o Poder Judiciário é aquele ao qual foi confiada a mais profunda independência para a realização de seus propósitos constitucionais. A função jurisdicional exige certo grau de independência, sem dúvidas. No entanto, independência sem controle acaba por se tornar arbítrio, e com certeza esse não era – e quer-se acreditar que continua não sendo – o objetivo do constituinte originário e nem sequer do derivado.

É certo que em nosso atual paradigma constitucional o judiciário é cercado por proteções à sua atuação de forma a garantir sua imparcialidade e independência. Nos dizeres de Gilmar Mendes:

A Constituição de 1988 confiou ao judiciário papel até então não outorgado por nenhuma outra Constituição. Conferiu-se autonomia institucional, desconhecida na história de nosso modelo constitucional e que se revela, igualmente, singular ou digna de destaque também no plano do direito comparado. Buscou-se garantir a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário. Assegurou-se a autonomia funcional dos magistrados.⁶

Entretanto, a atuação deste importantíssimo poder não se sobreleva aos demais de forma a justificar a inexistência de qualquer controle institucional e funcional. Não por menos, a própria CRFB/88 criou diversos mecanismos de freios e contrapesos que pudessem não apenas limitar este poder, mas também colocá-lo em harmonia com os outros dois e impedi-lo de causar prejuízos à ordem constitucional.

Exemplos de institutos que concretizam este contexto de *checks and balances* é, por exemplo, a nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República, após sabatina pelo Senado Federal. Também a nomeação de magistrados de Cortes Superiores tais quais o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho etc., na forma que a Constituição Federal estabelece.

Estas medidas, entretanto, não são capazes de impedir que o Poder Judiciário atue de forma arbitrária, ou que venha a ser corrompido no ínterim de suas funções jurisdicionais ou

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito Constitucional. 10ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015. Página 961.

até mesmo que venha a ser ineficiente ou mesmo ineficaz em sua atividade fim. Estes problemas devem ser enfrentados para que se concretize um Estado Democrático de Direito e, no combate a estes males, um dos antídotos que podem ser utilizados é a vigilância institucional e funcional, que se encorpa na atuação de controle externo e interno dos Poderes instituídos.

No que tange ao controle externo, a CRFB/88 incumbiu ao Congresso Nacional, como função típica, esta qualidade. Com o auxílio do Tribunal de Contas da União, o Poder Legislativo, nos exatos termos do art. 70 do supracitado diploma constitucional, realizará a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia das receitas, atividade esta que também será realizada pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Certo é que, dado o contexto político pelo qual o Brasil estava passando ao tempo da promulgação da CRFB/88, em que o país acabara de sair de um longo governo militar ditatorial, a simples ideia de se criar um órgão de controle do Judiciário brasileiro acabava por ser, nas palavras de Sampaio, “(...) visto como um dedo do autoritarismo sobrevivente (...)”.⁷

Historicamente, vale dizer, a criação de órgão com medidas e funções similares ao atual Conselho Nacional de Justiça já havia sido tentada e, até mesmo, simbolicamente efetivada. Ainda no regime ditatorial, editou-se a Emenda Constitucional nº 7/1975, que criara o Conselho Nacional da Magistratura. Tal órgão fora visto por José Adércio Leite Sampaio da seguinte forma:

Tratava-se de um órgão com “jurisdição em todo território nacional”, formado integralmente por ministros do STF, sete ao todo, escolhidos pela própria Corte, mediante votação nominal para um período de dois anos, não sendo admitida a recusa do encargo.⁸

Este órgão detinha funções incisivamente correccionais, devendo atuar contra a corrupção dentro do Judiciário. No entanto, nunca chegou a realmente funcionar nos termos em que fora criado:

Cabia a ele conhecer de reclamações contra membros de tribunais, com poderes para avocar processos disciplinares contra juízes de primeira

⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Página 241.

⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Página 239.

instância e, em qualquer caso, determinar a disponibilidade ou a aposentadoria de uns e outros, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço.

(...)

O conselho era feito de papel e de intenção. Dizia-se que seu objetivo era unificar o sistema da magistratura estadual e federal, além de evitar atos de insubordinação administrativa e de corrupção.⁹

A tese de que este órgão poderia vir a desrespeitar a independência do Poder Judiciário não tinha força. Ora, como dito acima, o Conselho era formado unicamente por membros do Supremo Tribunal Federal, e isso tinha um peso argumentativo sem igual quanto a esta discussão. Perfeitamente caracterizado como um órgão interno – tal qual as corregedorias – ao judiciário, haja vista a totalidade de seus membros serem daí oriundos, dificilmente viria a ser considerado um perigo à independência judicial. Entretanto, com o fim da ditadura militar, como bem informa Sampaio:

A abertura política impediu que o real desiderato da medida – controle das instancias inferiores e estaduais da justiça – fosse cumprido, para o bem e para o mal. O judiciário continuou a seguir a sua trajetória sem a interferência do Conselho, exercendo suas competências constitucionais com a autonomia permitida pelo tempo e, em contraponto, aprofundando vícios e corporativismos que vinham desde a época da colônia.¹⁰

Quando ainda antes da promulgação da CRFB/88, no decorrer dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, chegou-se a rediscutir a necessidade da existência de um órgão que pudesse realizar o controle do Poder Judiciário. Tais discussões, entretanto, acabaram soterradas pela imensa importância que se deu à criação de um Judiciário independente e forte o suficiente para cumprir com seus propósitos dentro de um Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Sampaio:

Assim, a Constituição de 1988 terminou por valorizar o pleno governo do Judiciário, como nunca acontecera antes, na simbologia de um momento de ruptura com as formas autoritárias do passado, especialmente as mais recentes.¹¹

Passados alguns anos da promulgação da Constituição Cidadã, novamente a questão da criação de um conselho que pudesse exercer o controle do Poder Judiciário voltou a ganhar força. Os inúmeros casos de corrupção, descaso por parte da magistratura, ineficiência – que levava a uma imensa lentidão do andar dos processos na justiça brasileira – e, não menos

9 Idem. Páginas 239-240.

10 Idem. Página 240.

11 Idem. Página 242.

importante, corporativismo acabaram por dar força ao debate acerca da criação de um órgão incumbido de tão sensível tarefa.

O contexto favorável ao debate acerca da reforma do judiciário possibilitou que fosse aprovada a Emenda Constitucional nº 45/2004 que, entre outras coisas, criou o Conselho Nacional de Justiça, nos termos do art. 103-B da CRFB/88. Estava feito, era então criado o CNJ. Suas competências, delineadas pela CRFB/88, eram atinentes ao controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário nacional e também do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, de forma concorrente com as corregedorias das cortes, entre outras funções definidas no próprio texto constitucional e também no Estatuto da Magistratura.

Esta última função, relativa ao controle disciplinar da magistratura brasileira pelo Conselho Nacional de Justiça, terá importantíssimo papel neste trabalho, visto que o caso concreto a ser analisado é diretamente relacionado a ela. Toda a demonstração até aqui realizada teve como propósito demonstrar a viabilidade da existência do CNJ e, principalmente, ressaltar as suas principais características, que são de extrema importância para a construção de um sistema constitucional que possa equilibrar a independência e a *accountability* judiciais de forma saudável.

Ainda assim, cumpre dizer que o caráter nacional, que possibilita a atuação do Conselho tanto nos tribunais federais quanto nos estaduais, e sua composição com elementos externos à magistratura, que possibilita questionamentos acerca do caráter interno ou externo do órgão não foram de todo bem recebidos pelos juízes brasileiros. A validade da criação do Conselho Nacional de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004 foi levada ao crivo do Supremo Tribunal Federal, a quem coube refletir e decidir se o referido órgão tem ou não legitimidade perante a Constituição Federal brasileira.

1.2. (In) Constitucionalidade do CNJ? Uma breve análise da ADIN 3367-1/DF.

Antes mesmo de publicada a Emenda Constitucional nº 45/2004, a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3367-1/DF, questionando a validade da criação do Conselho Nacional de Justiça a partir de dois principais argumentos: violação ao princípio da separação e independência dos poderes, tendo em vista a composição heterogênea do CNJ, a qual será abaixo delineada; ofensa ao pacto federativo,

vez que os órgãos do judiciário estadual estariam submetidos à supervisão administrativa, orçamentária, financeira e disciplinar de órgão federal.

A fim de verificar a validade jurídica dos argumentos elencados pela AMB, convém, inicialmente, descrever e analisar meticulosamente a composição do Conselho Nacional de Justiça¹². Dentre os membros do Conselho, 6 (seis) deles são de origem externa ao Poder Judiciário. Tal fato deu ensejo à ideia de que o controle exercido pelo supracitado órgão seria inconstitucional, vez que se caracterizaria como controle externo do judiciário. Nas palavras de Sampaio:

A inserção do Conselho de formação heterogênea, a incluir membros de fora da magistratura, com poderes de controle administrativo, orçamentário-financeiro e disciplinar agravava a síndrome da inconstitucionalidade, pois comprometia o autogoverno dos tribunais (arts. 96, 99 e parágrafos, e 168, CRFB). Assim, a presença de conselheiros alheios ao Poder com função disciplinar subverteria a lógica da independência, com riscos de converter-se tal função em um controle mais político do que técnico, sem se descartar eventuais perseguições.¹³

Este argumento convenceu alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, que entendiam que a existência de membros externos à magistratura no CNJ poderia acarretar a criação de um órgão de controle externo que corromperia a independência do Poder Judiciário. Entretanto, não foi o suficiente para fundamentar a inconstitucionalidade daquele órgão.

O simples fato do CNJ ser composto por membros que não compunham a magistratura brasileira não acarretava, *per si*, na inconstitucionalidade do órgão. Ora, importante notar que a composição do Conselho contava com maioria de membros advindos do judiciário, o que dificulta entendê-lo como um órgão de controle externo.

¹² Seus membros, segundo o art. 103-B da CRFB/88 são os seguintes: o Presidente do Supremo Tribunal Federal; um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

¹³ Idem. Página 250.

Cumpra asseverar também que os membros externos, em sua maioria, são originários de órgãos estatuídos pela própria CRFB/88 como essenciais à justiça e, nesses termos, sua participação no CNJ serviria às finalidades constitucionais, vez que possibilitaria maior transparência do judiciário e também a diminuição de qualquer inspiração corporativista que pudesse degenerar o Conselho. Sampaio analisa da seguinte forma:

Conjuga-se assim a legitimidade burocrático-corporativa das duas categorias de imediata interação e cooperação com o Judiciário (...) com a legitimidade democrática, de dois cidadãos indicados pelos representantes do povo, todos com notável saber jurídico e reputação ilibada.¹⁴

No que tange aos dois cidadãos indicados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, ambos possuidores de notável saber jurídico e reputação ilibada, convém salientar que a Constituição Federal estabeleceu um mecanismo de coexistência entre os Poderes da República de uma forma em que imperasse um sistema de freios e contrapesos, possibilitando a influência de um Poder sobre o outro, sempre se mantendo a independência de cada um deles. A participação desses dois últimos membros se caracterizaria, então, como uma mera participação democrática e também federalista, visto que os respectivos cidadãos seriam indicados pelos representantes do povo e pelos representantes dos estados brasileiros. Portanto, esta tese não poderia vir a ser utilizada como fundamento para declaração de suposta inconstitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça.

Emblemático, quanto a esse ponto, o voto do Ministro Relator Cezar Peluso no julgamento da Adin 3367-1/DF:

Brandida como argumento exemplar e capital da pretensa inconstitucionalidade do Conselho, tal indicação em si, em que qualquer crítico desapassionado enxergaria, quando muito, mera representação simbólica da instância legislativa, não pode equiparar-se a nenhuma forma de intromissão incompatível com a ideia política e o perfil constitucional de separação e independência dos Poderes. O preceito que a estabelece não inova coisa alguma na ordem constitucional, em cujo contexto guarda, com ruidosa clareza, menor extensão lógica e índice muito mais modesto de participação doutro Poder no processo de escolha de membros do Poder Judiciário, do que, por exemplo, o velhíssimo modelo do art. 101, parágrafo único, da Constituição da República, o qual defere ao Chefe do Executivo competência exclusiva para nomear todos os integrantes desta Casa!¹⁵

¹⁴ Idem. Página 252.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367-1/DF. Diário de Justiça de 17/3/2006. Voto do Ministro Relator Cezar Peluso, fls. 224 e 225.

Quanto a esse primeiro argumento, portanto, sem razão a AMB. Ficaram vencidos os Ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. A quantidade de Ministros que entendiam pela inconstitucionalidade da composição heterogênea do Conselho Nacional de Justiça demonstra o quão dividido estava o Supremo neste tema. Não por menos, o meio jurídico também se dividia quanto o assunto. Entretanto, preponderou o argumento que melhor se concatenava com as estipulações da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal decidiu de forma acertada.

Nesse mesmo sentido, alegou a AMB que o fato de existirem juízes de primeira instância na composição do CNJ viria a subverter a hierarquia existente entre estes e eventuais desembargadores ou até mesmo Ministros que viessem a ser julgados administrativamente pelo Conselho. Tal ponto foi de pronto refutado, vez que nestes julgamentos quem decide é o colegiado e não a figura de apenas um de seus membros. Nesse sentido é que Sampaio assevera:

Primeiro, a hierarquia judiciária não se confunde com subordinação administrativa. Lembremos que a independência do judiciário protege a liberdade de julgar contra as pressões dos próprios órgãos e entidades judiciários. Depois, a decisão não é do juiz de instância inferior, mas do colegiado.¹⁶

No julgamento da ADIN em questão, ademais, imperou o entendimento do relator no seguinte sentido:

Ao depois, a participação de juízes de hierarquia inferior em decisões disciplinares sobre atos de juízes de categoria superior não rompe nenhum princípio nem regra constitucional imutável, porque não encerra nem supõe atribuição de competência monocrática cujo exercício subverta relações hierárquicas. É que o caso retrata apenas competência destinada a formar a vontade coletiva de órgão do colegiado, ao qual é adjudicado o poder de decidir. A arguição da autora, aqui, nasce de erro de perspectiva, porque não atina com o fato de que a relação hierárquica, pressuposta ao poder de decidir, se estrutura entre o órgão superior, o Conselho, e o juiz subordinado, cuja conduta é objeto de julgamento, não entre este e o juiz ou juízes integrantes do Conselho, os quais só podem ser considerados de hierarquia inferior sob outro ponto de vista. A competência de decidir e o conteúdo da decisão são juridicamente imputados ao órgão, não a cada uma das pessoas que o compõem. A relação hierárquica correspondente forma-se no nível decisório (eficácia da decisão), entre órgão superior e magistrado que lhe

¹⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Página 254.

está sujeito, o que nada tem a ver com o tipo de subordinação que se dá noutro plano, o dos degraus da carreira.¹⁷

Por fim, argumentou a AMB que a criação do Conselho Nacional de Justiça acabaria por afetar o pacto federativo, uma vez que representaria uma intromissão da União na autonomia dos Estados. Dado o caráter de cláusula pétrea assumido pelo federalismo em nossa república, por força de disposição constitucional (art. 60, § 4º, I), seria inconstitucional a criação de um órgão federal que pudesse vir a controlar administrativa, financeira e disciplinarmente a atuação do Judiciário dos diversos entes estatais.

Sem razão, novamente, a Associação. Ora, a despeito do Conselho ser realmente órgão federal, vez que custeado por verbas federais, sua competência é, na verdade, nacional. Sua atuação não se restringe aos órgãos julgadores federais e nem assim poderia ser, haja vista a unicidade do Poder Judiciário brasileiro. A divisão entre magistratura estadual e federal é meramente instrumental, servindo apenas para uma organização interna dos trabalhos jurisdicionais. Veja que a própria legislação que rege a magistratura é nacional, válida tanto para aqueles que atuam em âmbitos estaduais como aqueles que atuam no âmbito federal, independentemente da especialização da justiça, inclusive. Conforme Sampaio:

Não devemos perder de vista que, mesmo nos Estados federais, há unidade do Judiciário. Estadual ou provincial, distrital ou federal, ele é uno. Costuma-se dizer que assim ocorre porque é ele manifestação da soberania.

(...)

O art. 92, por sua vez, ao definir os órgãos do Judiciário, enumera o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares, os Tribunais e Juízes dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios, e, agora, o Conselho Nacional de Justiça. Notemos a inclusão dos Estados e do Distrito Federal na enumeração feita. Por quê? Exatamente pela unicidade orgânica do Judiciário. Independentemente da distribuição e da especialização funcional, o Judiciário é nacional.

Essa peculiaridade judiciária alcança o CNJ. Observemos que a sua composição reflete a estrutura federativa. Pouco importa se o seu custeio é apenas federal. Em nada modifica seu caráter nacional. É até justificável que assim tenha disposto o constituinte reformador diante da assimetria fiscal de nosso federalismo.¹⁸

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367-1/DF. Diário de Justiça de 17/3/2006. Voto do Ministro Relator Cezar Peluso, páginas 239/240.

¹⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Página 254/256.

Não por menos, em seu voto no julgamento da ADIN em tela, o Ministro Relator Cezar Peluso discorreu com firmeza a respeito da questão da unicidade do Poder Judiciário em nossa República:

O pacto federativo não se desenha nem expressa, em relação ao Poder Judiciário, de forma normativa idêntica à que atua sobre os demais Poderes da República. Porque a Jurisdição, enquanto manifestação da unidade do poder soberano do Estado, tampouco pode deixar de ser uma e indivisível, é doutrina assente que o Poder judiciário tem caráter nacional, não existindo, senão por metáforas e metonímias, “Judiciários estaduais” ao lado de um “Judiciário federal”.¹⁹

Ademais, no que tange ao fato do Conselho Nacional de Justiça ser órgão da União, salientou o Ministro Relator que:

O Conselho não é concebido nem estruturado como órgão da União, e, sim, do Poder Judiciário nacional, donde ser irrelevante que seu orçamento seja federal, pois a origem da fonte de custeio não transmuda a natureza nem a relação de pertinência do órgão no plano da separação dos Poderes, que é o plano onde se situa o critério de sua taxionomia, que nada tem com outro plano classificatório, o das unidades da federação. (...) E é tão impróprio quanto supor que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, não pudessem julgar recursos interpostos em causas da competência de órgãos jurisdicionais estaduais, ou de interesse de municípios, porque o custeio de ambos corre à conta do orçamento da União.²⁰

Importante anotar que, a despeito da inexistência de qualquer vício, no que tange ao pacto federativo, o CNJ teve sua composição prevista de forma a abarcar também a participação de membros tanto do “Judiciário federal” quanto do “Judiciário estadual”, além de Ministros, advogados, membros do Ministério Público Federal e Estadual e também de dois cidadãos indicados, respectivamente, pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados, o que demonstra a atenção que teve o constituinte reformador no que se refere à participação ativa das diversas ramificações jurisdicionais no órgão de controle. Ademais, por ser um órgão de controle interno e não externo, sua atuação acaba ganhando mais legitimidade perante o próprio judiciário.

1.3. A importância do CNJ na construção de um sistema de controle do judiciário.

Infirmados os argumentos que poderiam vir a invalidar a criação do CNJ por parte da E.C. nº 45/2004, importa trazer um importante ponto que reforça não somente a relevância da

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367-1/DF. Diário de Justiça de 17/3/2006. Voto do Ministro Relator Cezar Peluso, páginas 243/244

²⁰ Idem. Página 247.

existência deste órgão, mas também sua confluência com os princípios constitucionais que norteiam a atividade pública, incluindo aquela relativa à atividade fim do Poder Judiciário.

Verdadeiramente, a atuação do Judiciário é de uma importância ímpar para a existência de um Estado Democrático de Direito. Sua função muitas vezes contramajoritária acaba por proteger direitos e garantias fundamentais de minorias, mesmo em face de forte pressão da maioria da população ou de grupos com maior poder de influência (seja ela econômica, política...).

Entretanto, dá-se essa importante função não a pessoas democraticamente eleitas para tanto, mas a técnicos jurídicos que aí chegaram por razão de aprovação em concurso de provas e títulos ou por indicação política, nos casos e na forma prevista pela CRFB/88 e pela lei regente. O Brasil caracteriza-se, portanto, pela existência daquilo que Zaffaroni chama de uma magistratura “tecnoburocrática”, nas palavras do próprio autor:

(...) ao erradicar-se a arbitrariedade seletiva, garante-se o nível técnico da magistratura. Necessariamente a qualidade do serviço é superior ao modelo anterior, embora se mova por trilhos sempre muito formalizados. O perfil do juiz não deixa de ser deteriorado, mas aqui com acentuada tendência à burocratização ‘carreirística’.²¹

Soma-se à carência de legitimação democrática o fato de que os juízes detêm atribuições voltadas ao próprio controle dos outros dois poderes, tais quais aquelas referentes ao controle de constitucionalidade, sem, entretanto, estar sujeito a qualquer tipo de controle democrático. Neste ínterim, importante as anotações de Sampaio:

O Judiciário é visto como o ramo de governo (ou de Estado) politicamente menos democrático, porque não se acha submetido nem à investidura política nem ao controle popular. Em vista de sua atuação no âmbito do controle de constitucionalidade das leis e, até mesmo, da legalidade dos atos administrativos, ampliam-se as vozes que relembram o seu isolamento institucional e o seu caráter contramajoritário, exigindo comedimento e *self-restraint*.²²

Não menos importante é a questão da interpretação da legislação e a criatividade judicial. Para aplicar a lei, necessariamente tem de ocorrer sua interpretação e, dada a existência de lacunas, de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios jurídicos com força normativa, que muito se observam, por exemplo, no campo dos direitos e garantias

²¹ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, páginas 102-104 APUD MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito Constitucional. 10ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015. Página 962.

²² SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Página 256.

fundamentais – vide, por exemplo, a amplitude do que pode ser a dignidade da pessoa humana ou o que poderia se definir como “duração razoável do processo” –, muitos são os caminhos e soluções encontrados pelos julgadores. É nesse sentido que Cappelletti argumenta:

(...) Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais.²³

Nesse sentido, importantes as palavras de Sampaio quando diz que:

A expansividade da prestação jurisdicional, motivada pelo crescimento e pela valorização dos princípios, notadamente constitucionais, e das cláusulas indeterminadas e programáticas, em diversos setores jurídicos, colocou o Judiciário, no dizer certo de José Eduardo Faria (1995, p. 57 e 72), no dilema hamletiano de ser ou não ser formalista e independente ou substancialista e responsável. Pode bem acomodar-se à tradicional exegese formalista, reforçando a certeza do direito e a independência judiciária, mas aprofundando seu déficit de legitimidade ou assumir mais prontamente a tarefa de promover a normatividade dos princípios e preencher os espaços das cláusulas abertas e, assim, compartilhar com os demais ramos de governo a tarefa de definição de políticas (policies), não tendo mais como se proteger por baixo da capa de “neutralidade” e “frieza técnica”. Ganha, com isso, legitimidade, mas ao preço de ter de se abrir ao controle de sua atuação.²⁴

Surge então o seguinte problema: como concatenar tal fato (a existência de uma magistratura tecnicoburocrática, nos dizeres de Zaffaroni) à necessária legitimação democrática dos atos desses agentes públicos? Se não são eleitos democraticamente e nem tampouco sujeitos a qualquer tipo de controle eficaz, como o são os demais representantes dos poderes Legislativo e Executivo, de que forma seus atos podem vir a ser legitimados e controlados? De um outro lado, como tal fato pode ocorrer sem que se deixe de contemplar sua necessária independência?

A resposta para tal problema é de complexidade tal que dependerá, primordialmente, de uma criteriosa análise do contexto institucional em que se insere o judiciário, sendo, portanto, flexível e mutável. Certo é que a existência de um órgão de controle do judiciário, desenhado de forma a atender as peculiaridades da independência deste Poder, tal qual o Conselho Nacional de Justiça, constitui um passo importante nesse sentido, principalmente se dentro de um sistema constitucional que ampare a função jurisdicional de maneira tão incisiva

²³ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores?. Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993. Página 42.

²⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Página 257.

quanto o brasileiro. Sintetizando o pensamento de Maria Thereza Sadek e de Carlos Santiso, Sampaio aduz o seguinte:

(...) como acentuam Santiso (2003, p. 124-125) e Sadek (2001a), os objetivos de criação do CNJ são racionalizar menos a administração da Justiça e zelar pela independência no Judiciário, como em outros lugares, e mais motivar o estabelecimento de accountability, fiscalização e controle para modernização do funcionamento interno do Poder, racionalizando o uso dos recursos humanos e financeiros, bem como evitando o nepotismo, a corrupção, a má gestão e desperdícios.²⁵

A coexistência entre o controle do referido Poder e sua independência desaguam na formação de um Estado Democrático de Direito, que exige a criação de um instrumento de responsabilidade e *accountability* que possa conviver harmonicamente com a independência institucional, funcional e decisional daqueles que exercem a caríssima função jurisdicional.

CAPÍTULO 2: A INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO.

2.1. Conceitos gerais.

A Constituição da República Federativa do Brasil desenhou o Estado brasileiro tendo como ponto de partida a clássica teoria da divisão dos poderes. Nesse sentido, instaurou-se o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário, todos independentes e harmônicos entre si, conforme inteligência do art. 2º dessa mesma carta política. Coube ao constituinte elaborar também os aspectos institucionais que proporcionariam a convivência destes três poderes, sempre respeitando os termos do dispositivo supracitado.

A importância do equilíbrio entre os Poderes Republicanos é patente. Após um longo período ditatorial, em que o Executivo imperou a partir de um governo militar, era certo que a existência de um poder ilimitado, qualquer que fosse ele, apenas serviria para prejudicar a democracia. O Brasil reerguia-se democraticamente e, para tanto, tomou para si algumas construções teóricas que viriam a se adaptar bem ao desenho institucional recém-criado. A ideia de *check's and balances*, também conhecida como sistema de “freios e contrapesos”, advinda dos Estados Unidos, foi amplamente adotada no Brasil e serviu como pressuposto teórico básico para a nova arquitetura constitucional.

²⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Página 260.

Os Poderes constituídos devem, portanto, coexistir de forma harmônica em um sistema institucional em que possam um limitar ao outro, impedindo a supremacia de qualquer deles sobre os demais. Pode até parecer um paradoxo, já que há pouco se falou na independência entre os mesmos. Acontece que, para o fim da construção de um Estado Democrático de Direito, não há que se falar em um poder totalmente independente, mas sim limitado, nas medidas que a CRFB/88 impõe, salvaguardando a todos de eventuais arbítrios de autoridades públicas. O propósito de uma constituição, afinal, é o de limitar o poder estatal a partir de um desenho racional dos poderes e instituições públicas para a manutenção dos direitos fundamentais.

Ademais, é certo que o princípio da independência entre os poderes tem de conviver com outros princípios de importância salutar, tal qual o da responsabilidade dos atos públicos e o da accountability. Não mais se aceita a ideia de um Estado irresponsável e que não preste contas de suas ações e decisões. Conforme Cappelletti:

A ideia emergente foi, obviamente, consequência de uma nova filosofia do Estado do direito, filosofia que tende a reafirmar a concepção, proclamada já na democracia grega, de que – como se lê em uma fonte antiga – “na nossa cidade ninguém que, de qualquer modo, exerça uma função pública, é isento do dever de prestar conta da própria ação”.²⁶

Feita essa breve análise, convém adentrar no estudo da independência do Poder Judiciário, dada suas claras peculiaridades. Para que tal função estatal possa ser realizada, é imperioso que exista um contexto institucional que garanta sua imparcialidade e “*fairness*” processual, que são, afinal, a razão primeira da existência de uma acentuada independência do Judiciário. Nesse sentido é que Cappelletti afirma:

Certamente, imparcialidade do juiz e *fairness* do procedimento são conceitos um tanto abstratos. Para transformarem-se em realidade – e uma realidade que, na natureza das coisas humanas, nunca pode ser perfeita – reclamam a existência de muitas circunstâncias favoráveis. Uma de tais circunstâncias, obviamente, é um grau ótimo de independência do juiz às pressões exercidas sobre ele: pressões externas do poder político (“independência” no significado central e tradicional do termo) e de outros centros de poder, públicos e privados, e pressões internas ao próprio ordenamento judiciário e também por obra das próprias partes.²⁷

Ademais, conforme ensinamentos de Sampaio:

Tanto em teoria quanto na prática, a independência do Judiciário tem um aspecto institucional ou orgânico, ao lado de outro dito subjetivo, particular,

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Irresponsáveis. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1989. Página 26.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Irresponsáveis. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1989. Página 33.

interno. Seus parâmetros e até mesmo regras com alto grau de definição estão estabelecidos no texto constitucional, sendo, em regra, auto-aplicáveis.²⁸

Cumpra, portanto, assinalar as características da independência externa ou orgânica e da independência interna ou funcional.

2.2. Independência Externa.

Como um dos três Poderes instituídos pela CRFB/88, o Judiciário detém independência institucional para realizar suas funções precípua. O que se chama de independência externa é justamente essa característica relativa à concretização institucional de um Poder que, livre de interferências externas que sejam prejudiciais, possa efetivar o exercício de suas competências constitucionais de modo imparcial. Nesse sentido é que aduz Sampaio:

Quando estamos a dizer independência externa, falamos de autonomia administrativa – os tribunais estabelecem seus regimentos e definem, por meio de iniciativa de leis, a organização judiciária, seu quadro de pessoal e política remuneratória; convoca concurso público; dá posse a seus membros e servidores; adquirem prédios, equipamentos e bens de consumo –; de autonomia orçamentária – preparam seu anteprojeto de orçamento a ser incluído no orçamento do Estado – e financeira – promovem as despesas autorizadas e realizam receitas, quando é o caso.²⁹

Convém ressaltar que tal independência não é total. Como já dito neste trabalho, impera em nosso sistema jurídico-constitucional o controle recíproco entre os Poderes, de forma que nenhum venha imperar sobre o outro ou seja completamente isolado, mas que se mantenha um conjunto harmônico destes em prol dos princípios basilares que regem nossa sociedade.

No entanto, a despeito da existência de freios e contrapesos na relação entre os três Poderes, é certo dizer que o Judiciário brasileiro detém uma grande parcela de independência externa, vendo-se muito bem protegido de ingerências por parte do Executivo e do Legislativo, além de outras forças externas. A formação de seu próprio orçamento, nos termos da Lei de Diretrizes Orçamentárias, por exemplo, possibilita que o Judiciário possa planejar seus gastos de uma forma mais apropriada, segundo seus conhecimentos práticos do exercício da jurisdição.

²⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Página 129.

²⁹ Idem. Página 130.

Ademais, a independência administrativa possibilita que os Tribunais criem seus próprios regimentos, regulando-se internamente; que tenham o poder de iniciativa de projetos de lei que alterem o número de seus membros, que determine a organização judiciária ou que criem novas varas. Tais garantias resguardam o Judiciário de ações dos outros Poderes que possam vir a prejudicar a função jurisdicional.

Vê-se que a independência externa tem como função primeira, portanto, proteger o Judiciário como um todo, em seu aspecto mais amplo, tomado como uma instituição. Cria-se a possibilidade de que ele próprio estabeleça sua estrutura, a ponto de garantir uma atuação interna protegida de influências que possam vir a ferir de morte a imparcialidade e a *fairness* processual, que devem guiar a atuação do magistrado enquanto uma unidade deste todo. Interessantes as palavras de Sampaio:

A independência “externa”, “objetiva”, “institucional”, “orgânica” ou “coletiva” refere-se à autonomia do Judiciário como Poder em face das forças exteriores, sejam elas os outros poderes, os partidos políticos, a imprensa ou mesmo a sociedade civil. Sua proteção imediata é o autogoverno judiciário e, mediatamente, a independência do juiz.³⁰

Passado a explicação a respeito da independência externa do Poder Judiciário, é imperioso que se analise sua independência interna, que será de importância ímpar para o cotejo teórico que se objetiva realizar, ao final, neste trabalho.

2.3. Independência Interna.

Uma vez construído um contexto institucional em que o Judiciário detenha independência externa suficiente perante os outros Poderes da República e demais elementos externos a ele, interessa que seja garantida também a independência funcional dos juízes perante esta grande instituição e também diante das partes e terceiros interessados. Conforme Prillaman:

Often, a particular judge – rather than all sitting judges – has his decision-making compromised by a range of sources outside and – though less acknowledged – inside the government and specifically from within the judiciary itself.³¹

³⁰ Idem. Página 130.

³¹ PRILLAMAN, William C.. The Judiciary and Democratic Decay in Latin America: Declining Confidence in the Rule of Law. Westport: Praeger Publishers, 2000. Página 20.

A independência interna, portanto, refere-se à existência de garantias ao pleno exercício jurisdicional, voltadas, no entanto, à própria figura do magistrado enquanto ator principal das funções judicantes. Tais garantias não tem um fim em si próprio, não se configuram como “privilégios” – de forma similar ao que fora salientado a respeito da independência externa –, mas tem a função precípua de viabilizar ao jurisdicionado o acesso a um Judiciário imparcial, voltado à solução dos litígios a partir da aplicação do melhor direito.

Com o tino de efetivar a criação desta liberdade interna aos magistrados brasileiros, a CRFB/88, em seu art. 95, instituiu, três garantias: vitaliciedade, adquirida em primeiro grau após dois anos de exercício da função, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal de origem do magistrado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; inamovibilidade, senão em caso de interesse público, sob a conformidade do art. 93, VIII; irredutibilidade de subsídio, ressalvado as disposições constitucionais sobre o tema.

Tais garantias são de importantíssimo relevo no que tange à independência interna. Um magistrado que, por exemplo, julgue determinadas ações conforme o melhor entendimento que tem a respeito da valoração dos direitos humanos não pode ser removido da área em que sua jurisdição alcança ou ter seus vencimentos reduzidos, de forma a não compensar seguir na carreira, em razão de entendimentos contrários provenientes da corte a que está vinculado, ou de outras autoridades públicas ou particulares de grande influência na região.

Um exemplo do quão pernicioso pode ser a inexistência dessas garantias é dada por Prillaman, em análise de casos concretos ocorridos na América Latina:

During the Pinochet regime in Chile, Supreme Court justices sympathetic to the military government would exercise their disciplinary powers to rein in or remove lower court judges who pursued charges of human rights violations against the military government. Similarly, when judges in El Salvador began investigating sensitive human rights cases that could have embarrassed the government in the 1980's, the Supreme Court president would rotate judges to unattractive posts located in the midst of war-torn regions.³²

Tais garantias tem como função originária a edificação de um judiciário que possua independência funcional suficiente para decidir de forma justa e coerente com a legislação

³² PRILLAMAN, William C.. *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America: Declining Confidence in the Rule of Law*. Westport: Praeger Publishers, 2000. Página 20 e 21.

vigente, seguindo a melhor compreensão possível do direito posto. Esta importantíssima característica do judiciário, também conhecida como independência interna, é assim descrita por Sampaio:

A independência “interna”, “decisória”, “subjativa”, “funcional”, ou “particular” é, como o nome está a dizer, a do juiz em face de seus pares, seja os de mesmo nível, seja os de nível superior, e ainda das entidades ou de outros órgãos do próprio Judiciário, não podendo sofrer pressões ou influências, além de sua consciência e do direito, na hora de decidir ou na condução dos processos sob sua responsabilidade, sujeitando-se apenas ao poder revisional previsto em lei.³³

É certo dizer, portanto, que a independência externa, de forma indireta, e a interna, de forma direta, garantem a existência de uma independência decisional, viabilizando a sujeição do magistrado, segundo muito se diz na doutrina, apenas à legislação pátria e à sua consciência. Interessantes as palavras de Lucas Delgado, em seu trabalho acadêmico para a obtenção do título de mestre na Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília:

Assim, especificamente com relação à chamada independência judicial decisional, não haveria muito mais o que dizer a não ser que ela significa a autonomia do juiz para decidir conforme o Direito, o que depende, para que ocorra em maior ou menor medida, da quantidade, qualidade e eficácia dos freios e contrapesos garantidores da independência institucional do próprio poder judiciário e de garantias funcionais dos magistrados.³⁴

Outras previsões a respeito de garantias ao exercício da jurisdição estão dispersas no texto constitucional, como aquelas do art. 93 da CRFB/88 e outras relativas, por exemplo, à prerrogativa de foro do magistrado, que, conforme Sampaio:

(...) atende à condição de agente político do juiz, protegendo o cargo e não seu titular, daí a sua indisponibilidade. (...) De acordo com a Constituição brasileira, os ministros do Supremo Tribunal Federal respondem por crime de responsabilidade perante o Senado Federal. O Supremo é foro para seus ministros no caso de crime comum, bem como, neste e nos de responsabilidade, para os membros dos tribunais superiores. O Superior Tribunal de Justiça julga, nas duas modalidades de delitos, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho. Já os juízes federais, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, respondem perante o Tribunal Regional Federal da respectiva área de sua jurisdição nos crimes comuns e de responsabilidade. O Tribunal de

³³ SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Página 241.página 140-141.

³⁴ DELGADO, Lucas. Independência Judicial e Corrupção Sistêmica – O controle disciplinar da atividade jurisdicional pelo Conselho Nacional de Justiça e a diferenciação funcional do direito. Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Mestrado em Direito, Estado e Constituição. Brasília, 2017. Página 52.

Justiça é o foro competente para as ações penais ajuizadas contra os magistrados do Estado.”³⁵

A inexistência de hierarquia funcional entre graus ou entrâncias da carreira é também uma garantia que viabiliza a independência decisional do magistrado brasileiro. Inexistindo subordinação, o julgador se vê em um contexto em que pode cumprir a função jurisdicional de forma autônoma, apenas vinculado à lei, protegido de sanções disciplinares por ter interpretações legais dispares daquelas de magistrados de segundo grau, ou de tribunais superiores, por exemplo.

No limiar desta garantia, entretanto, está a questão das decisões vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Eventual desrespeito a essas decisões ocasionaria a punição disciplinar do magistrado de primeiro grau? Sampaio responde:

É certo que o juiz se acha jungido às decisões vinculantes do Supremo Tribunal Federal. É preciso, todavia, ficar atento a essa observação. A adoção de ato contrário àquela decisão, por si somente, não implica falta disciplinar. Apenas se houver determinação direta de providências, por exemplo, ordem expedida por tribunal no curso de uma reclamação, poderá o desatendimento importar tal falta. Isso se estende a descumprimento de determinação feita por tribunal superior nos autos de apelo ou de ação originária reportados a processo determinando sob sua responsabilidade. No Estado de Direito, nem mesmo o juiz pode esquivar-se a cumprir ordem judicial regularmente expedida.³⁶

No mais, cumpre ressaltar a existência de uma importantíssima e delicada garantia judicial, que terá fortes implicações para o decorrer deste trabalho, que é a imunidade material relativa. Esta proteção concedida ao magistrado tem como função impedir que o ator judicante venha a ser punido em razão de decisões por ele prolatadas. Conforme os ensinamentos de Sampaio:

A prerrogativa ou imunidade material diz respeito à impossibilidade de o juiz ser punido ou prejudicado pelas suas decisões, a não ser que se comporte “de maneira abusiva e com o propósito inequívoco de ofender”, pois estará a cometer “impropriedade verbal ou de excesso de linguagem”, prevista como ilícito disciplinar pelo artigo 41 da LOMAN (STF, QO n. 501-DF).³⁷

No Brasil, a imunidade material dada ao magistrado em razão de suas decisões jurisdicionais é extensa, o que quase que impossibilita a punição disciplinar dos magistrados em razão de suas decisões. As únicas exceções são os casos de impropriedade verbal ou

³⁵SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Página 151.

³⁶ Idem. Página 152.

³⁷ Idem. Página 151.

excesso de linguagem, conforme o art. 41 da LOMAN, que, ainda assim, dificilmente são aplicadas em razão da forte prevalência que se dá à independência decisional, marginalizando-se a efetivação da responsabilidade pelos atos jurisdicionais em uma dimensão disciplinar.

Certo é que, em regra, a sujeição do magistrado no que se refere às suas decisões ocorre quase que exclusivamente pelo poder revisional previsto em lei e quase nunca disciplinar, mesmo existindo tal possibilidade em nosso ordenamento jurídico. Tal questão merece maior aprofundamento, o que exige uma análise do debate sobre a responsabilidade e *accountability* judiciais.

CAPÍTULO 3 – ACCOUNTABILITY E RESPONSABILIDADE JUDICIAIS: OS PERIGOS DO ISOLAMENTO DO JUDICIÁRIO.

3.1. *Accountability*: Aspectos gerais.

Accountability, termo de origem Norte-Americana, é, conforme Fabrício Ricardo de Limas Tomio e Ilton Norberto Robl Filho:

Em uma definição preliminar, *accountability* significa a necessidade de uma pessoa ou instituição que recebeu uma atribuição ou delegação de poder prestar informações e justificações sobre suas ações e seus resultados, podendo ser sancionada política, pública, institucional e/ou juridicamente por suas atividades.³⁸

Ainda segundo os autores acima, existem dois tipos de *accountability*: a vertical, que se divide em eleitoral e social, e a horizontal. Assim descrevem as modalidades citadas:

Na *accountability* vertical típica (eleitoral), por meio da eleição, os cidadãos sancionam os agentes estatais em virtude da avaliação de seus atos e pelos resultados promovidos por representantes e autoridades eleitas. Em uma variação desse tipo de *accountability* vertical (social), as organizações da sociedade e a imprensa sancionam (por meio de denúncias e exposição pública) agentes estatais eleitos ou não eleitos. Por sua vez, *accountability* horizontal (institucional) ocorre quando agentes estatais (individuais ou coletivos) podem requerer informações e justificações de outros agentes estatais, além de poder sancioná-los.³⁹

Para efeitos de uma melhor compreensão do conteúdo significativo da palavra *accountability*, é interessante a compreensão de alguns outros termos. Nesse sentido, refletem Tomio e Robl Filho:

A compreensão do termo *accountability* pressupõe a apreensão das categorias mandante (mandante) e agent (agente ou mandatário), assim como da estrutura analítica da *accountability*: *answerability* (necessidade de dar respostas) e *enforcement* (coação). Dessa forma, *accountability* é uma relação que se estabelece entre mandante e agente ou entre os agentes entre si. No âmbito dos estudos das instituições democráticas, a grande questão é como construir um arranjo institucional que estimule os atores individuais (agentes) a um comportamento mais benéfico possível à coletividade. Ou, como expressa Przeworski, o objetivo “é construir instituições que deem

³⁸ TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability* e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, v.21, n. 45, p.29-46, Mar. 2013, Página 30. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782013000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 de março de 2017.

³⁹ Idem. Página 30

poder ao aparelho do Estado para fazer o que deve fazer e o impeçam de fazer o que não deve fazer” (PRZEWORSKI, 2006, p. 39).⁴⁰

Nesse sentido, a CRFB/88, em seu art. 2º, definiu a existência de três Poderes, harmônicos e independentes entre si: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Ao definir a forma de relação entre tais poderes, a Constituição Federal acabou por criar um sistema de controle recíproco entre os mesmos, de forma que um viesse a limitar e controlar o outro, o que impossibilitaria a existência de um poder ilimitado e isolado e, conseqüentemente, sua degeneração.

Tal desenho constitucional busca gerar um contexto de inexistência de poderes sob os quais não existe qualquer tipo de controle. Impera, portanto, um sistema de freios e contrapesos, que possibilita uma interação saudável entre Judiciário, Legislativo e Executivo, gerando um melhor cumprimento de suas atribuições e também a própria *accountability* horizontal. Importante a reflexão dos supracitados autores:

Por meio da concepção de governo responsável e pela *accountability* horizontal, adota-se a ideia e a prática de que um governo dividido é necessariamente limitado. Para exercer suas funções, um poder ou autoridade necessita da ação e da cooperação de outro poder ou órgão, buscando coibir a existência de *unchecked power* (poder sem controle) (PRZEWORSKI, 1999, p. 328-329).⁴¹

Dessa forma, é certo dizer que vige um sistema de *accountability* horizontal entre os três Poderes. O legislativo pode, entre outras atribuições, por meio de suas comissões temáticas, analisar e fiscalizar a realização de políticas públicas pelo Executivo; este, de outro modo, nomeia, após sabatina do Senado Federal, aqueles que ocuparão os principais cargos do Judiciário; este último, por fim, é considerado o Poder que realiza, como função precípua, a efetivação da *accountability* horizontal dos demais Poderes. Entretanto, a despeito da existência de certos instrumentos de freios e contrapesos que influenciam o Judiciário, sua atuação é a que mais detém, como já informado, independência institucional e, principalmente, funcional, o que gera, por consequência, menos controle por parte dos demais Poderes. Nas palavras de Tomio e Robl Filho:

⁴⁰ Idem. Página 31.

⁴¹ TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, v.21, n. 45, p.29-46, Mar. 2013, Página 32. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782013000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 de março de 2017.

O principal tipo de agente de *accountability* horizontal independente é o poder Judiciário. Essa configuração institucional do Judiciário traz a seguinte questão: quem guarda e como se guarda o guardião?⁴²

Seguindo o questionamento dos autores, é válido que se analise a forma pelo qual se dá o cumprimento da *accountability* judicial, análise essa que não pode deixar de perceber as sensíveis questões relativas à independência deste Poder e também à necessária existência de um sistema legal de responsabilidade dos atores políticos que o exercem.

3.2. *Accountability* Judicial: legal, institucional, comportamental e decisional. Reflexões sobre a responsabilidade judicial.

O desenho constitucional dado ao Judiciário traz certas peculiaridades à forma como pode ser efetivado um contexto de *accountability* judicial. A necessária existência de um julgador imparcial em um Estado Democrático de Direito cria a obrigação de que este Poder, de forma especial, tenha sua independência protegida de pressões tanto externas quanto internas, como melhor descrito no capítulo anterior. Não se trata de um privilégio dado aos órgãos jurisdicionais, mas uma ferramenta para a manutenção da imparcialidade. Cassia Cascão de Almeida, ao fazer referência aos princípios de Conduta Judicial de Bangalore, aduz o seguinte:

Extrai-se dos comentários constantes do documento que a independência judicial não é um privilégio do cargo de juiz e sim a responsabilidade a ela atribuída para “habilitá-lo a julgar honesta e imparcialmente uma disputa com base na lei e na evidencia, sem pressões externas ou influencia e sem medo de interferência de quem quer que seja”.⁴³

Nesses termos, segundo entendimento de Fabrício Ricardo de Limas Tomio e Ilton Norberto Robl Filho, existem atualmente os seguintes tipos de *accountability* judiciais:

(...) (i) “*accountability* judicial ‘decisional’”, que significa a possibilidade de requerer informações e justificações dos magistrados pelas decisões judiciais; (ii) “*accountability* judicial comportamental”, que significa receber informações e justificações sobre o comportamento dos magistrados (honestidade, integridade produtividade, entre outros), também sendo autorizada a atribuição de sanção; (iii) “*accountability* judicial institucional”, que diz respeito às informações e às justificações sobre ações institucionais não jurisdicionais (administração, orçamento e relações com outros poderes), assim como a sanção pela realização de processos institucionais inadequados; (iv) por fim, “*accountability* judicial legal” significa o

⁴² Idem. Página 33.

⁴³ ALMEIDA, Cássia Cascão de. *Accountability* das decisões judiciais pelo Conselho Nacional de Justiça. 2015, Página 102. Publicado em: Dez anos de reforma do judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça. Rui Stoco, Janaína Penalva, organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

fornecimento de informações e justificações sob o cumprimento da lei, além da sanção no caso de sua violação.⁴⁴

Interessante que se faça uma análise de cada uma das modalidades acima descritas. Convém descrever, inicialmente, a *accountability* judicial legal. Em tal modalidade, busca-se empreender a análise do cumprimento da lei pelos membros do Judiciário no exercício de suas funções a partir da prestação de informações nesse sentido. É um tipo bastante genérico, vez que acaba por englobar todos os outros, que de uma forma ou de outra também são regidos pela CRFB/88 e pela legislação pátria, devendo-os obediência.

Em segundo lugar, temos a *accountability* institucional. Esta dimensão relaciona-se, como o próprio nome diz, às questões institucionais que rodeiam o exercício da função jurisdicional, não alcançando a atividade fim do Judiciário. Ligam-se, portanto, às relações entre os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, todos eles institucionalmente independentes e inseridos em um sistema em que se limitam reciprocamente, como dito anteriormente. Assim sendo, Tomio e Robl Filho aduzem o seguinte:

Nesse sentido, a *accountability* judicial institucional diz respeito principalmente às relações de *accountability* horizontal que restringem e moldam a independência judicial institucional.⁴⁵

Efetiva-se a *accountability* judicial institucional quando o Judiciário presta contas a respeito de questões relativas à sua atuação nos âmbitos administrativo, financeiro e orçamentário. Estes dois últimos, além de serem fiscalizados e controlados pelo Conselho Nacional de Justiça, também são controlados pelo Congresso Nacional em sua função precípua de fiscalizar, mediante controle externo, conforme art. 70 da CRFB/88. O CNJ, ademais, realiza também o controle administrativo do Poder Judiciário brasileiro. Importante salientar que este tipo de *accountability* judicial permite a sanção do órgão judicante em caso de irregularidades, sem que se ponha em risco a independência institucional do judiciário, até mesmo porque tal independência não é ilimitada, tendo a própria constituição e a legislação pátria determinado limites.

A *accountability* judicial comportamental, de outra forma, refere-se à análise da conduta do magistrado perante as partes envolvidas no litígio e também perante aqueles que

⁴⁴ TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, v.21, n. 45, p.29-46, Mar. 2013, Página 30. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782013000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 de março de 2017.

⁴⁵ Idem. Página 35.

atuam diante do Judiciário, como advogados, Ministério Público, servidores públicos etc. Deixa de analisar, portanto, o judiciário de forma ampla, e começa a verificar a atuação do magistrado *in persona*. Conforme muito bem delineado por Tomio e Robl Filho:

Diversas características são albergadas sob a *accountability* judicial comportamental como imparcialidade, integridade, urbanidade e eficiência na prestação judicial, não havendo afronta pelo seu exercício à independência judicial decisional.⁴⁶

Este tipo de *accountability* pode vir a gerar a sanção do magistrado, seja por meio das corregedorias dos tribunais, seja por meio do Conselho Nacional de Justiça, aos quais compete, conforme a CRFB/88, o controle do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Saliente-se que a independência decisional mantém-se em vigor, a despeito da possibilidade do magistrado vir a ser punido por irregularidades em sua conduta profissional. Afinal, para que se mantenha o exercício da função jurisdicional de forma imparcial, há que se conceber um modelo de atuação que se coadune com os princípios republicanos e democráticos vigentes em nossa sociedade.

Por fim, cumpre realizar apontamentos acerca da *accountability* judicial decisional. Esta forma, como descrito acima, relaciona-se com a possibilidade de se verificar as informações, as justificações e os próprios fundamentos utilizados pelos magistrados em suas decisões judiciais, ou seja, fiscalizar a própria atividade fim do judiciário. Com efeito, o princípio da publicidade, insculpido no art. 37 da CRFB/88, determina a necessária publicidade dos atos públicos, o que inclui as decisões judiciais, possibilitando a análise das mesmas tanto pelo público em geral quanto pelas autoridades responsáveis pela *accountability* (CNJ, corregedorias, Ministério Público...) e partes interessadas.

Tal previsão constitucional acarreta na eficácia dos atos jurisdicionais, vez que a publicidade é requisito indispensável para tanto. Ademais, certo é que a publicidade é pressuposto também para a realização de qualquer tipo de *accountability*. Sem informações quanto à atuação do agente *accountable*, não é possível realizar qualquer tipo de controle e fiscalização pelo agente mandatário. Quanto a isso, não há maiores problemas na análise da *accountability* judicial decisional. É certo que alguns processos judiciais correm em segredo de justiça por força de previsão legal, mas ainda assim as próprias partes envolvidas tem acesso ao conteúdo das decisões judiciais e podem delas recorrer ou dar notícias para as instituições capazes de realizar a fiscalização, resguardando-se assim tanto o direito ao sigilo

⁴⁶ Idem. Página 34-35.

de casos específicos (como na seara no direito de família) quanto a garantia da realização da fiscalização dos atos públicos.

A questão principal quanto a este tipo de *accountability* reside na possibilidade ou não da existência de sanções aos magistrados por força de sentenças ou decisões interlocutórias de cunho teratológico e/ou completamente inconstitucionais e ilegais. Afinal, seria possível a imputação de responsabilidade, seja ela cível, penal ou disciplinar aos órgãos judicantes em razão de decisões por eles prolatadas? Tomio e Robl Filho trazem a seguinte reflexão:

Primeiro, a *accountability* judicial decisional deve ser desenhada com muito cuidado para não afrontar o conceito de independência judicial decisional (BRODY, 2009, p. 9). Essa forma de independência afirma que o magistrado deve analisar os casos trazidos à sua jurisdição de acordo com a livre interpretação dos fatos, das leis e da constituição (FEREJOHN, 1999, p.353). Assim, o juiz não pode ser sancionado por tribunais superiores, pelo povo ou por membros do poder Executivo e do poder Legislativo, pelas decisões que tomou em conformidade com a independência judicial decisional. Desse modo, a *accountability* judicial decisional impõe ao magistrado que, na sentença, apresente as principais informações sobre o caso e justifique por meio dos fatos, das leis e da constituição a sua decisão judicial. Essa forma de *accountability* também estabelece o sistema de recursos judiciais.⁴⁷

Nesse sentido, entendem os autores que somente seria cabível a *accountability* judicial decisional nos seguintes casos:

A *accountability* judicial decisional no Brasil acontece por meio (i) do sistema recursal, (ii) do processo de indicação do magistrado de tribunais superiores pelo Presidente da República e aprovação do Senado Federal e (iii) da discussão crítica da doutrina e da sociedade civil, a qual se encontra amparada pela liberdade de expressão e pensamento.⁴⁸

Contudo, importa questionar até que ponto a independência judicial decisional pode vedar a sanção, seja disciplinar, cível ou até mesmo penal dos magistrados. Se ilimitada, seria o mesmo que se aproximar do *status quo* que defendia a premissa de que o Estado não poderia errar, amparada pela ideia do famoso brocardo “*The king can’t do no wrong*”, já superado em nosso atual paradigma constitucional.

De outro lado, sendo possível a punição dos magistrados, é necessária a existência de um contexto institucional que permita a interação saudável entre o princípio da independência decisional destes e o princípio da responsabilidade pelos atos estatais. Certo é que ambos

⁴⁷ Idem. Página 34.

⁴⁸ Idem. Página 38.

devem existir para que se construa um Estado Democrático de Direito. Como muito já ressaltado neste trabalho, não há que se falar em independência absoluta ou em irresponsabilidade estatal. Onde há poder, necessariamente deve existir controle e responsabilidade por seu exercício. Convém trazer trecho do trabalho de Cappelletti, que aduz o seguinte:

(...) Mas um poder não sujeito a prestar contas representa a patologia, ou seja, isto que Merryman apelida, com expressão que oculta um pouco o seu conteúdo ideológico, de falta de “organização racional” mas que, em ciência política, se pode simplesmente rotular de autoritarismo e, na sua expressão extrema, de tirania. Parece-me sempre válida, em verdade, a afirmação de que “um poder sem responsabilidade é incompatível com um sistema democrático”. E de fato parece fora de dúvida que um sistema de governo liberal-democrático – um sistema, pois, que queira garantir as liberdades fundamentais do indivíduo em um regime de democracia social, como é o previsto na Constituição Italiana – é sobretudo aquele em que exista razoável relação de proporcionalidade entre poder público e responsabilidade pública, de tal sorte que ao crescimento do próprio poder corresponda um aumento dos controles sobre o exercício de tal poder. (...)⁴⁹

Não se coaduna com um sistema jurídico-constitucional que busque construir um Estado Democrático de Direito a existência de um poder isolado e irresponsável pelos seus próprios atos. Como dito por Cappelletti, deve existir uma proporcionalidade entre poder e responsabilidade. O exercício da jurisdição não pode escapar dessa conclusão. A atuação do magistrado é pautada pela constituição e pela legislação vigente, sendo que suas decisões devem ser fundamentadas dentro dos limites legais, evitando arbítrios e interpretações completamente alheias à concepção de justiça que vige na sociedade em que nos inserimos. Encontra, aí, portanto, seus limites.

Interessante notar o conflito entre dois princípios, ambos de teor democrático e função claramente destinada à consecução de direitos e garantias fundamentais: de um lado, o princípio da responsabilidade e *accountability* estatais; de outro, o da independência judicial. De forma semelhante, Tomio e Robl Filho analisam o choque que se dá entre a independência judicial e a *accountability* judicial decisional por meio de eleições, existente nos Estados Unidos. Dada a semelhança do raciocínio constitucional que se faz, cabe a citação:

Há, entretanto, um paradoxo entre independência judicial e *accountability* eleitoral. Tanto a independência como a *accountability* judicial decisional realizada por meio de eleições podem ser justificadas por argumentos democráticos. (...) Em outras palavras, a democracia legitima a aplicação da

⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes irresponsáveis? Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1989. Página 18.

independência judicial decisional e a accountability judicial decisional. Nesse dilema, segundo Ferejohn (FEREJOHN, 1999, p. 365-370), deve-se conceder primazia prima facie à independência judicial decisional nos casos de conflito com a accountability judicial decisional.⁵⁰

No entanto, discorda-se parcialmente dessa conclusão. Não se pode determinar com segurança se deve prevalecer a independência judicial decisional quando em conflito com o princípio da *accountability* e responsabilidade estatal. Esta resposta só pode vir a partir da análise do contexto social, econômico, político, constitucional e legal em que se insere o Judiciário, podendo, obviamente, variar nos diversos momentos e regiões em que se busque estabelecer um Estado com fundamentos republicanos e democráticos.

William C. Prillaman, em sua obra intitulada “*The Judiciary and Democratic Decay in Latin America – Declining Confidence in the Rule of Law*”, aduz que:

*Perhaps the most noted phenomenon in Latin American Judiciaries has been the inability to achieve the delicate balance between judicial independence and judicial accountability, particularly because of the various measures the politicians have used to reduce institutional independence: limiting tenure, packing courts, purging court personnel, and creating special tribunals under the executive branch that bypass or replace the formal judicial hierarchy.*⁵¹

Justamente o equilíbrio entre ambos os princípios é que deve ser alcançado, conforme reflexão feita por Cássia Cascão de Almeida:

Conclui-se, pois, que o equilíbrio entre a responsabilidade e independência pode ser alcançado com a superação do problema de como garantir a imunidade do juiz, garantindo-lhe razoável grau de liberdade a pressões externas e internas e, ao mesmo tempo, garantir a sua coexistência com o dever democrático de prestar contas (*accountability*) de quem exercita o poder público.⁵²

Conforme o estudo de Prillaman demonstra, o Poder Judiciário na América Latina ainda possui um largo déficit no que tange à sua independência institucional e até mesmo funcional, carecendo de valorização destes aspectos fundamentais. No entanto, o contexto é diverso no Brasil, que, após a Constituição Federal de 1988, edificou um Judiciário com

⁵⁰ TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Rev. Sociol. Polit., Curitiba, v.21, n. 45, p.29-46, Mar. 2013, Página 34. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782013000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 de março de 2017.

⁵¹ PRILLAMAN, William C.. *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America: Declining Confidence in the Rule of Law*. Westport: Praeger Publishers, 2000. Página 19.

⁵² ALMEIDA, Cássia Cascão de. Accountability das decisões judiciais pelo Conselho Nacional de Justiça. 2015, Página 109-110. Publicado em: Dez anos de reforma do judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça. Rui Stoco, Janaína Penalva, organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ampla independência funcional e institucional, pecando, entretanto, no que toca à *accountability* do referido poder. Conforme destaca Prillaman:

An increasingly important question in post-reform Brazil, however, was whether reformers had gone too far and created a judiciary so autonomous that it was devoid of all accountability. The post-reform judiciary was rife with nepotism and corruption, indifferent to public and congressional calls for transparency, and capable of resisting any measures that would improve its efficiency or scale back the generous and unjustifiable perquisites the courts had granted themselves. It was, in the words of one legislator, “a power above the law”.⁵³

Arquitetar um judiciário com estruturas suficientes para realizar sua função fim é, sem dúvidas, primordial dentro de uma estrutura constitucional democrática. Um judiciário que não goze de uma forte independência acaba por não cumprir seus propósitos e torna a justiça letra morta em qualquer contexto social. Nesse mesmo sentido, mas agora apenas com o sinal trocado, se assim se poderia dizer, é certo aduzir que, para que o Judiciário não se degenere em um poder antidemocrático e injusto, sua atuação deve ser pautada pela Constituição e pelas leis pátrias, existindo responsabilidade por suas decisões.

O que se busca concretizar é o equilíbrio desses princípios e, para tanto, deve-se ter em mente que a *accountability* e a responsabilidade que se busca vincular à atuação do Poder Judiciário não são completas antíteses da independência judicial, mas na verdade a sua própria égide. A consequência lógica que se extrai de um paradigma constitucional democrático e republicano é a inexistência de qualquer instituição pública totalmente independente e ilimitada. O Judiciário realiza todas suas atribuições constitucionais tendo como fundamento de existência, de validade e de limitação a Constituição e as leis. Se o seu limite é definido pela CRFB/88 e pela atuação dos demais Poderes, nada mais ponderado do que a existência de um grau ótimo de *accountability* e de responsabilidade para que, por exemplo, decisões teratológicas e absurdas sejam coibidas, sanadas e/ou seus julgadores sejam devidamente sancionados.

A articulação de um modelo constitucional e jurídico que coordene ambos os princípios, portanto, é importantíssimo e coerente com nosso sistema constitucional republicano. A independência judicial é um instrumento fundamental para a concretização da justiça e qualquer interferência deve ser realizada de maneira muito bem pensada, sob pena de desvirtuamento de toda uma estrutura judiciária independente. É bem por isso que o controle

⁵³ PRILLAMAN, William C.. *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America: Declining Confidence in the Rule of Law*. Westport: Praeger Publishers, 2000. Página 76.

disciplinar é realizado de forma concorrente pelas corregedorias dos tribunais e pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão este que, como já se viu, integra o Judiciário e é composto, em sua maioria, por membros deste mesmo Poder e por membros externos, que atenuam o isolamento do judiciário.

Nesse sentido, o art. 41 da Lei Orgânica da Magistratura, como já visto, traz a garantia de que os magistrados brasileiros não serão punidos ou prejudicados pelas opiniões que manifestarem ou pelo teor das decisões que proferirem, salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem. Esse dispositivo consagra a imunidade material relativa dos julgadores, como fora especificamente delineado no capítulo referente à independência judicial.

Ora, existindo tal previsão legal, patente a possibilidade de que exista a referida *accountability* judicial decisional em nosso país, contando inclusive com o caráter responsabilizador. Este é justamente o ponto central deste trabalho, o qual será melhor discutido a partir da análise de caso concreto, qual seja: decisão monocrática prolatada pelo Ministro Marco Aurélio, que deferiu pedido liminar, em sede do MS 30.320/DF, suspendendo os efeitos de decisão do Conselho Nacional de Justiça que, ao sancionar magistrado, com base nos arts. 41 e 57 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, o colocou em disponibilidade em razão de sentença por ele prolatada na qual utilizou argumentos discriminatórios para declarar a inconstitucionalidade incidental da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006).

3.3. Tipologia e modelos de Responsabilidade judicial segundo Mauro Cappelletti.

Antes de passar a análise do caso concreto que se trará à baila, convém descrever alguns conceitos relativos aos tipos e modalidades de responsabilidade judiciais trazidas por Mauro Cappelletti. Dentre os tipos elaborados pelo doutrinador, um será de especial importância para o desenrolar deste trabalho, razão pela qual será melhor analisado. No que tange as modalidades de responsabilidade, far-se-á uma breve explanação sobre as mesmas com o propósito de tentar aplicá-las à realidade brasileira pré e pós-constituição de 1988 e também pós a reforma introduzida em nosso ordenamento constitucional pela EC 45/2004.

Dentre os tipos de responsabilidade judicial, Cappelletti as distingue em quatro, quais sejam:

A) Responsabilidade política, seja do juiz individualmente, seja da magistratura como grupo. Aqui distinguirei dois subtipos principais: (i) responsabilidade em face dos poderes políticos; e (ii) responsabilidade constitucional.

B) Responsabilidade social, ou seja, perante o público em geral. Mesmo esse tipo de responsabilidade pode referir-se tanto ao juiz como indivíduo, quanto ao judiciário no seu conjunto.

C) Responsabilidade jurídica do Estado (substitutiva), que pode ser (i) exclusiva, ou (ii) concorrente com a responsabilidade pessoal do juiz.

D) Responsabilidade jurídica (pessoal) do juiz, que pode ser (i) penal, (ii) civil, (iii) disciplinar. Um subtipo ulterior de responsabilidade pessoal é a “restitutória” (ou “compensatória” do Estado, com base na qual pode o juiz ser obrigado a ressarcir o Estado, no todo ou em parte, do prejuízo por este sofrido, enquanto “substitutivamente” responsável, perante as pessoas prejudicadas pelo comportamento do próprio juiz.⁵⁴

Destes, aquele tipo que será aqui melhor analisado é o referente à responsabilidade jurídica do magistrado, pessoalmente, em seu viés disciplinar, deixando-se o aprofundamento dos demais para trabalho oportuno. No que tange a esse específico tipo de responsabilidade, interessa, inicialmente, esclarecer a sua possibilidade no sistema jurídico brasileiro. Tanto as corregedorias dos tribunais quanto o Conselho Nacional de Justiça podem exercê-la. A questão principal é referente à sua aplicação no que se refere à atuação fim da magistratura, conforme explicitado no tópico anterior.

Nesse sentido, vale trazer a reflexão realizada por Cappelletti quanto aos perigos de um sistema jurídico desequilibrado, em que o controle disciplinar venha a corromper a independência judicial decisional ou que, por outro lado, possa ser totalmente sucumbido diante de uma independência ilimitada:

Assim como a responsabilidade civil, também para a disciplinar entende-se usualmente necessário haver regras especiais para os juízes, diversas pelo menos em parte das regras aplicáveis ao emprego público em geral. E, obviamente, tal “jus speciale” se manifesta principalmente em certas restrições e cautelas mais rigorosas, ditadas pela necessidade de preservar a independência dos juízes, que, se pode ser ameaçada por ações privadas vexatórias, pode sê-lo ainda mais pelo abuso de ações disciplinares.⁵⁵

Tamanha é a sensibilidade que se faz necessária à criação de um sistema jurídico que possa sustentar a existência equilibrada tanto da responsabilidade quanto da independência judicial, tarefa essa deveras complexa. Como bem aduziu Cappelletti:

⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Irresponsáveis. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1989. Página 36.

⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Irresponsáveis. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1989. Página 72-73.

Os sistemas modernos fazem frente a dois tipos possíveis, e em certo sentido opostos, de degeneração da responsabilidade disciplinar. O primeiro tipo consiste na redução dessa responsabilidade em instrumento de sujeição dos juízes aos poderes políticos, especialmente ao executivo, e assim, em última análise, na transformação da responsabilidade disciplinar em forma de responsabilidade “política”. O segundo, na monopolização da responsabilidade disciplinar em mãos da própria magistratura e, conseqüentemente, na sua degeneração em instrumento de controle puramente corporativo, isolado da sociedade.⁵⁶

Tal questão é de extrema importância e tem influência direta quanto às modalidades de sistemas jurídicos de responsabilidade dos magistrados, os quais Cappelletti dividiu em três: “A) modelo “repressivo” ou “da sujeição”; B) modelo “autônomo-corporativo” ou “do isolamento”; e, finalmente, C) modelo concebido “em função dos consumidores”, ou “da responsabilização social” ”.⁵⁷

O primeiro deles, conforme explicitado pelo supracitado autor, caracteriza-se como um sistema jurídico em que a independência judicial é corrompida por fatores externos e/ou internos, imperando uma “sujeição, do judiciário e/ou do juiz singular”⁵⁸, desfavorecendo a existência de um grau mínimo de imparcialidade judicial. O segundo modelo, doutra forma, representa um sistema jurídico em que o judiciário detém tamanha independência que acaba por gerar “a absolutização da independência, a ponto de fazer do judiciário um *corps séparé*, totalmente isolado do resto da organização estatal e da sociedade”⁵⁹, tornando-o um poder totalmente irresponsável diante dos demais poderes e também da sociedade civil.

O terceiro modelo, no entanto, é aquele em que se estrutura um judiciário suficientemente independente para realizar suas funções e, ao mesmo tempo, responsável. Nas palavras de Cappelletti:

Trata-se, obviamente, de um modelo que procura combinar razoável medida de responsabilidade política e social com razoável medida de responsabilidade jurídica, em todos os seus subtipos principais – penal, civil e disciplinar –, evitando, de um lado, subordinar os juízes aos poderes políticos, aos partidos políticos e a outras organizações sociais e também a ações vexatórias de litigantes irritados, iludindo, porém, de outro lado, o isolamento corporativo da magistratura e igualmente a anarquia incontrolada e irresponsável dos membros individuais do judiciário.⁶⁰

⁵⁶ Idem. Página 73.

⁵⁷ Idem. Página 80.

⁵⁸ Idem. Página 80

⁵⁹ Idem. Página 87.

⁶⁰ Idem. Página 89-90.

O Brasil oscilou entre tais modelos em sua história constitucional, sendo certo que na maior parte do tempo teve seu judiciário inserido em um modelo de pouca ou quase nenhuma independência funcional e/ou institucional. Entretanto, como se buscou demonstrar nos capítulos anteriores, o judiciário brasileiro saltou deste primeiro modelo para um sistema jurídico de ampla independência judicial após a promulgação da CRFB/88.

De um extremo ao outro, certamente tem mais valia aquele em que o judiciário goza de uma independência judicial ótima. Entretanto, extremismos não têm, ao menos como tem demonstrado a história mundial recente, o que se precisa para a instituição de um Estado Democrático de Direito. A existência de qualquer poder isolado e irresponsável não se coaduna com um Estado Democrático de Direito. Há que se achar o meio-termo, o equilíbrio entre a independência judicial e a *accountability* e responsabilidade judiciais.

Tal necessidade gerou a já comentada Reforma do Judiciário a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004. A criação do Conselho Nacional de Justiça representou um passo fundamental no que tange a essa questão. Suas funções de controle e fiscalização, inclusive disciplinar, somadas à sua composição híbrida, mas de maioria proveniente do judiciário, garantiram a independência judicial e, ao mesmo tempo, inseriram certas influências de controle interno e externo, este último tendente à diminuição do corporativismo e do isolamento deste poder.

Verifica-se que, nesses termos, busca-se ordenar o sistema jurídico brasileiro conforme o terceiro modelo trazido por Cappelletti. Ora, a guisa das reflexões realizadas até este ponto, a possibilidade da existência do controle disciplinar decisional dos magistrados brasileiros, nos termos do art. 41 da LOMAN, torna-se, aparentemente, cabível. Toda a estrutura constitucional e os princípios jurídicos daí originários parecem sustentar tal posicionamento, que, por sua razoabilidade, não implica no rompimento da independência judicial e, em adendo, gera a concretização da *accountability* e responsabilidade dos atos jurisdicionais, impedindo os maléficos efeitos do isolamento do judiciário.

Para uma reflexão empírica quanto ao tema, cumpre analisar caso paradigmático em que magistrado brasileiro fora punido, pelo CNJ, em razão de sentença judicial em que incorrera em “excesso de linguagem” ao declarar a inconstitucionalidade incidental da Lei Maria da Penha a partir de fundamentos discriminatórios. No caso, o Supremo Tribunal Federal, por meio de liminar, entendeu que não seria cabível a punição do magistrado, dada a

prevalência da independência judicial decisional sobre eventual responsabilidade pela atuação teratológica do mesmo.

Utilizar-se-á, nesta análise, a teoria da integridade do direito para sustentar o argumento até então defendido de que, em nosso sistema constitucional, é sim possível a realização da responsabilização judicial em sede de decisões jurisdicionais sem que se corrompa a independência judicial decisional.

CAPÍTULO 4 – RESPONSABILIDADE E INDEPENDÊNCIA JUDICIAL: ANÁLISE DA DECISÃO DO MS 30.320/DF A PARTIR DA TEORIA DA INTEGRIDADE DO DIREITO.

4.1. O caso concreto: MS 30320 e PAD 0005370-72.2009.2.00.0000.

O estudo de caso pelo qual se analisará a possibilidade da existência da responsabilidade judicial disciplinar por sentenças prolatadas pelos magistrados brasileiros, nos termos do art. 41 e 57 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, é referente ao Mandado de Segurança nº 30320 (Relator Ministro Marco Aurélio), impetrado por magistrado do estado de Minas Gerais, que pretendia a suspensão da decisão do Conselho Nacional de Justiça, em sede de Processo Administrativo Disciplinar, relatado pelo então Conselheiro Marcelo Neves, que imputou a sanção disciplinar de disponibilidade do supracitado juiz em razão de “excesso de linguagem” em sentença por ele prolatada, em que se utilizou de fundamentos discriminatórios, de forma análoga ao crime de racismo, para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha.

O referido magistrado, em sede de processo que tramitava sob sua responsabilidade, prolatou sentença em que entendia como inconstitucionais certos dispositivos da Lei nº 11.340/2006. Até aí, nada que pudesse vir a acarretar qualquer tipo de punição disciplinar ao magistrado. Como demonstrado nos capítulos anteriores, em decorrência da existência da independência judicial decisional e da garantia da imunidade material relativa, o magistrado, em sua atuação jurisdicional, não será punido em razão do teor de suas decisões ou de opiniões que manifestar nesta, salvo os casos de excesso de linguagem ou de impropriedade (art. 41 da LOMAN).

No entanto, no contexto da referida sentença, o magistrado utilizou-se de fundamentos de cunho discriminatório, em prejuízos do gênero feminino, angariando-se em reflexões religiosas de caráter personalíssimo, a despeito da laicidade do Estado brasileiro. Para efeitos ilustrativos, vale a transcrição de alguns trechos de sua sentença:

Esta 'Lei Maria da Penha' - como posta ou editada - é portanto de uma heresia manifesta. Herética porque é antiética; herética porque fere a lógica de Deus; herética porque é inconstitucional e por tudo isso flagrantemente injusta.

Ora! A desgraça humana começou no éden: por causa da mulher - todos nós sabemos - mas também em virtude da ingenuidade, da tolice e da fragilidade emocional do homem.

(...) Por isso - e na esteira destes raciocínios - dou-me o direito de ir mais longe, e em definitivo! O mundo é masculino! A ideia que temos de Deus é masculina! Jesus foi Homem! À própria Maria - inobstante a sua santidade, o respeito ao seu sofrimento (que inclusive a credenciou como "Advogada" nossa diante do Tribunal Divino) - Jesus ainda assim a advertiu, para que também as coisas fossem postas, cada uma em seu devido lugar: 'que tenho contigo, mulher!?'.

E certamente por isto a mulher guarda em seus arquétipos inconscientes sua indisposição com o homem tolo e emocionalmente frágil, porque foi muito também por isso que tudo isso começou.

A mulher moderna - dita independente, que nem de pai para seus filhos precisa mais, a não ser dos espermatozoides - assim só o é porque se frustrou como mulher, como ser feminino. Tanto isto é verdade - respeitosa - que aquela que encontrar o homem de sua vida, aquele que a complete por inteiro, que a satisfaça como ser e principalmente como ser sensual, esta mulher tenderá a abrir mão de tudo (ou de muito), no sentido dessa 'igualdade' que hipocritamente e demagogicamente se está a lhe conferir. Isto porque a mulher quer ser amada. Só isso. Nada mais. Só que 'só isso' não é nada fácil para as exigências masculinas. Por isso que as fragilidades do homem têm de ser reguladas, assistidas e normatizadas, também. Sob pena de se configurar um desequilíbrio que, além de inconstitucional, o mais grave, gerará desarmonia, que é tudo o que afinal o Estado não quer.

(...) Não! O mundo é e deve continuar sendo masculino, ou de prevalência masculina, afinal. Pois se os direitos são iguais - porque são - cada um, contudo, em seu ser, pois as funções são, também, naturalmente diferentes. Se se prostitui a essência, os frutos também o serão. Se o ser for conspurcado, suas funções também o serão. E instalar-se-á o caos.⁶¹

Como se pode notar nos trechos acima colacionados, o magistrado utiliza fundamentos claramente discriminatórios, advindos de uma base religiosa própria e de origem externa ao próprio direito, para concluir que a Lei Maria da Penha não está de acordo com os princípios e regras insculpidos na CRFB/88. Seu posicionamento referente à validade da lei diante da Constituição é válido, sendo possível tal interpretação por parte do magistrado. Entretanto, há que se notar o claro "excesso de linguagem" utilizado pelo magistrado. Conforme aduzido por Marcelo Neves em seu voto no PAD 0005370-72.2009.2.00.0000:

A afirmação da inconstitucionalidade total ou parcial da "Lei Maria da Penha" em uma decisão judicial qualquer não pode levar, por si só, a um processo disciplinar contra um magistrado. Alguns magistrados já se manifestaram, em atos judiciais, pela inconstitucionalidade de dispositivos

⁶¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Processo Administrativo Disciplinar 0005370-72.2009.2.00.0000, 116ª Sessão, julgado em 9.11.2010, Relator Marcelo da Costa Pinto Neves. Página 35.

dessa Lei. Trata-se de livre convencimento do juiz, cabendo, então, apenas a eventual reforma da decisão judicial pelo juízo ad quem.

Esse não é o problema no presente caso. Relevante é saber se a forma em que se manifestou o Juiz EDILSON RUMBELSPERGER RODRIGUES em relação à Lei nº 11.340/2006 e à mulher, na Sentença prolatada no julgamento do Processo nº 222.942-8/06, da 1ª Vara Criminal e Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Sete Lagoas/MG, justifica a aplicação de uma sanção disciplinar ao Magistrado nos termos da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/1979 – LOMAN), do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e da Resolução nº 30/2007, do Conselho Nacional de Justiça.”⁶²

Certo, portanto, é que seria possível a prolação de sentença com conclusão idêntica a que o referido magistrado chegou. No entanto, a utilização de argumentação baseada em discriminação do gênero feminino definitivamente não é albergada por nossa estrutura legal. Em outras palavras, o fundamental manto da independência judicial não é capaz de isolar o magistrado de maneira que o possibilite agir de tal forma. Conforme salientado por Marcelo Neves, ainda em seu voto:

A ordem constitucional de um Estado democrático de direito não admite, por exemplo, que juízes afirmem posições fascistas, nazistas ou racistas em seus julgados, ofendendo instituições estatais e grupos étnicos ou religiosos. Por exemplo, se um Magistrado, em decisão judicial, nega a existência do holocausto no âmbito da segunda guerra mundial, ele deverá ser enquadrado, segundo precedente do próprio Supremo Tribunal Federal, fixado no julgamento do HC nº 82.424/RS (julg. 17/11/2003, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004), em crime imprescritível de racismo, nos termos do art. 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, e do art. 20 da Lei nº 7.716/89, na redação conferida pela Lei nº 9459/97.⁶³

Dado o exposto, entendeu por bem o Conselho Nacional de Justiça que seria cabível a punição disciplinar do magistrado em função de seu “excesso de linguagem”, ao utilizar-se de argumentos discriminatórios, análogos ao crime de racismo, nos termos do art. 41 e 57 da LOMAN e também do art. 39, do Código de Ética da Magistratura Nacional.

Determinou-se, portanto, por meio do PAD 0005370-72.2009.2.00.0000, que a gravidade do ato realizado pelo magistrado acarretaria em sua disponibilidade compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, nos termos do que é previsto pelo art. 42, IV da LOMAN. Nesse contexto, foi impetrado o Mandado de Segurança 30320/DF, que buscava suspender a eficácia da decisão do Conselho Nacional de Justiça.

⁶² Idem. Página 35.

⁶³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Processo Administrativo Disciplinar 0005370-72.2009.2.00.0000, 116ª Sessão, julgado em 9.11.2010, Relator Marcelo da Costa Pinto Neves. Página 37.

Tal remédio constitucional teve como relator o Ministro Marco Aurélio, o qual, por entender que o princípio da independência judicial deveria sobrepor-se à responsabilidade disciplinar pela sentença prolatada pelo magistrado, acatou os pedidos do impetrante e suspendeu a decisão do CNJ liminarmente, por decisão monocrática. Fundamentou sua decisão da seguinte forma:

No mais, é inconcebível o exercício da arte de julgar sem a independência. Se aquele que personifica o Estado no implemento da soberania interna, substituindo de modo coercitivo a vontade das partes, vier a claudicar, contra o pronunciamento caberá recurso, para haver eventual revisão. É possível que não se concorde com premissas da decisão proferida, com enfoques na seara das ideias, mas isso não se resolve afastando o magistrado dos predicados próprios à atuação como ocorre com a disponibilidade. Em um Estado Democrático de Direito, a liberdade de expressão deve ser preservada, não desaguando em verdadeiro cerceio.⁶⁴

A decisão monocrática advinda do Supremo Tribunal Federal entendeu, portanto, que os magistrados brasileiros gozariam de tal imunidade material que suas decisões estariam sujeitas apenas aos recursos judiciais, fugindo ao alcance de controles disciplinares em nome da independência judicial e da liberdade de expressão. Imunizou, portanto, na seara disciplinar, o magistrado em questão.

O fato de o Supremo Tribunal Federal dar maior relevância ao princípio da independência judicial em contraponto ao da responsabilidade judicial, mesmo em casos de patente discriminação de gênero demonstra que, além da necessária existência da independência judicial, há que se discutir também os limites da atuação jurisdicional e a sua respectiva responsabilidade disciplinar em casos tais. Não se trata, importante ressaltar, de qualquer tentativa de ofensa à independência judicial. Muito pelo contrário: busca-se a garantia de que o exercício da jurisdição seja sempre realizado em prol da edificação de um Estado Democrático de Direito, traçando seus contornos de acordo com os princípios e regras constitucionais correlacionados, entre os quais se encontra não apenas o princípio da liberdade funcional dos magistrados, mas também o da *accountability* e da responsabilidade judiciais.

Nesse sentido, utilizando-se da teoria da integridade do direito, pensada por Ronald Dworkin, buscar-se-á analisar a decisão monocrática prolatada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, verificando se sua manifestação em desprestígio da responsabilidade judicial disciplinar no caso relatado se sustenta diante do direito brasileiro em sua integridade.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Liminar em Mandado de Segurança nº 30.320. Relator: Ministro Marco Aurélio. Dj-e. Brasília, 28 de fevereiro de 2011. Página 7.

4.3. A Integridade no Direito e a *ratio decidendi* do Mandado de Segurança nº 30320/DF.

4.3.1 Breves anotações sobre a integridade no direito

A integridade no direito, teorizada por Ronald Dworkin, consubstancia-se em uma formação coerente dos princípios e regras jurídicas que regem determinada comunidade. O autor distingue duas formas de princípios de integridade, uma de caráter legislativo e outra jurisdicional:

A primeira restringe aquilo que nossos legisladores e outros partícipes de criação do direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar nossas normas públicas. A segunda requer que, até onde seja possível, nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas.⁶⁵

Assim sendo, não só o legislador tem como objetivo a criação de uma ordem jurídica coerente com os princípios que regem o convívio da comunidade, como os julgadores detêm a responsabilidade de exercer a jurisdição de forma coerente com os diversos princípios de justiça nela contidos e também com as interpretações já realizadas no bojo da atividade judicante, explorando, em seus julgamentos, o que representaria a justiça e a equidade naquele momento histórico específico.

A integridade no direito orientaria, portanto, a atuação de todos aqueles que vivem em uma “comunidade política”, caracterizada, conforme informa Dworkin, pela comunhão de diversos princípios tidos como comuns para todos aqueles que dela fazem parte.⁶⁶ Ao se efetivar uma comunidade com tais qualidades, efetiva-se, também, o próprio direito como uma atividade interpretativa, baseada no conteúdo da moral política adotada pela comunidade.

Importante ressaltar que Dworkin deixa clara a mutabilidade do que se considera a moral política. Seu conceito dinâmico, também explorado pelo autor, acaba por fazer com que a atividade interpretativa também esteja em contínuo movimento, adaptando-se ao que se consideraria justo e equânime. Em suas palavras:

A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Editora Martins Fontes, 2ª edição, 2004. Página 261.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Editora Martins Fontes, 2ª edição, 2004. Página 254

aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.⁶⁷

Nesse sentido, a moral política da comunidade, conforme ensina Dworkin, torna-se o pano de fundo das interpretações tanto dos cidadãos ali presentes quanto dos legisladores e julgadores. A partir dela é que se chega, portanto, a concepção de justiça tida como comum pelos concidadãos. Uma sociedade baseada em um “modelo de princípios”⁶⁸, que aceita a integridade no direito como uma de suas princípios bases, conforme o autor:

Torna específicas as responsabilidades da cidadania: cada cidadão respeita os princípios do sentimento de equidade e de justiça da organização política vigentes em sua comunidade particular, que podem ser diferentes daqueles de outras comunidades, considere ele ou não que, de um ponto de vista utópico, são esses os melhores princípios.⁶⁹

Uma comunidade política como tal, salienta Dworkin, possui também sua legitimidade originada em ponto diferente. Informa o doutrinador:

(...) a melhor defesa da legitimidade política – o direito de uma comunidade política de tratar seus membros como tendo obrigações em virtude de decisões coletivas da comunidade – vai ser encontrada não onde os filósofos esperam encontrá-la – no árido terreno dos contratos, dos deveres de justiça ou das obrigações de jogo limpo, que poderiam ser válidos entre os estranhos –, mas no campo mais fértil da fraternidade, da comunidade e de suas obrigações concomitantes. Como a família, a amizade e outras formas de associação mais íntimas e locais, a associação política contém a obrigação em seu cerne.⁷⁰

Dito isso, no que tange a integridade no direito, convém explicitar melhor esse princípio na sua forma jurisdicional. Na atividade judicante, típica função estatal, a integridade no direito defende que “as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento”.⁷¹

Nesse ponto é notável o caráter dinâmico que a interpretação, dentro de uma comunidade política, detém sobre os conceitos de justiça e equidade. Justamente por essa razão é que, como se reproduziu em citação anterior, Dworkin entende que os magistrados, com a intenção de prolatarem decisões coerentes com os princípios que regem a comunidade política, podem se afastar das concepções de justiça tomadas como corretas no passado.

⁶⁷ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Editora Martins Fontes, 2ª edição, 2004. Página 264

⁶⁸ Idem. Página 256

⁶⁹ Idem. Página 257.

⁷⁰ Idem. Página 250.

⁷¹ Idem. Página 271.

Dworkin informa que “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.⁷²

Ora, o caráter construtivo dito por Dworkin demonstra que os princípios de justiça tidos como essenciais pela comunidade política (re)constróem-se conforme sua melhor interpretação dada pela “comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade”.⁷³ O direito como integridade ganha, então, dupla faceta, assumindo tanto a posição de “produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração”.⁷⁴ Dworkin argumenta:

(...) o direito como integridade pede-lhes [aos juízes] que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda.⁷⁵

Vale dizer que a análise da atuação jurisdicional pretérita e das interpretações historicamente anteriores não são tomadas com o fim de reaplicá-las sob um contexto moderno e distinto. Tal atitude acabaria por trazer ao chão a própria coerência que a comunidade política descrita por Dworkin exige dos princípios de justiça por ela contidos. Dworkin assevera que:

[o direito como integridade] Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. (...) O otimismo do direito é, nesse sentido, conceitual; as declarações do direito são permanentemente construtivas, em virtude de sua própria natureza.⁷⁶

Coforme a reflexão até aqui realizada, Dworkin então realiza um paralelo entre o direito e a literatura: busca demonstrar como o direito seria continuamente interpretado e construído a partir de uma cadeia lógica e coerente (com os princípios de justiça) de decisões tomadas em uma sequência temporal, tal como um romance escrito em cadeia. Neste tipo de romance, o paralelo com a atuação judicante residiria no fato de que “Cada um deve escrever

⁷² Idem. Página 272.

⁷³ Idem. Página 272.

⁷⁴ Idem. Página 273.

⁷⁵ Idem. Página 273.

⁷⁶ Idem. Página 274.

seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade”.⁷⁷

No romance em cadeia, cada um dos escritores receberia a tarefa de escrever um capítulo de uma mesma história a partir dos escritos dos romancistas anteriores. O interessante é que cada um destes, conforme salienta Dworkin, “deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes. Isso exige uma avaliação geral de sua parte, ou uma série de avaliações gerais à medida que ele escreve e reescreve”.⁷⁸

Tal descrição dada por Dworkin traz à tona seu anterior discurso a respeito da interpretação do direito a partir da melhor luz, pela comunidade personificada, tendo como pressuposto a coerência dos princípios vigentes com a moral política ali adotada. O dinamismo é o mesmo: da mesma forma que cada um dos escritores terão de escrever construtivamente e reconstrutivamente, como se fossem um só, a partir de todo o trabalho já realizado pelos escritores anteriores, também a comunidade personificada assim o faz para interpretar o direito, uma vez que busca interpretá-lo, em seu momento histórico e contemporâneo, sem deixar de levar em conta o que já se entendeu como justo e equânime, mas também sem deixar de perceber a contínua reconstrução do direito a partir da moral política posta, que está em contínua evolução.

Nesse contexto de construção e reconstrução do direito de uma forma coerente com os princípios de justiça adotados pela comunidade política, Dworkin assevera que, do mesmo modo que os escritores do romance em cadeia, os juízes, ao interpretarem o direito, devem se adequar a duas dimensões: a da adequação e a dos “juízos estéticos mais profundos sobre a importância, o discernimento o realismo ou a beleza das diferentes ideias que se poderia esperar que o romance [ou a decisão, no caso dos juízes] expressasse”.⁷⁹

Tais dimensões ajustam a interpretação jurídica, assim como a escrita do romancista em cadeia, em uma moldura de coerência com os princípios de justiça. No que tange a adequação, esta determinaria que:

⁷⁷ Idem. Página 276.

⁷⁸ Idem. Página 277.

⁷⁹ Idem. Página 278.

Ele [o escritor ou o juiz] não pode adotar nenhuma interpretação, por mais complexa que seja, se acredita que nenhum autor [ou julgador] que se põe a escrever um romance com as diferentes leituras de personagem, trama, tema e objetivo que essa interpretação descreve, poderia ter escrito, de maneira substancial o texto que lhe foi entregue. Isso não significa que sua interpretação deva se ajustar a cada segmento do texto. Este não será desqualificado simplesmente porque ele afirma que algumas linhas ou alguns tropos são acidentais [ou que o juiz interprete o direito de forma distinta], ou mesmo que alguns elementos da trama são erros, pois atuam contra as ambições literárias [ou princípios adotados pela comunidade] que são afirmadas pela interpretação.⁸⁰

A adequação exigiria, portanto, a coerência, figura indispensável para a integridade no direito. No que tange à segunda dimensão, esta teria a finalidade de decidir entre dois ou mais tipos de interpretações válidas e que podem ser utilizadas no romance em cadeia. Todas essas poderiam se adequar ao texto, mas apenas uma será aquela que arremataria “o texto sob uma melhor luz, pois se ajusta a uma parte maior do texto ou permite uma integração mais interessante de estilo e conteúdo”.⁸¹ Nesse ponto é que as convicções estéticas do escritor atuam.

De forma análoga, os juízes também atuam, principalmente em casos difíceis, a partir dessas duas dimensões (devidamente adequadas à função judicante), vez que chegam diversas vezes a um ponto em que terão a possibilidade de decidir de duas formas distintas, mas aparentemente corretas no contexto da comunidade política, e terão de escolher uma delas como a mais adequada aos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, como ensina Dworkin.⁸² Nesse sentido é que o autor afirma:

Os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado. Ele então deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas como um todo.⁸³

Para a realização da interpretação do direito, portanto, o magistrado teria de realizar uma tarefa longa e árdua, quase impossível de ser feita de fato. Com o propósito de melhor esclarecer sua teoria, Dworkin cria então a figura do juiz Hércules, dotado de tempo e recursos infinitos para a consecução da interpretação dos princípios de justiça da comunidade política sob a melhor luz possível, até que encontre a melhor decisão possível.

⁸⁰ Idem. Página 277.

⁸¹ Idem. Página 278.

⁸² Idem. Página 272.

⁸³ Idem. Página 306.

A atuação de Hércules, pautada pelo direito como integridade, levaria em conta todos os aspectos até aqui levantados para que pudesse vir a interpretar o direito da melhor forma possível, de maneira a encontrar “a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade”.⁸⁴ Dworkin então descreve:

O direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo. Nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma si vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade. É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor.⁸⁵

Juízes de fato, com capacidades limitadas, não conseguiriam realizar tamanho esforço interpretativo em sua prática cotidiana, podendo, no entanto, “permitir que o alcance de sua interpretação se estenda desde os casos imediatamente relevantes até os casos pertencentes ao mesmo campo ou departamento geral do direito, e em seguida desdobrar-se-á ainda mais, até onde as perspectivas lhe pareçam mais promissoras”.⁸⁶

Passada a breve análise realizada, cumpre investigar, a partir da teoria do direito como integridade, se a decisão tomada pelo Ministro Marco Aurélio, em sede do Mandado de Segurança nº 30.320 realmente tomou como base o direito brasileiro a partir de sua melhor luz.

4.3.2. O MS 30.320 e o direito como integridade

A decisão tomada pelo Ministro Marco Aurélio, em sede de pedido liminar no Mandado de Segurança nº 30.320/DF, conforme aduzido neste capítulo, entendeu que a independência judicial decisional e a liberdade de expressão deveriam ser prestigiadas em detrimento da responsabilidade disciplinar do magistrado, o qual fora punido pelo Conselho Nacional de Justiça.

Nesse sentido, importa aqui analisar a *ratio decidendi* da decisão liminar a partir da teoria da decisão formulada por Ronald Dworkin, a qual se sedimenta nas concepções do direito como integridade. Tal análise buscará verificar se o Ministro, em sua decisão, interpretou o direito conforme sua melhor luz.

⁸⁴ Idem. Página 305.

⁸⁵ Idem. Página 294.

⁸⁶ Idem. Página 294.

No caso concreto, havia a clara disputa entre dois princípios: o da *accountability* e o da independência judicial. Ambos, certamente, existem em nosso ordenamento constitucional. A fortificação da independência judicial indubitavelmente trabalha no sentido de garantir aos cidadãos uma melhor proteção aos direitos e garantias fundamentais.

Entretanto, a configuração de um judiciário completamente independente e que, por consequência, não efetiva a devida prestação de contas por seus atos, acaba por prejudicar a instituição de uma democracia republicana, com poderes harmônicos e independentes entre si. Em última análise, os direitos fundamentais sairiam perdendo da mesma forma. Conforme já salientado, esta caríssima função estatal encontra seus contornos e limites na constituição e na legislação vigente, não podendo deixar de tê-la como bússola e também como baliza.

Nesse sentido, a exigência republicana de que exista a *accountability* também dos atos jurisdicionais, nos termos do art. 41 da LOMAN, se mostra de todo legítima em nossa comunidade. Certo é que, de uma forma distinta das outras funções públicas, o exercício da atividade judicante tem como predicado principal a independência, tida como pressuposto necessário da imparcialidade do julgador. Este fato acaba por tornar a questão da *accountability* judicial decisional tema extremamente delicado. Esta questão, no entanto, já fora suficientemente discutida nos capítulos anteriores, em que se demonstrou que a configuração de um sistema equilibrado entre independência e responsabilidade judiciais seriam de importância ímpar.

Nesses termos, quando no momento da tomada de decisão pelo Ministro Marco Aurélio, em sede do MS nº 30.320, esta questão ganhou relevância e os princípios da *accountability* e da independência judicial acabaram confrontando-se. Sem dúvidas, o que se apresentou diante do Supremo em sede desta ação constitucional é o que Ronald Dworkin chama de “*hard case*”.

A decisão deveria, conforme ensinamentos de Dworkin, buscar “encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade”.⁸⁷ Nesse sentido, a partir de uma verificação do direito como integridade, ambos os princípios que competiam exigiam uma interpretação conforme a moralidade política adotada pela comunidade brasileira para que fossem devidamente aplicados.

⁸⁷ Idem. Página 305.

Se a interpretação, conforme Dworkin, em paralelo com a literatura, “representa para cada intérprete um delicado equilíbrio entre diferentes tipos de atitudes literárias e artísticas, em direito é um delicado equilíbrio entre convicções políticas de diversos tipos; tanto no direito quanto na literatura, estas devem ser suficientemente afins, ainda que distintas, para permitirem um juízo geral que troque o sucesso de uma interpretação sobre um tipo de critério por seu fracasso sobre outro”.⁸⁸

A *accountability* e a independência judicial, a despeito de serem contrapostas (visto que uma acaba por restringir a outra), coexistem como princípios de justiça e equidade em nosso sistema constitucional e são valorizadas pela moralidade política existente em nossa comunidade de princípios. Nesse sentido, teria acertado o Ministro Marco Aurélio ao decidir que a independência judicial e a liberdade de expressão deveriam sobrepor-se a exigência da responsabilidade disciplinar do magistrado por seus atos discriminatórios?

Tal verificação, aqui baseada na teoria da integridade do direito, questiona se tal decisão tem como base os “princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.⁸⁹ Exige-se, portanto, uma decisão coerente com os princípios que coexistem em nossa sociedade.

É imperiosa a valorização da independência judicial dos magistrados brasileiros, principalmente a que se refere à atividade fim. Entretanto, o total desprestígio da *accountability* judicial decisional não parece encontrar guarida em nossa comunidade política. Os limites impostos pela própria constituição e também pela legislação vigente trazem a obrigação de que se verifique, no âmbito disciplinar, a responsabilidade judicial quanto aos conteúdos que sejam considerados “excesso de linguagem” ou “impropriedade”, nos termos que a LOMAN determina.

Em momentos passados, quando o judiciário ainda buscava se reerguer de um período ditatorial em que sua independência era comprometida, a *accountability*, principalmente decisional, acabou por perder espaço no Brasil e certamente não teria condições de se sustentar diante da moral política que ao tempo era vigente, como assim o foi. Sob outras circunstâncias, ou seja, no caso da existência de um judiciário amplamente independente, como é o caso atual, a existência de certo grau de *accountability* começa a

⁸⁸ Idem. Página 287.

⁸⁹ Idem. Página 272.

ganhar substância perante aqueles melhores princípios de justiça estabelecidos em nossa sociedade pela Constituição Federal de 1988.

A interpretação principiológica que se realiza no caso concreto parece, portanto, ganhar outra dimensão em nosso contexto atual. Conforme ensina Dworkin, o viés “construtivista” da interpretação exige que se tome “em consideração não somente a substância das decisões tomadas por autoridades anteriores, mas também o modo como essas decisões foram tomadas: por quais autoridades e em que circunstâncias.”⁹⁰

Na história constitucional brasileira – anterior à E.C. nº 45/2004 – a preocupação com a configuração de um judiciário suficientemente independente justificou a inexistência de um aparato de *accountability* e responsabilidade dos membros deste poder. Modificado esse paradigma, vez que estruturado um judiciário com forte independência, iniciou-se uma busca por uma crescente estrutura de *accountability* do Judiciário brasileiro, fato esse que possibilitou o surgimento do Conselho Nacional de Justiça, com competências de fiscalização e controle administrativo, financeiro e disciplinar. Dado a mudança na moral política e na interpretação de nosso sistema constitucional, vê-se que uma decisão no sentido de coibir o controle disciplinar da magistratura brasileira, pelo CNJ, em casos teratológicos de “excesso de linguagem”, tal qual o que fora anteriormente analisado, não parece ser a mais correta.

Dessa forma, agiu mal o Ministro Marco Aurélio ao impedir a punição do magistrado, desprestigiando a atuação disciplinar realizada pelo CNJ, a qual se fundou na consecução da *accountability* judicial decisional prevista no art. 41 e 57 da LOMAN. Sua convicção, relativa a uma pretensão de absolutização da independência judicial, deixou de analisar o direito pátrio como um sistema de regras e princípios coerentes e acabou não o interpretando sob a sua melhor luz, caminhando na contra mão da construção de um judiciário não apenas independente, mas também responsável.

Dworkin assevera, nesse sentido, que a interpretação dada ao direito pode ser tida como ruim caso deixe de se adequar da melhor forma à rede de princípios adotada por uma comunidade. Aduz que:

As convicções sobre a adequação vão estabelecer a exigência de um limiar aproximado a que a interpretação de alguma parte do direito deve atender para tornar-se aceitável. (...) Esse limiar eliminará as interpretações que, de outro modo, alguns juízes prefeririam, de tal modo que os fatos brutos da

⁹⁰ Idem. Página 292.

história jurídica limitarão o papel que podem desempenhar, em suas decisões, as convicções pessoais de um juiz em questões de justiça. Diferentes juízes vão estabelecer esse limiar de maneira diversa. Mas quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral. Se não o fizer – se seu limiar de adequação derivar totalmente de suas concepções de justiça e a elas for ajustável, de tal modo que essas concepções ofereçam automaticamente uma interpretação aceitável –, não poderá dizer de boa-fé que está interpretando a prática jurídica. Como o romancista em cadeia, cujos juízos sobre a adequação se ajustavam automaticamente a suas opiniões literárias mais profundas, estará agindo de má-fé ou enganando a si próprio.⁹¹

Em uma análise detida da decisão tomada em sede do MS nº 30.320, percebe-se que o Ministro analisou os fatos e a questão jurídica posta em debate de forma a colocar em evidência apenas a concepção de justiça favorável a uma plena e irrestrita independência judicial decisional. Deixou, entretanto, de levar em conta toda a construção normativa e interpretativa do direito posto no sentido de se efetivar um contexto institucional não apenas de independência do judiciário, mas também de prestação de contas e responsabilidade funcional (em seu viés disciplinar, no caso) da magistratura pátria.

Como se faz no romance em cadeia, descrito por Dworkin, em que cada um dos romancistas escreve um capítulo tendo como parâmetro de adequação a trama até então desenvolvida, de forma a ser, ao mesmo tempo, coerente e inovador, adotando “um ponto de vista sobre o romance que vai se formando aos poucos, alguma teoria que lhe permita trabalhar elementos como personagens, trama, gênero, tema e objetivo, para decidir o que considerar como continuidade e não como um novo começo”⁹², também o juiz em sua atividade fim deve levar em conta toda aquela concepção de justiça que se busca efetivar, que no caso é o de *accountability* e responsabilidade judiciais coerentemente concatenadas com a independência judicial.

A decisão tomada no Mandado de Segurança em análise deixou, entretanto, de verificar essas questões e adotou a independência judicial como princípio absoluto, não o conectando aos demais princípios adotados pela comunidade de uma forma coerente e legítima. Cumpre ressaltar que fraqueza da decisão é relativa à sua não adequação a “um delicado equilíbrio entre convicções políticas de diversos tipos”⁹³ que ora se consubstanciam em nossa comunidade política. Ela é considerada retrógrada, pois como na analogia do

⁹¹ Idem. Página 305-306.

⁹² Idem. Página 277.

⁹³ Idem. Página 287.

romance em cadeia, “deixa sem explicação algum importante aspecto estrutural do texto (...)”.⁹⁴

Conforme se demonstrou ao longo de todo esse trabalho, a *accountability* e a responsabilidade judiciais têm evoluído de forma contínua em nossa ordem constitucional. A existência do controle disciplinar, por parte do Conselho Nacional de Justiça, das decisões teratológicas tomadas por magistrados brasileiros anda no sentido da evolução democrática do controle judicial. Entretanto, dado os limites legais e constitucionais impostos à atividade disciplinar, certo é que a independência judicial não se vê enfraquecida ou prejudicada, mas na verdade melhor delimitada e por isso fortificada. Como anteriormente dito, a despeito da existência da independência judicial decisional, a atuação jurisdicional encontra seus limites na própria legislação constitucional e infraconstitucional, não encontrando guarida em nossa democracia aqueles pronunciamentos discriminatórios, mesmo que realizados no contexto de uma decisão judicial.

A decisão liminar tomada no Supremo Tribunal Federal, portanto, deveria ter ponderado melhor a importância da *accountability* judicial, dando contornos mais claros aos limites jurisdicionais e valorizando e efetivando a estrutura de prestações de contas também da atuação judicante, pautada, assim como para os outros agentes públicos, pelos princípios constitucionais que regem nossa comunidade política.

⁹⁴ Idem. Página 277.

Conclusões

A construção constitucional do Poder Judiciário brasileiro sempre teve de enfrentar problemas relativos à sua independência, tanto no aspecto institucional quanto funcional. O amadurecimento da democracia brasileira, no entanto, teve como consequência o fortalecimento do judiciário e de sua respectiva independência, sob todos os aspectos.

Configurado um Judiciário forte e, pode-se dizer, demasiado independente, surge em nossa cultura constitucional uma nova questão: a *accountability* judicial. Como se efetivar a construção de um judiciário independente e ao mesmo tempo *accountable* por seus atos? Surge então, a partir da E.C. 45/2004, o Conselho Nacional de Justiça. Suas competências de controle e fiscalização administrativa, financeira e disciplinar do Judiciário, somada à sua composição heterogênea trouxe importantíssimas discussões a respeito de sua validade e da possibilidade da existência de qualquer tipo de controle da atuação da magistratura em nosso país, seja em seu viés institucional ou funcional.

Efetivada a validade do Conselho pelo Supremo Tribunal Federal, passou-se a vigor um sistema constitucional que busca pelo equilíbrio dos princípios da independência, da *accountability* e da responsabilidade judiciais. Nesse aspecto, a análise das garantias e das responsabilidades judiciais, devidamente delimitadas pela constituição e pela lei, demonstrou que a possibilidade da coexistência dos referidos princípios é alcançada pelo equilíbrio de seus efeitos e consequências.

Dito isso, certo é que a atuação da magistratura brasileira não comporta a legitimidade da atuação de magistrado que fundamente suas decisões a partir de concepções religiosas pessoais e argumentos discriminatórios. Ao julgar, o juiz está delimitado pela lei e pelos princípios constitucionais que vigem em nossa sociedade, não lhe sendo facultado extrapolar tais limites e julgar com fundamentos discriminatórios, tal qual se demonstrou ter acontecido em Minas Gerais, onde o magistrado, por tais razões, foi sancionado no PAD 0005370-72.2009.2.00.0000, decidido pelo Conselho Nacional de Justiça.

Dado o contexto de vigência dos princípios da independência e da responsabilidade judiciais, buscou-se analisar se a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede do Mandado de Segurança nº 30.320, em que o Ministro Marco Aurélio, em decisão liminar,

suspendeu a eficácia da decisão tomada pelo Conselho Nacional de Justiça no supracitado PAD, em que puniu disciplinarmente o magistrado mineiro, foi acertada ou não.

Tal análise baseou-se na teoria do direito como integridade, de Ronald Dworkin. A conclusão que se alcançou é que a decisão tomada em sede do supracitado *writ* constitucional não tomou o direito sob seu melhor aspecto, deixando de considerar importantes fatores relativos à *accountability* e responsabilidade judiciais, que vigem no sistema constitucional brasileiro. Não levou em conta, portanto, o direito sob o viés construtivista, tão ressaltado por Dworkin, e deixou de interpretar o direito a partir da melhor prática das concepções de justiça e equidade adotados por nossa comunidade de princípios.

A responsabilidade disciplinar do magistrado mineiro sancionado pelo Conselho Nacional de Justiça deveria, portanto, ter tido sua eficácia mantida pelo Supremo Tribunal Federal, pois, a despeito da existência da independência judicial decisional, o magistrado encontra seus limites funcionais na própria constituição e na legislação pátria, que inadmitem manifestações discriminatórias por parte de qualquer pessoa, inclusive dos membros do Poder Judiciário. A sanção disciplinar imputada, portanto, não desfigurou a independência judicial, mas deu-lhe contornos de legitimidade constitucional a partir de um equilíbrio coerente dos melhores princípios de justiça adotados por nossa comunidade, como a análise a partir da integridade no direito nos fez concluir.

Bibliografia

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, v.21, n. 45, p.29-46, Mar. 2013, Página 30. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782013000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 de março de 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1989.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Editora Martins Fontes, 2ª edição, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito Constitucional*. 10ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367-1/DF. Diário de Justiça de 17/3/2006. Voto do Ministro Relator Cezar Peluso, fls. 224 e 225.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Processo Administrativo Disciplinar 0005370-72.2009.2.00.0000, 116ª Sessão, julgado em 9.11.2010, Relator Marcelo da Costa Pinto Neves.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Liminar em Mandado de Segurança nº 30.320. Relator: Ministro Marco Aurélio. Dj-e. Brasília, 28 de fevereiro de 2011.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, páginas 102-104 APUD MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito Constitucional*. 10ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993.

PRILLAMAN, William C.. The Judiciary and Democratic Decay in Latin America: Declining Confidence in the Rule of Law. Westport: Praeger Publishers, 2000.

DELGADO, Lucas. Independência Judicial e Corrupção Sistêmica – O controle disciplinar da atividade jurisdicional pelo Conselho Nacional de Justiça e a diferenciação funcional do direito. Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Mestrado em Direito, Estado e Constituição. Brasília, 2017.

NEVES, Marcelo. O supremo e o CNJ face à Corrupção Sistêmica. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-20/observatorio-constitucional-supremo-cnj-face-corrupcao-sistemica?imprimir=1>. Acessado em: 23/3/2017

ALMEIDA, Cássia Cascão de. Accountability das decisões judiciais pelo Conselho Nacional de Justiça. 2015. Publicado em: Dez anos de reforma do judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça. Rui Stoco, Janaína Penalva, organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.