

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

MARCOS LEITE GARCIA

MARCUS FIRMINO SANTIAGO

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Marcus Firmino Santiago, Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-565-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Cidadania. 3. Sociedade Plural. 4. Garantias. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, realizado na cidade de São Luís, MA, entre os dias 15 e 17 de novembro de 2017, proporcionou a reunião de diversos professores e pesquisadores dedicados ao estudo dos Direitos e Garantias Fundamentais. Tema de tamanha relevância e apelo entre os estudiosos que deu ensejo ao desdobramento do Grupo de Trabalho em dois, a fim de permitir mais aprofundado debate sobre questões extremamente atuais e relevantes.

Como de hábito nos Grupos de Trabalho do CONPEDI, o pensamento jurídico brasileiro foi representado por pessoas vindas de norte a sul do país, compondo um amplo espectro de orientações conceituais, em um rico diálogo entre diferentes escolas.

Os diversos artigos que ultrapassaram o filtro da avaliação cega foram apresentados por seus autores e ensejaram vibrantes discussões, que propiciaram substanciais conhecimentos a todos os presentes e certamente farão o mesmo aos leitores deste volume.

Os primeiros artigos abordam questões conceituais essenciais à plena compreensão e aplicação dos direitos fundamentais. Assim, o tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é tratado em dois textos. O antigo e sempre atual debate sobre a construção de categorias taxonômicas e a tormentosa categorização da dignidade humana são objeto dos dois estudos seguintes. O direito de resistência, preocupação presente desde as primeiras reflexões sobre direitos fundamentais, completa esta parte inicial.

Não poderia faltar o sempre necessário debate sobre a atuação do Poder Judiciário, tema de dois outros textos.

Os direitos de liberdade foram amplamente visitados por meio de artigos que trataram da liberdade religiosa; da proteção ao domicílio; do direito ao esquecimento; e do aborto. O direito à saúde foi discutido à luz da celeuma acerca da assim chamada 'pílula do câncer'. E algumas das questões sociais mais candentes da atualidade foram contempladas por estudos que abordaram a igualdade e as diferenças de gênero; o auto-reconhecimento racial no âmbito do trabalho doméstico; e o meio ambiente do trabalho face às evoluções digitais.

Como se percebe, diversos dentre os principais marcos teóricos que embasam o debate contemporâneo sobre os direitos fundamentais são contemplados, conectando-se a questões atuais e altamente relevantes, que precisam ser enfrentadas à luz de diferentes (embora não necessariamente novos) paradigmas conceituais.

Coordenadores:

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - PPGD Universidade Federal de Sergipe - UFS

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia - PPGD Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - PPGD Centro Universitário do Distrito Federal - UDF

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

INDEPENDÊNCIA JUDICIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL ÀS GARANTIAS DA CIDADANIA

JUDICIAL INDEPENDENCE AS A FUNDAMENTAL RIGHT TO THE GUARANTEES OF CITIZENSHIP

Océlio de Jesus Carneiro de Morais ¹
Marcos Cezar Moutinho Da Cruz ²

Resumo

A independência judicial como direito fundamental às garantias da cidadania no Brasil é o objeto desta pesquisa. O objetivo é analisar se o atual sistema de controle judiciário é consentâneo com o princípio da independência judicial e se este controle afere restritivamente, de forma reflexa, os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. À pesquisa, adotou-se a análise sistemática panorâmica acerca do regime constitucional brasileiro acerca da independência judicial.

Palavras-chave: Judicial, Independência, Controle, Afetação, Cidadania

Abstract/Resumen/Résumé

The judicial independence as a fundamental right to the guarantees of citizenship in Brazil is the object of this research. The objective is to analyze whether the current system of judicial control is in line with the principle of judicial independence and if this control restrictively restricts, in a reflexive way, the fundamental rights and guarantees of the human person. For the research, the systematic analysis about the Brazilian constitutional regime regarding judicial independence was adopted.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial, Independence, Control, Affection, Citizenship

¹ Pós-doutor em Direitos Humanos (IGC da Faculdade de Direito de Coimbra); Doutor em Direito (PUC/SP), magistrado. ² autor: Marcos Moutinho, mestrando em Direito pela UNAMA e magistrado.

² Juiz do trabalho e mestrando regular do programa de pós-graduação stricto sensu (mestrado) em direitos fundamentais da Universidade da Amazônia.

1 – Introdução

Ao exercício da jurisdição judicial como um princípio de segurança jurídica ao exercício dos direitos e garantias da cidadania, a Lei Orgânica da Magistratura brasileira instituiu como dever do magistrado “cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício”¹.

Esse poder-dever – cujo fundamento é relativo ao princípio da separação dos poderes da República Federativa do Brasil desde a Constituição de 1891² e mantido nos conteúdos material e formal das Constituições subsequentes – existe como uma prerrogativa constitucional para a atuação jurisdicional sem interferências de qualquer natureza que possa interferir ou vise a limitar sua independência.

Sob essa perspectiva principiológica, a independência judicial é um direito fundamental ao exercício da jurisdição judiciária no âmbito do Estado Democrático de Direito, que tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Em última análise, portanto, o princípio da independência judicial tem sua existência justificada para a garantia do livre e pleno exercício de direitos fundamentais sociais, civis, políticos, culturais, econômicos etc.

Nessa concepção, qualquer medida legislativa ou administrativa de órgãos de controle que implique retrocesso ao princípio da independência judicial implica também, em última análise, em afetação aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana e aos pilares da própria democracia.

Então, é na ambiência dessa temática constitucional, vinculada à linha de pesquisa “direitos e garantias fundamentais”, que se apresenta o problema da pesquisa: o implícito ou subjacente processo de desconstrução do princípio da independência judicial em curso na atualidade no Brasil – problema que afeta, de forma reflexa, as garantias individuais e coletivas aos exercícios dos direitos de cidadania.

Desse modo, os temas centrais da pesquisa são a independência judiciária em contraposição ao sistema de controle que gera retrocesso, o princípio da independência

¹ Art. 35, inciso I, da Lei Complementar nº 35, de 14 de Março de 1938.

² O Art. 15, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de Fevereiro de 1891, criou o princípio da separação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, eliminando em definitivo o regime de concentração de poderes às mãos do Imperador, no regime política da Constituição de 1824. Assim dispunha o Art. 15 - São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.

judiciária como típico direito e garantia fundamentais da magistratura justificados pela necessidade de asseguramento aos direitos fundamentais inerentes à cidadania no Estado Democrático de Direito.

Diante desse implícito ou velado processo desconstrutivo do princípio da independência judicial, justifica-se a pesquisa pela relevância temática e atualidade, seja sob a pesquisa doutrinária, seja na perspectiva jurídica, como processo reflexivo acerca das distinções teóricas e conceituais entre direitos e garantias fundamentais relacionadas à temática.

Por isso também, além do objetivo central já definido – analisar se o atual sistema de controle judiciário é consentâneo com o princípio da independência judicial e se este controle afere restritivamente, de forma reflexa, os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana – a pesquisa também adota como objetivos: analisar o atual conceito de independência judicial, tanto em relação às regras vigentes no Brasil, quanto no que concerne a regras de cunho internacional; analisar se o atual conceito de independência judicial pode ser compatibilizado com o Estado de Direito em que vivemos hoje e analisar se o sistema de controle de magistrados é feito de forma isonômica entre os diversos ramos do Poder Judiciário.

Para essas tarefas, o método da pesquisa que reputamos mais adequado é o analítico sistemático do sistema de controle da jurisdição judicial.

2. Desenvolvimento.

2.1 – Natureza formal da independência judicial.

O problema da independência judicial como direito fundamental às garantias da cidadania no Brasil é complexo e profundo sob a perspectiva do sistema de controle do judiciário no Brasil, questão relativa ao princípio da separação dos poderes, um dos fundamentos da estrutura da República Federativa do Brasil, e que repercute diretamente nos direitos e garantias fundamentais.

Portanto, trata-se de problema de Estado e problema da forma como a sociedade deseja estabelecer o controle de seus magistrados no exercício da jurisdição.

A compreensão da complexidade e profundidade desse problema exige nos leva, como origem da natureza formal da independência judicial, à escola da exegese na França e com o surgimento das grandes codificações e o ideal positivista clássico, a independência judicial decorria da vontade da lei, à medida que ao magistrado fora definido o papel aplicar a lei, por isso na expressão de Montesquieu o magistrado era o “boca da lei”³.

A atividade interpretativa do magistrado, no ambiente dos séculos XVII e XIX, portanto, era a reprodução do positivismo jurídico literal, do que decorria pouca liberdade hermenêutica à luz dos princípios ao exercício da atividade judicial.

Assim, a independência judicial revela um aspecto eminentemente formal, vinculativa das atividades do juiz, no que concerne pura e simplesmente à aplicação da lei.

Era a época das revoluções burguesas tinham acabado de acontecer e o Estado ainda estava impregnado pelo aparelhamento administrativo-monárquico, no qual estava inserida a atividade judicante, portanto, sem muita liberdade para julgamentos conforme o livre convencimento do julgador, sendo vedado o controle administrativo e legislativo do Estado.

Aquele sistema normativo-positivo se expandiu por grande parte da Europa Continental, notadamente na Itália, Espanha e Portugal, além do nascedouro francês.

Bem antes, no Antigo Regime, os juizes, eram nomeados como agentes da Coroa, portanto, adstritos ao monarca e totalmente subservientes a ele, podendo ser afastados sem qualquer entrave.

No Brasil, esse sistema foi reproduzido pela Constituição do Império de 1824, quando os juizes eram nomeados pelo Imperador (como chefe do Poder Executivo) e ao imperador competia destituí-los.⁴

A tentativa juspositivista de isolar a lei como fonte única e legítima do direito, fez com que os juizes vissem sua atividade como totalmente vinculada à letra da lei, e a jurisdição, por via de consequência, deveria estar isenta, de qualquer pensamento referente a questões

³ O Espírito das Leis. Montesquieu. São Paulo; Martins Fintes, 2000. Nessa obra, são formulados os conceitos acerca das formas de **governo**, princípios políticos ao exercício das funções públicas.

⁴ Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado: III. Nomear Magistrados. Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154. Vide Constituição Política do Brazil, de 25 de Março de 1824.

políticas e sociais. Tais questões, portanto, não poderiam “contaminar” o julgador no momento da aplicação do silogismo quando de sua atividade jurisdicional.

A legislação produzida pelos poderes majoritários deveria ser aplicada sem qualquer margem para discussões.

Todavia, com o passar do tempo, e principalmente após o advento da Segunda Guerra Mundial, a formação do “*Welfare State*”, o surgimento e o gradativo processo de constitucionalização dos direitos fundamentais, a industrialização e a globalização, o modelo de magistrado positivista teve que ser abandonado.

Com efeito, o Judiciário passou a se defrontar com conflitos para os quais não conseguiria encontrar saídas simplesmente com a aplicação da lei, necessitando um papel mais ativo e relacionado com a complexidade das novas questões surgidas.

2.2 – A independência judicial – concepção atual como fundamento do Estado Democrático de Direito.

A questão da independência judicial deve ser compreendida no âmbito do Estado democrático de direito.

Por isso, é seguro afirmar que não existe democracia sem independência funcional do Poder Judiciário e Ministério Público, e a democracia também não pode ser uma questão que esteja apenas prevista na Constituição. Ela deve ser real e efetivada através de um corpo de servidores (agentes políticos), que defendam e instituem de fato os ditames da Carta Magna.

A independência judicial é uma das vigas mestras da democracia. Isso não é de hoje, à medida que, após Segunda Guerra Mundial, o Estado Legislativo de Direito, estabeleceu-se o Estado Constitucional de Direito e, dessa forma, os direitos civis e políticos, passaram a ser verdadeiras “bússolas” para as Constituições, ou seja, verdadeira “*conditio sine qua non*” do Estado democrático.

Nesse sentido, a independência judicial (inerente ao magistrado), no âmbito do Estado Democrático de Direito, embora constitua direito fundamental ou princípio fundamental da República, também é direito que precisa ser preservado pelo Estado em defesa dos direitos da cidadania, já que esse princípio enfrenta um implícito processo de desconstrução no Brasil. tudo pode acontecer.

O sentido da luta à preservação dos direitos inerentes à independência judicial numa democracia, como já observou Para Aharon Barak (2006, p. 20/21) :

“Indeed, if we wish to preserve democracy, we cannot take its existence for granted. We must fight for it. This is certainly the case for new democracies, but it is also true of the old and well-established ones. The assumption that “it cannot happen to us” can no longer be accepted. Anything can happen. If democracy was perverted and destroyed in the Germany of Kant, Beethoven and Goethe, it can happen anywhere”.⁵

Com efeito, a democracia não deve ser entendida apenas como a vontade da maioria, ela é muito mais do que isso. Deve ser entendida em seu sentido substantivo, em relação aos direitos fundamentais, como a força que o Estado deve ter em assegurar esses direitos, mesmo contra a vontade da maioria.

Assim sendo, nem mesmo os poderes ditos “majoritários” podem se insurgir contra a eficácia e plena vigência dos direitos de cunho fundamental, sob pena de se ter uma medida considerada não apenas ilegal ou inconstitucional, mas antidemocrática.

Proteger a democracia e os direitos fundamentais, portanto, é um dos principais papéis dos juízes nas modernas democracias.

O magistrado é o único agente político do Estado que, em determinadas ocasiões, tem o poder-dever de garantir a eficácia dos direitos fundamentais. Esse papel lhe é inerente, e faz parte de sua função contra majoritária.

A proteção judicial da democracia e dos direitos humanos fundamentais é uma característica de muitas democracias recentes e que ocorre devido aos traumas gerados pelos horrores da 2ª Guerra e do Holocausto.

Então, a essência da democracia não diz respeito apenas a assegurar o princípio majoritário, e que prevaleça a vontade da maioria. Situações há, em que a vontade da maioria **não** deve prevalecer sob pena de se caracterizar uma afronta ao Estado Democrático de Direito, apesar de ser a vontade da maior parte das pessoas daquele Estado⁶. Portanto, a vontade majoritária não pode ir contra eles, mesmo sendo a vontade da maioria.

⁵ “De fato, se nós desejarmos preservar a democracia, nós não podemos tomar a sua existência como reconhecida. Precisamos lutar por ela. Este é certamente o caso das democracias jovens, mas isto também é verdadeiro para as antigas e estabelecidas. A presunção de que “isto não acontecerá conosco” não pode ser aceita. Qualquer coisa pode acontecer. Se a democracia foi deturpada e destruída na Alemanha de Kant, Beethoven e Goethe, o mesmo pode ocorrer em qualquer lugar” – Tradução livre do autor, (*in* BARAK, Aharon. The judge in a democracy, Princeton University Press, New Jersey, 2006, p. 20/21)

Assim sendo, também fazem parte da democracia o princípio da separação de poderes, o Estado de Direito, a independência judicial, os direitos humanos, a moralidade, a justiça, a razoabilidade, e a boa-fé⁷, os quais constituem o se poderia chamar de democracia substancial (o princípio majoritário faz parte do conteúdo formal da democracia).

Sem essas premissas mínimas, um Estado, apesar de praticar o princípio majoritário, não pode ser considerado como substancialmente democrático.

Quem pode assegurar que tais princípios sejam observados, mesmo contra majoritariamente, é o Judiciário, e esta função não é das mais fáceis, e necessita de um leque de ferramentas que os juízes devem dispor para poder bem cumprir tão árdua função.

Em relação especificamente aos direitos sociais, estes também são considerados como direitos fundamentais em nosso país, notadamente os direitos ao trabalho e previdência.

Ocorre que o capitalismo é cíclico, e em épocas de crise, se ouve falar em desregulamentação, flexibilização, terceirização, dentre outras formas de se tentar “abrandar” a “arcaica” legislação laboral.

Tais assertivas devem ser analisadas “*cum grano salis*”, tendo em vista que há direitos já consagrados em diversos países do mundo, mas que são colocados na “vala comum” quando o assunto é minorar os direitos sociais em prol de uma maior lucratividade das empresas.

Argumentam que o Judiciário, por não ser eleito, não tem a mesma legitimidade em sua atuação, como os demais poderes majoritários, todavia, não há outro Poder do Estado que conheça a fundo a aplicação diária dos mais variados direitos do cidadão, da realidade das instituições e do grau de eficácia que pode ser dado a cada um desses direitos.

⁶ “Com isso, foi possível constatar a função contra majoritária do Judiciário no Estado Democrático de Direito, a qual se manifestou mediante a busca de proteção das minorias sob o respaldo de princípios fundamentais como a dignidade da pessoa humana e a igualdade. Nesse sentido, verifica-se a verdadeira força deste poder no equilíbrio entre os demais poderes e na garantia dos direitos fundamentais do indivíduo” (ASSIS, Denise Almeida Albuquerque de; VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Direitos fundamentais e o moderno perfil do juiz. *In* LINHARES, Emanuel Andrade; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Britto (Org.). Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides, São Paulo, Atlas, 2016, p. 599).

⁷ BARAK, 2006, p. 24.

Isto porque, o juiz lida diariamente com as partes, seja em audiências onde vê o conflito “ao vivo e a cores”, seja ouvindo as partes interessadas, atendendo os advogados com seus pleitos, ou resolvendo as questões nas sentenças.

Os demais Poderes do Estado não têm condição de verificar *in loco*, os principais problemas da comunidade, notadamente porque, geralmente só se recordam disso de quatro em quatro anos.

Nesse quadro, verifica-se que, muitas vezes, os juízes não têm ao seu lado a maioria da população, tampouco podem depender ou contar com os demais poderes do Estado para a consecução dos primados da democracia substancial.

Com efeito, via de regra o juiz está sozinho na árdua tarefa de distribuir justiça e assegurar a eficácia dos direitos fundamentais, os quais, de tão importantes para a democracia, devem ser resguardados até mesmo, do poder da maioria e do princípio majoritário formal!

Então, a questão da independência judicial é central à garantia da democracia e, por princípio de fundo, indispensável ao exercício dos direitos da cidadania.

Por isso também que a independência judicial pode ser vista em diferentes aspectos, tal como lecionado por Mauro Cappelletti⁸, tais como a independência interna e a independência externa.

Em relação ao seu caráter externo, a independência significa que o juiz não pode ser compelido a julgar conforme os interesses de determinados grupos políticos e/ou econômicos, contra a sua própria convicção, e de forma a não poder fazer valer o seu livre convencimento motivado.

Isto é, o juiz, caso inexistisse a independência em seu caráter externo, deveria simplesmente ratificar interesses prévios que já lhe seriam impostos de antemão – independentemente do que o magistrado entendesse em relação ao sistema jurídico – não poderia fazer valer esse seu entendimento já que estaria submetido aos interesses políticos e/ou econômicos mencionados.

Assim, a independência externa, guarda relação com as autonomias financeiras e administrativas do judiciário.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Irresponsáveis? Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989. p. 33

Esse é um aspecto importante que aponta ou comprova o processo de desconstrução da independência judicial: a crescente limitação à autonomia financeira dos Tribunais judiciais pelos poderes Legislativo e Executivo no Brasil.

A interferência na autonomia financeira se dá pela limitação orçamentária – aspecto externo da independência judicial – fator que afeta de forma reflexa a organização, a estruturação e os processos de composição dos quadros da magistratura.

O executivo acentuou o corte financeiro em relação às cortes trabalhistas, que tiveram um corte bem maior que os outros ramos, na ordem de aproximadamente 30% (trinta por cento) do custeio (o governo queria 50%), e 90% (noventa por cento) no investimento⁹.

Já em relação ao seu caráter interno, a independência diz respeito à relação do magistrado para com os órgãos de Justiça hierarquicamente superiores. A obediência à hierarquia administrativa não deve ser confundida com a independência judicial.

Portanto, a independência interna deve existir em um sistema que assegure de forma igualitária a todos os juízes da instituição, a mesma dignidade e liberdade de decisão.

Essas questões, que Aaron Barak (2006, p. 78/80) diferencia a partir da independência judicial em independência pessoal (*personal independence*) e independência institucional (*institutional independence*)¹⁰, apontam que independência judicial é um princípio de ordem constitucional.

Por outras palavras: ao magistrado é caro princípio da independência pessoal previsto de forma explícito na Constituição como direito fundamental. Isso significa, por corolário, que o juiz deve ser livre de qualquer pressão para poder bem desempenhar o seu mister.

Essa independência pessoal ou liberdade de hermenêutica como direito fundamental vem sendo desconstruída pelo crescente processo das edições das súmulas vinculantes, pelo Supremo Tribunal Federal, adotadas no Brasil a partir da Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

⁹ <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/07/sem-dinheiro-tribunais-do-trabalho-adotam-medidas-para-nao-fechar.html>, acesso em 08.08.2017.

¹⁰ BARAK, 2006, p. 78/80.

As súmulas vinculantes, sob o ponto de vista do princípio da livre convicção limitar a liberdade de consciência do magistrado para julgar conforme suas próprias convicções.

Trata-se de sistema de controle da atividade judiciária emanado do Judiciário para o próprio judiciário e à administração pública em geral.

A independência institucional, que Barak (2006, p. 78/80) considera complementar à independência pessoal do magistrado, é substancial para a proteção das prerrogativas do Poder Judiciário enquanto instituição.

A forma de controle da independência institucional dá-se, no Brasil, pela redução orçamentária, fato que afeta as ações de expansão da jurisdição, bem como impede a criação de novas varas, contratação de novos servidores e a impede a reconstituição dos quadros da magistratura: com isso, causa retrocesso ao princípio da independência institucional do Poder Judiciário.

Assim, é seguro afirmar que independência judicial (nas usa categorias pessoal e institucional) não constitui privilégio do e ao magistrado, contrariamente ao que pensa Justin Crowe¹¹, para quem “o Poder Judiciário acaba por ser uma criação dos políticos para os políticos”.

Ao revés, a independência judicial é fator de garantir ao exercício dos direitos e garantias fundamentais no Estado democrático de Direito, portanto, essencial à efetividade dos direitos inerentes à cidadania.

2.3 – A independência judicial no âmbito internacional.

Antes de se mencionar as principais regras no âmbito internacional, que corporificam o princípio da independência judicial, convém ressaltar que, no regime constitucional brasileiro, a independência judicial está prevista no art. 2º da Constituição Federal/88.

É por isso considerada como uma cláusula pétrea, tendo em vista os termos do art. 60, §4º da Carta Magna. E ainda, que o art. 99, *caput* da CF dita que o Poder Judiciário tem assegurada a sua autonomia administrativa e financeira.

¹¹ CROWE, Justin. Building the judiciary: laws, courts, and politics of institucional development, Princeton University Press, 2012.

Já os art. 95 da CF e a Lei Complementar 35/79 (Loman – arts. 25 a 32) estabelecem uma série de garantias e vedações para o exercício da função judicante.

A independência judicial, combinada à imparcialidade, é reconhecida internacionalmente como um princípio diretor do sistema de administração da justiça dos países democráticos.

A sua relevância para um Judiciário eficiente e aos direitos fundamentais eficazes, portanto, precisar ser assegurada por instrumentos que pretendem assegurar a sua aplicação nos Estados, com o escopo de minorar e/ou extirpar possíveis interferências indevidas perante o Poder Judiciário.

Quando se objetiva então a construção de um poder Judiciário eficiente, a independência judicial é ponto de partida, porque a universalidade desse princípio existe em defesa da sociedade.

Essa é uma questão sensível aos olhos da Organização das Nações Unidas (ONU), que atua no sentido de fortalecer o monitoramento internacional acerca da situação nos diferentes países, no que concerne aos direitos humanos.

Para a defesa dos Direitos humanos, a ONU defende a independência judicial como condição indispensável. Por outro sentido: para a ONU, a independência judicial também é pressuposto para consolidação da democracia, sem a qual haverá violação aos Direitos humanos.

Podem ser referidas, nesse particular, algumas normas internacionais de proteção à independência judicial, nos diversos instrumentos que consagram o princípio, por exemplo, Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹², que no texto de seu artigo. 10, dita:

Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

O Pacto internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966¹³, no artigo 14, prevê

Todas as pessoas são iguais perante os tribunais. Toda a pessoa terá direito a ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente,

¹² Disponível em https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm, acesso em 08.08.20017.

¹³ Disponível em <http://www.cjf.jus.br/caju/tratados.pdf>, acesso em 08.08.2017.

segundo a lei, independente e imparcial, na determinação dos fundamentos de qualquer acusação de carácter penal contra ela formulada ou para a determinação dos seus direitos ou obrigações de carácter civil.

A Declaração de Viena e Programa de Ação, também ressaltam a importância da independência do sistema judicial dos países, primeira parte parágrafo 27¹⁴:

Todos os Estados deverão oferecer um quadro efetivo de soluções para reparar injustiças ou violações dos Direitos Humanos. A administração da justiça, incluindo os departamentos policiais e de ação penal e, especialmente, um poder judicial independente e um estatuto das profissões forenses em total conformidade com as normas aplicáveis constantes de instrumentos internacionais em matéria de Direitos Humanos, são essenciais para a concretização plena e não discriminatória dos Direitos Humanos e indispensáveis aos processos da democracia e do desenvolvimento sustentável. Neste contexto, deverão ser devidamente financiadas instituições que se dediquem à administração da justiça, devendo a comunidade internacional providenciar pela prestação de um maior apoio técnico e financeiro. Compete às Nações Unidas utilizar, com carácter prioritário, programas especiais de serviços consultivos com vista à obtenção de uma administração da justiça forte e independente.

O art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais¹⁵, diz o seguinte:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.

E o “Pacto de San José da Costa Rica”¹⁶, de 1969, prevê o seguinte texto em seu artigo 8:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

¹⁴ Disponível em <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>, Acesso em 08.08.2017.

¹⁵ Disponível em <http://www.ccpj.pt/legisdata/LgConvencaoEuropeiadDireitosdoHomem.htm>, acesso em 08.08.2017.

¹⁶ Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm, acesso em 08.08.2017.

Podem ser mencionados ainda, os Princípios Básicos sobre Independência do Judiciário, documento que foi elaborado em 1985, no 7º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos delinquentes¹⁷, e também os Princípios de Bangalore sobre a Conduta Judicial¹⁸, que levou em consideração duas tradições jurídicas (*common law* e *civil law*), e que são considerados como fundamentais para se conseguir um padrão de tribunal tido como objetivo pelos instrumentos internacionais que regulamentam a questão.

Todo esse conjunto de normas internacionais apontam, de forma indubitosa, que o princípio da independência judicial é a garantia da não violação dos Direitos humanos e, assim, fundamental à concretude das democracias.

2.4 – Limites à independência judicial. *Accountability*.

A partir dessas reflexões, percebe-se a importância da independência judicial para a democracia, a necessidade de se analisar as formas de responsabilização dos magistrados, a tênue e frágil relação entre a *accountability* e a independência judicial.

Ao Poder Judiciário cabe a última palavra e o julgamento dos atos dos demais poderes, em obediência ao princípio da separação de poderes, típico dos freios e contrapesos.

Mas, esses princípios recomendam que, por prudência e ética, o Poder que julga também seja julgado, o poder que controla também seja controlado como meio de se evitar onipotência, ou prepotências, desvios ou abusos das finalidades Públicas do Poder.

As questões de desvios ou de abusos das finalidades da independência judicial consistem, sob uma perspectiva exógena do agente público e institucional, em outro elemento do processo de desconstrução desse princípio. O abuso do independência judicial pelo magistrado desconstrói o sentido ontológico ou nuclear desse princípio, cuja razão de ser é, como já enfatizado, a garantia do pleno exercício das liberdades democráticas, nestas incluídos os direitos humanos fundamentais.

¹⁷ O texto do documento trata especificamente das seguintes matérias: conceito de independência, pontos 1-7; liberdade de expressão e de associação dos juizes, pontos de 8 a 9; qualificações e treinamento, ponto 10; condições de serviço e duração do mandato, pontos 11 a 14; segredo e imunidade, pontos 15 e 16; e disciplina, suspensão e remoção, pontos 17 a 20.

¹⁸ Elenca seis princípios: independência, imparcialidade, integridade, probidade, igualdade (de tratamento) e competência/diligência.

Para esses casos, a *accountability* (ou prestação de contas), de que trata Cappelletti, em “Who watches the watchmen?”¹⁹, seria a forma adequada de controle, mas não de interferência na independência judicial, quando esta é exercida para fins quais fora colimada, visto que, como observa Barak²⁰, “os juízes são profissionais especializados e confiáveis, acostumados a solucionar conflitos de interesses.

Essas formas de “*accountability*” são adequadas e legítimas? Há abuso? De que forma podem ser punidos aqueles que abusam de tais medidas?

As questões são profundas e não existem uma resposta completa às mesmas. Isso porque problemas relacionados com a *accountability* e a responsabilidade dos juízes, como a *res judicata*²¹, a produção de normas, aplicação de textos legais²², teoria da única interpretação correta, e a defesa dos direitos sociais influenciam diretamente na entrega da prestação jurisdicional, na duração razoável do processo e consequentemente na eficácia dos direitos fundamentais sociais.

Mas, o *accountability judicial* em face dos juízes não afeta a independência judicial, visto que essa prestação de contas consistirá numa espécie princípio de transparência da atividade judicial.

É nessa perspectiva que o sistema de controle judiciário deve ser pensado na perspectiva do espírito informativo da eficiência judiciária, para a qual a incolumidade do princípio da independência judicial é indispensável.

2.5 – O Conselho Nacional de Justiça e os limites à independência judicial no Brasil.

A criação do Conselho Nacional de Justiça, por meio da Emenda Constitucional nº045/2004, que inseriu o art. 103-B ao texto da CF/88, tinha como um de seus objetivos precípuos a busca por uma melhor efetividade da Justiça brasileira.

Nesse contexto, surge um órgão de composição mista, integrado por juízes das mais diversas instâncias, advogados, membros do Ministério Público e cidadãos.

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Who watches the watchmen? A comparative study of judicial responsibility, The American Journal of Comparative Law, Vol. 31, No. 1 (Winter, 1983), pp. 1-62.

²⁰ BARAK, 2006, p.44

²¹ CAPPELLETTI, 1983.

²² ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, Malheiros Editores, 2ª edição, 4ª tiragem, 2015, São Paulo.

Como função, o CNJ pode receber e conhecer reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive, com a possibilidade de avocar processos disciplinares, e aplicar penalidades a magistrados das mais diversas esferas.

É o sistema de controle externo do Poder Judiciário brasileiro, não se confunde com o controle da independência judicial. O CNJ, por sua vez, faz a prestação de contas à sociedade brasileira, através de seus relatórios e portal da transparência, medindo a eficiência da prestação jurisdicional pelo relatório Justiça em Números.

Mas, os arts. 96, I e 99 da CF/88, preveem normas que podem ser considerada como um verdadeiro princípio constitucional, no que tange à autonomia dos Tribunais – princípio que, aparentemente, se chocaria o sistema de controle externo conferido ao CNJ.

Esse aparente conflito decorria do fato de que os magistrados brasileiros, em razão das prerrogativas jurisdicionais (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos) confeririam aos juizes a independência judicial. E, nesse sentido, os magistrados não podem se sujeitar a pressões das mais diversas ordens, internas e/ou externas²³.

No entanto, pela concepção institucional conferida ao CNJ, os magistrados brasileiros também podem sofrer reclamações, até mesmo em virtude de atuações legítimas.

Essa ampla possibilidade estimula representações intimidatórias, à medida que qualquer um pode formalizar o procedimento reclamatório por simples petição no portal do CNJ.

Do ponto de vista da simplificação e do acesso a todos quanto esse procedimento, pode ser considerado um notório sistema de controle por qualquer cidadão do povo contra os seus magistrados.

O problema repousa afetação ao princípio da independência judicial quanto as representações são generalizantes ou quando o magistrado (que invoca o princípio da independência judicial) profere decisão contrária à regulamentação do CNJ.

Nessa hipótese, não é difícil inferir que poderia haver alguma espécie de reprimenda ao magistrado que prolatou a referida decisão.

Por essas questões, para que o princípio da independência judicial seja mantido pelas

²³ CAPPELLETTI, 1983, pp. 1-62.

razões de sua existência, é necessário o aperfeiçoamento do sistema de controle externo do Poder Judiciário e, portanto, de seus magistrados.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI-4638, destacou que nos processos disciplinares contra magistrados, devem ser assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem que seja abalada a independência dos juízes..

Alexandre de Moraes²⁴ destaca “na ADI 4.638, que o STF analisou a competência disciplinar do CNJ e a necessidade de compatibilização entre o princípio da autonomia do Tribunais (CF, artigos 96, inciso I e 99) e as competências constitucionais originárias do Conselho Nacional de Justiça (CF, artigos 103-B, §4º, III e §5º, I, II e III), no âmbito disciplinar.

Parece-nos adequada a resposta apresentada pelo STF, no julgamento da ADI 4.638²⁵, quando compatibiliza os princípios e normas constitucionais relativos à independência judicial em face do sistema de controle do Poder Judiciário. Reconheceu ao CNJ a competência administrativa disciplinar originária e concorrente do CNJ, em duas hipóteses: (a) competência originária disciplinar inicial e terminativa; (b) competência originária disciplinar revisional e terminativa”.

E em em Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4.638, o Marco Aurélio Melo, citando voto do Ministro Celso de Mello, no Mandado de Segurança nº28.799/DF, destacou o postulado da subsidiariedade como vetor interpretativo, para afastar a possibilidade de interferência indevida na administração dos Tribunais.

Esses julgados representam que o sistema de controle externo exercido pelo CNJ não pode extrapolar a esfera disciplinar inicial, revisional e terminativa. O exaço implicará em afetação ao princípio da independência dos tribunais e ao princípio da independência judicial relativa ai exercício da jurisdição.

A exaço dos limites dos limites do controle disciplinar inicial, revisional e terminativa reduz, como efeito negativo, a independência judicial ao controle da atividade

²⁴ MORAES, Alexandre de. Amplitude e limitações da competência disciplinar do CNJ, <http://www.conjur.com.br/2014-fev-21/justica-comentada-amplitude-limitacoes-competencia-disciplinar-cnj>, acesso em 08.08.2017.

²⁵ o julgamento da referida ADI 4.638, ainda não foi finalizado, e que a decisão proferida na Medida Cautelar, citada acima, suspendeu a eficácia de diversos dispositivos da Resolução nº135/2011 do CNJ, todavia, ainda está pendente a decisão final.

estatal pelo magistrado.

Todos esses fatores interferem diretamente no trabalho das unidades judiciárias, na sua produtividade e conseqüentemente, na efetivação dos direitos fundamentais nas mais diversas unidades da Federação.

5 – CONCLUSÃO.

Podemos condensar as conclusões dessa pesquisa em dois eixos; a) o eixo da crise de eficiência do Estado como redutor do princípio da independência entre os poderes da República; b) o eixo do sistema de controle judicial *versus* independência judicial.

O implícito ou subjacente processo de desconstrução do princípio da independência judicial em curso na atualidade no Brasil decorre da crise do Judiciário, que é a crise inata do próprio Estado, considerando-se aquele como uma das expressões do Estado.

A crise do Estado é estrutural, relativa à violação dos direitos fundamentais à educação gratuita, ao pleno trabalho, à saúde como direito de todos, à previdência, por exemplo, o que revela a ineficiência da democracia.

As violações desses direitos geram demandas judiciais e o Judiciário – sem a estrutura adequada às respostas judiciais seguras, eficazes e imediatas - perde a eficácia como órgão controlador dos demais poderes da República. Sua legitimidade é reduzida.

Assim, a falta de investimentos estruturantes ao Poder Judiciário consiste em fator redutor da independência judicial. Afeta-se, aqui, o princípio da independência entre os poderes.

Para o problema da crise do Estado como redutor do princípio da separação entre os poderes, a resposta é a rigorosa observância à autoridade moral da Constituição pelo gestor público (governantes) com o efetivo controle social pela sociedade, através de suas organizações legítimas.

Isto é, observar e fazer cumprir a vontade declarada da Constituição é colocá-la em prática, no particular, estruturando adequadamente o poder Judiciário para garantir o princípio constitucional da razoável duração do processo e com os meios práticos à sua rápida solução, sempre de forma isenta e independente.

Ao governante que violar esse princípio, deve ser responsabilizados pelos danos que causar aos cidadãos e à sociedade, nos termos do previsto no § 6^o, Art. 37 da Constituição de 1988.

Ao problema do sistema de controle judicial *versus* independência judicial, a resposta adequada deve ser – conforme já vem sinalizando a Suprema Corte brasileira – a adequação da atuação do CNJ às funções de controle administrativo, revisional e terminativa (quanto às questões orçamentárias e transgressões de condutas dos juízes) para que não haja interferência na independência judicial.

O controle por meio de edições de instrumentos pelos órgãos administrativos da estrutura da Judiciária – controle que limita a independência do magistrado – retira, em última análise, o direito do magistrado proferir julgamentos livres, conforme suas convicções fundadas nas provas.

Formas de controle dessa natureza, que decorrem da ineficiência da democracia, são processos subliminares que vão desconstruindo o princípio da independência judicial no Brasil.

Diante disso e por isso, o fortalecimento e a intangibilidade do princípio da independência judicial são garantias fundamentais conferidas à magistratura, portanto, são garantias ao exercício real dos direitos inerentes à cidadania.

A independência judicial é direito inerente à democracia, que é próprio das sociedades bem organizadas e dignas. Por isso, esse princípio não deve ser desconstruído. Isso é substancial ainda porque:

I – Não existe Estado Democrático de Direito sem um Poder Judiciário independente, portanto, a independência judicial é condição *sine qua non* para a democracia;

II – A independência judicial é essencial para a efetivação dos direitos fundamentais da cidadania;

III - O sistema de controle do judiciário não pode macular a independência judicial, sob pena de infringir o princípio da democracia substancial.

²⁶ § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa

6 – BIBLIOGRAFIA.

ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade*. In Revista dos Tribunais: 100 Anos – Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, Malheiros Editores, 2ª edição, 4ª tiragem, 2015, São Paulo.

BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*, Princeton University Press, New Jersey, 2006.

BRASIL. Legislação. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em: 21 Ago 2017.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Nova Ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1999.

_____. Who watches the watchmen? A comparative study of judicial responsibility, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 31, No. 1 (Winter, 1983), pp. 1-62.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder judiciário no Brasil*, disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/553100-o-poder-judiciario-no-brasil-artigo-de-fabio-comparato>, acesso em 18.07.2017.

CROWE, Justin. *Building the judiciary: law, courts, and the politics of institutional development*, Princeton, 2012.

LINHARES, Emanuel Andrade; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Britto (Org.). *Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides*, São Paulo, Atlas, 2016.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo; Martins Fintes, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Amplitude e limitações da competência disciplinar do CNJ*, <http://www.conjur.com.br/2014-fev-21/justica-comentada-amplitude-limitacoes-competencia-disciplinar-cnj>, acesso em 30.04.2014.

