

Independência e *accountability* judiciárias¹

*José Duarte Neto*²

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário; 1. Introdução. 2. Independência judiciária: caracterização e classificações normativas. 3. *Accountability* judiciária: caracterização e classificações normativas. 4. Modelos teóricos e institucionais de independência e responsabilidade judicial. 5. A expansão do Poder Judiciário: ativismo e Cortes Constitucionais (embate entre a democracia e o Estado de Direito). 6. O advento do Estado Judicialista Brasileiro. 7. Aspectos críticos da independência e de *accountability* do Poder Judiciário brasileiro. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Conta a lenda – transmitida à posterioridade pelo poema “O Moleiro de Sans Souci” (*Le Meunier de Sans-Souci*) de François Andrieux (1759-1833) – que o rei prussiano Friedrich II construía seu palacete de verão em Potsdam. Nas proximidades, existia um moinho. Desejando ampliar sua construção, ou incomodado pelo barulho das pás ao vento, o monarca se propôs adquirir o terreno e a moenda. Deparou-se, contudo, com a resistência do moleiro, que lhe retrucou o valor sentimental de ter sido o mesmo solo onde morreu seu pai e onde nasceria seu filho. Contrariado, Friedrich II insistiu com a ameaça de que a oferta era vantajosa, pois, sendo monarca não havia empecilho para obtê-lo à força. À ameaça, o moleiro respondeu que isso seria verdadeiro, desde

¹ Este texto foi antes concedido, em caráter inédito, à *Universidad Externado de Colombia* para publicação em obra coletiva coordenada pela Professora Doutora Magdalena Ines Correa Henao (ainda no prelo e com título a ser definido).

² Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Assistente da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) – UNESP – Câmpus de Franca. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da UNESP – Câmpus de Franca. Chefe do Departamento de Direito Público da FCHS – UNESP – Câmpus de Franca (mandatos 2013/2014 e 2015/2016). Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da FCHS – UNESP – Câmpus de Franca.

que não existissem juízes em Berlim (*Oui, si nous n'avions pas des juges à Berlin*). Ainda hoje, e há pouco restaurado, pode ser visto um velho moinho nos jardins de Potsdam.

O lendário episódio sublinha um dos conceitos para o qual a Teoria Constitucional dispensa um respeito sagrado: a independência judicial. A importância não é só teórica, mas normativa e institucional. Não é por outro motivo que a Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe em seu artigo 10º que toda pessoa tem o direito igual de ver sua causa julgada de forma equitativa por um tribunal independente e imparcial, adjetivos que são ulteriormente retomados pelo Pacto Internacional referente aos Direitos Cívicos e Políticos (art. 14 - 1). Resoluções da Organização das Nações Unidas e outros documentos internacionais dedicam a mesma atenção à temática. O 7º Congresso das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, realizado em Milão, em 1985, estabeleceu uma série de diretrizes e recomendações para os Estados-membros e que foram confirmadas pelas Resoluções 40/32 e 40/146 da Assembleia Geral. Ambas editadas em 1985, estabelecem princípios básicos a serem adotados pela legislação e pela Constituição dos Estados soberanos como forma de garantir e estabelecer a independência judiciária.

A importância do conceito confere-lhe um papel central no Constitucionalismo ocidental. Remanesçam, contudo, em aberto as mais diferentes questões. Ainda que a Declaração Universal de Direitos Humanos se encarregue de atribuir-lhe a qualidade de um Direito Humano, não lhe precisa o significado. Várias pesquisas falham em explicitar-lhe um sentido ou o fundamento para ser um valor fundamental. Não são raras discussões fundirem indevidamente a independência judicial com outros temas importantes ou esquecerem as justas relações que mantêm com alguns.

Não há uma pacífica definição doutrinária de independência judiciária. O que não impede que, ao contrário, se recomenda, se empregue alguma como ponto de partida para a caracterização do debate. Daí ser possível defini-la como a liberdade ou a autonomia da organização judiciária (institucional) e do magistrado (pessoal), constitucional e legalmente protegidas por uma série de direitos, garantias e deveres, de exercício funcional imparcial e responsável e livre de pressões de outros poderes, das partes litigantes e da opinião pública (CROSS, 2008, p. 561).

A partir de um conceito prévio, abrem-se possibilidades para a investigação de aspectos relevantes à temática e que serão feitos em cinco tópicos a seguir. Primeiro, a descoberta das questões fundamen-

tais para sua elucidação. Independência judiciária de quem (do Poder Judiciário ou do magistrado)? Independência em face de quem? (de outros Poderes, das cúpulas judiciárias, da opinião pública ou das partes litigantes?) Independência para o quê e instrumentalizada por qual forma? (para criar o Direito de forma original, para aplicá-lo mecanicamente ou para nulificar a produção normativa de outros poderes?).

Segundo, a independência judiciária não se constrói sem a concepção de uma responsabilidade judiciária³. Conceito implicado e garantia da independência, é decorrência do Princípio do Estado de Direito. Quando se fala em responsabilidade judiciária se retomam as mesmas questões sublinhadas acima. Responsabilidade judiciária de quem (do Poder Judiciário ou do magistrado)? Responsabilidade em face de quem? (de outros poderes, das cúpulas judiciárias, da opinião pública ou das partes litigantes?) Responsabilidade para o quê e instrumentalizada por qual forma? (para criar o Direito de forma original, para aplicá-lo mecanicamente ou para nulificar a produção normativa de outros poderes?). A depender das respostas, quer pela legislação, quer pela produção teórica, são possíveis combinações e compreensões múltiplas.

Terceiro, os conceitos enredados foram firmados sobre um dado fundamento teórico e em compasso com o desenvolvimento histórico da separação de poderes. Hodiernamente, suscitam uma arquitetura diferente daquela originária a partir de uma concepção do Estado Liberal de Direito. É a razão de um quarto tópico.

Quinto, todas essas questões, respostas e abordagens tomam uma caracterização própria quando em face da organização política brasileira. Absorvem suas idiosincrasias e dão-lhes um sentido autóctone. Os problemas experimentados justificam por esses motivos uma resposta específica, que considere nossa tradição constitucional. Será o fecho do trabalho ora apresentado.

³ O título conferido a este trabalho contrapõe a independência à *accountability* judiciária. A expressão *accountability* provém da língua inglesa e nem todos os dicionários a reconhecem. Referem-se quase sempre a *accountable* que é a qualidade daquele que informa, justifica, responde e se responsabiliza. O termo tem largo emprego na Ciência Política no trato das relações entre aqueles que são vinculados pelo mandato político representativo (representante e representado). O representante deve responder, informar e prestar contas de seus atos para o representado. Não há uma palavra em língua portuguesa que corresponda ao sentido exato do vocábulo. A mais próxima é responsabilização ou responsabilidade. Para os fins deste, utilizar-se-á por vezes *accountability*, outras vezes responsabilidade ou responsabilização, na crença de que o leitor compreende que o sentido é o mesmo. O emprego de ora uma, ora outra, tem fins mais estilísticos do que semânticos. Busca-se tornar o texto fluído. Não desconsidera, também, que enquanto *accountability* tem uso habitual para os órgãos de representação política, responsabilidade tem emprego frequente junto aos órgãos do Poder Judiciário.

2. Independência judiciária: caracterização e classificações normativas

Os arranjos normativos e institucionais são diferentes na caracterização da independência judiciária. Existem graus de independência, o que impacta o exercício jurisdicional quanto a forma como os juízes e tribunais se apresentam no cenário constitucional, ou quanto a natureza da função exercida. O grau de autonomia será o diferenciador de uma atividade jurisdicional, que se limita a aplicar as normas produzidas por outros poderes, a de outra, que cumulativamente enfeixe a sindicância de constitucionalidade e a execução de políticas públicas. Em regra, as normas sobre a independência judiciária ajudam a explicar o desempenho administrativo e jurisdicional dos tribunais e juízes (TAYLOR, 2008, p. 17-18).

Essa tipologia pode ser categorizada de formas diferentes. Considerando as normas de natureza constitucional, legislativa ou costumeira, que permitem o autogoverno do Poder Judiciário, e as que conferem a autonomia de seus membros para o exercício da judicatura. A primeira tipologia, por seu lado, denomina-se independência externa. Fala-se em independência externa quando se reporta à instituição judiciária congregada por todos os Tribunais de diferentes instâncias, seus juízes e corpo burocrático. Dita externa porque explícita em um primeiro plano o autogoverno judiciário e só indiretamente a autonomia funcional de seus juízes, conformada pelo conjunto de normas que se encarrega da autonomia administrativa, orçamentária e financeira do aparelho administrativo. Normas estabelecidas em face dos outros poderes e enfeixadas pelas atribuições: a) de propor leis ou editar normas de auto-organização; b) de estabelecer ou de propor o estatuto jurídico de seus membros; c) de nomear os seus membros, dar-lhes posse, promovê-los, removê-los, dar-lhes afastamento ou licença e empreender sua fiscalização disciplinar; d) de determinar ou propor a sua política remuneratória e a dos seus cargos; e) de elaborar sua proposta orçamentária, dispor de receita própria e geri-la de forma a possibilitar a otimização de seus serviços. À independência externa conjuga-se a interna, composta do estatuto normativo, que garante e protege o exercício jurisdicional (garantias funcionais). É garantia conferida ao magistrado em face de seus pares, mesmo aqueles de hierarquia superior, de membros de outros poderes, das partes e da opinião pública. Condensam-se em uma série de prerrogativas que foram sendo reconhecidas no correr dos séculos, a saber: a) a vitaliciedade

ou o direito de não ser destituído da jurisdição, salvo na hipótese de má conduta no exercício do cargo; b) a inamovibilidade; c) a irredutibilidade de vencimentos (subsídios em nosso ordenamento) (SAMPAIO, 2007, p. 129-150).

Existem aqueles que a essas duas categorias acrescentam outra, dita também externa, que consiste na atribuição autônoma constitucional de syndicar a constitucionalidade dos atos dos outros poderes, empreendida por todos os magistrados ou por uma Corte Constitucional com competência exclusiva. É de grande importância porque com o alargamento do campo político de intervenção da jurisdição, uma maior independência é condição necessária para o uso desse espaço pela oposição às correntes políticas que ocupam os órgãos governamentais eletivos. Será de maior efetividade quando a ela estiver aliado um sistema ótimo de garantias. Outra variável que torna o arranjo mais complexo é o grau de independência interna dos juizes e tribunais inferiores. Em um sistema não centralizado, não vinculado a um regime de precedentes, os juizes e as cortes inferiores, dotados de ampla independência interna, são um campo fértil para que minorias tragam suas pretensões contra os outros poderes. Não há a mesma possibilidade quando a independência interna é menor ou nos sistemas que preveem uma sindicância de constitucionalidade concentrada (TAYLOR, 2008, p. 19).

3. *Accountability* judiciária: caracterização e classificações normativas

O exercício da jurisdição quase sempre vem atrelado à questão da independência judicial e que, ao menos em seu aspecto funcional, se refere à discricionariedade que os juizes dispõem para decidir. Mas compreendido o Poder Judiciário como instituição integrante e indispensável nas democracias constitucionais⁴, os juizes e a instituição como um todo passam a ser avaliados também pela qualidade das decisões tomadas (como o são todos os órgãos dos demais poderes). Nas democracias mais consolidadas, é cada vez mais difícil não

⁴ Em texto clássico, Robert Dahl expõe e faz um diagnóstico sobre o papel da Suprema Corte Americana na elaboração de políticas públicas na democracia americana. Trata-a não somente como uma instituição jurídica, mas política e indispensável ao sistema democrático como um todo. Cf. DAHL, Robert. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo* (on line), v 252, p 25-43, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/7954/6820>>. Acesso em: 15 jul. 2015, às 20:00.

compreender que os juízes devem responder pelos seus atos. Afinal não é descartado, ao contrário, a complexidade da sociedade e os arranjos políticos modernos facilitam a ocorrência não somente do erro, mas do abuso judiciário⁵. O problema surge quando se mostra necessário contrabalançar a responsabilidade com a independência judiciária. A sintonia deve ser cuidadosa, pois o aumento da independência implica diminuição da responsabilidade pelas decisões, enquanto o aumento da responsabilização, uma diminuição da independência. Sendo delicado o equilíbrio, uma conclusão acaba sendo certa: não há independência sem responsabilidade. São dois aspectos do mesmo fenômeno (CONTINI; MOHR, 2007).

O dilema da independência e responsabilidade não é exclusivo do Judiciário ou de juízes. É antiga e há muito debatido na relação firmada entre representantes e representados na democracia Representativa. Sendo o mandato político representativo geral, universal e livre, acaba o representante tendo uma autonomia (independência) manifesta em relação ao representado e durante o exercício do mandato. Permeia essa discussão a questão da *accountability* e que corresponde à capacidade dos mandatários de impor sanções aos governantes que não desempenham a contento a função que lhes fora conferida, ou que tenham um despenho insatisfatório, ou, por fim, que não prestem contas do seu exercício. Em sentido amplo compreenda-se por *accountability* a obrigação do agente ou da instituição de prestar informações, de justificar ações e resultados auferidos no exercício de parcela da soberania delegada e, sendo o caso, de se responsabilizar política, administrativa e juridicamente perante o delegante (povo) (MIGUEL, 2009, p. 27-28). A *accountability* acaba tomando três modalidades. A primeira, vertical (eleitoral), empreende-se por meio de eleições periódicas. A segunda, vertical (social), implementa-se por exigência da opinião pública, de grupos e organizações sociais e da imprensa. A terceira, horizontal, procede-se pela ação de instituições e agentes públicos.

⁵ Em idos de 1979, em obra na qual tratava sobre a reconstrução da Democracia no Brasil, Manoel Gonçalves Ferreira Filho acenava para essa possibilidade. Textualmente já dizia: “Deve-se reconhecer, todavia, que esse abuso é possível e contra ele o indivíduo não tem remédio a tempo e a hora. Aplicando-se também ao Judiciário, o princípio da legalidade deve excluir o arbítrio. E teoricamente o faz, visto que as decisões do Judiciário devem ser mero desdobramento da lei. Inexiste, contudo, qualquer controle estabelecido sobre as decisões judiciais, salvo o sistema intraorgânico do próprio Judiciário. O sistema de recursos de instância para instância, que, todavia, leva à palavra final e inapelável do mais alto Tribunal. Este, enfim, é que diz o direito. E, ao dizê-lo pode errar, ou abusar, lendo na lei o que nela não está, ou deixando de ler o que nela foi inscrito” (grifo nosso) (FERREIRA FILHO, 1979).

Um regime de independência judiciária, como já colocado, nunca esteve livre de mecanismos e modelos de responsabilização. Ao contrário, a emergência do Poder Judiciário enquanto poder, instituição autônoma e independente, foi um processo histórico demorado e custoso. Parte de um modelo de Estado (Absoluto) de ausência de independência e progride para outro (Liberal) em que independência e responsabilização são elementos indissociáveis. O que é atual, contudo, é a discussão sobre a *accountability* judiciária. Há de se concordar que a primeira novidade advém do emprego da expressão. Própria da Ciência Política, provinda do inglês, sempre se discutiu um regime de prestação de contas pelo o judiciário e por juízes. O vernáculo constitucional, contudo, falava em “obrigações”, “deveres” e “responsabilização”. Nunca em *accountability*. A segunda novidade é que o debate existia dentro do cenário democrático do mandato representativo. Sempre se colocou em questão a legitimidade das decisões tomadas por representantes escolhidos por eleição para deliberar em nome de representados. Nada obstante, em grande parte das democracias constitucionais, os juízes não são eleitos, mas investidos por procedimento de aferição de sua capacidade técnica. O que explica muito. Provinda a discussão das relações entre titulares de mandato político e mandante, própria da democracia representativa, assoma no contexto do Poder Judiciário quando este é percebido pela publicística como agente e lócus para efetivar políticas próprias de outros poderes do Estado. Quando o judiciário granjeia em atribuições de um sistema constitucional democrático.

O regime de responsabilidade judicial acaba guardando a peculiaridade do ordenamento no qual se apresenta. As classificações que recaem sobre esse sistema são ricas e múltiplas. A recomendação é de que a adoção de uma ou outra não conte com um fim em si. É, portanto, estéril toda discussão que em abstrato opte por uma ou outra. As classificações servem em concreto e em atenção ao objetivo da melhor forma possível, da maneira mais ampla, apresentar fatos e suas relações a uma determinada área do conhecimento (CARRIÓ, 1994, p. 99).

Em atenção à recomendação exposta, um regime adequado de *accountability* deve contemplar as espécies (Cf. CAPPELLETTI, 1989, p 35-78; TOMIO; ROBL FILHO, 2013, p 29-46): a) decisional, consiste na possibilidade de exigir justificativas, informações e mesmo responsabilizar o magistrado pelas decisões tomadas⁶; b) comportamental,

⁶ A *accountability* decisional é a mais difícil de ser implementada. Diante de uma decisão jurisdicional nunca se terá uma *accountability* forte. As causas da assertiva são óbvias. É da essência da função jurisdicional a independência e, por consequência, sendo o valor autonomia maior, menor serão os

constituída pela possibilidade de exigir justificativas, informações e responsabilizar o juiz pelo comportamento que comprometa a função que lhe foi confiada (parcialidade ou falta de integridade, urbanidade e eficiência); c) institucional, referida à possibilidade de exigir justificativas, informações e impor responsabilização jurídica e política da instituição judiciária pelos atos de natureza administrativa, financeira e orçamentária; d) jurídica, em relação ao Poder Judiciário, contida na possibilidade de responsabilizar juridicamente o Estado pelos danos de natureza patrimonial (erro judiciário), e, em relação ao juiz, responsabilizá-lo criminal e civilmente nas hipóteses de dolo ou culpa grave. A tipologia exposta tem por critério a natureza da responsabilização e o do dever de prestar contas, mas há a possibilidade de categorizar todas estas tendo por base o beneficiário da prestação de contas e o agente deflagrador da responsabilização. Por esse último critério de discrimen, a *accountability* pode ser por provocação de outros poderes, autoridades ou instituições (*horizontal*)⁷ ou por iniciativa do jurisdicionado, do povo, da opinião pública e de outras entidades da sociedade civil (*vertical social*)⁸.

4. Modelos teóricos e institucionais de independência e responsabilidade judicial

A independência ou autonomia do Judiciário é condição de seu exercício funcional adequado. A eficiência desse exercício judicial é ampla e efetivamente garantida quando separada dos demais poderes e institucionalizada como um subsistema autônomo. Autonomia de duas faces, uma que garante ao sistema judiciário proteção contra coações e intervenções indevidas externas, outra que o impede de suplantar

instrumentos de responsabilização. Diz-se uma *accountability* fraca, pois salvo a reforma por instância judiciária superior, ou a responsabilização do Magistrado nas hipóteses de dolo ou culpa grave, não há espaço para imposição de sanção. Resta, contudo, a possibilidade de se exigir a prestação de contas pelo decidido, o que se faz pela publicidade dos julgamentos, pela fundamentação do decidido e pela crítica empreendida pela doutrina, pela imprensa e até mesmo pela opinião pública. Em alguns ordenamentos e por meio algumas formas de investidura na Magistratura, há lugar para a fiscalização por ideologias políticas ou jurídicas. Refere-se às situações de magistratura eletiva ou nas hipóteses de nomeação política para investidura no cargo.

⁷ À guisa de exemplo o que acontece pelos Tribunais de Contas, Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil, Poder Legislativo (impeachment de Ministros do Supremo Tribunal Federal) ou pelo Poder Executivo (*accountability* decisional por meio da indicação de candidatos a Ministros que possuem determinada ideologia política ou jurídica).

⁸ As ouvidorias e a participação de cidadãos em Conselhos ou Comitês de gestão são uma dessas possibilidades.

o espaço de exercício dos outros poderes. É na harmonia dessas duas condições que se opera sua independência, de forma que o comprometimento da primeira coloca em risco as liberdades e acena para as tiranias, enquanto o risco para a segunda pode gerar o “Governo dos Juizes”. Nesse justo equilíbrio da separação e da colaboração entre os poderes, é que exsurge a independência de seu exercício funcional (MARRADI, 1992, p. 1156). Em três séculos de desenvolvimento, em fases sucessivas, a soberania foi funcionalmente especializada. É o que autoriza a identificação de seis blocos correspondentes – a depender da predominância de um poder estatal e de suas especializações funcionais – a confluir ao final do trajeto pela emergência dos Tribunais Constitucionais.⁹ A construção da separação de poderes, que possibilita a independência judiciária, é uma elaboração teórica e institucional moderna¹⁰. Enquanto recomendação política, tendente a garantir a liberdade, aparece somente com o Constitucionalismo moderno com as teorias que trataram da separação de poderes.

John Locke, contratualista, reconhece no Segundo Tratado do Governo Civil que no estado de natureza os homens gozam de suas liberdades e bens. Há o inconveniente, entretanto, que o seu gozo e exercício ofendam o direito de outrem. A salvaguarda do perigo exige a sociedade civil e que é instituída – segundo um Contrato Social – por utilidade (preservação do gozo e fruição dos bens). Ingressos na sociedade civil, três funções são concebidas a partir do Estado: a) a legislativa, pertencente a uma Assembleia que dirige a soberania estatal e se reúne de tempos em tempos; b) a executiva em sentido lato, pertencente ao Príncipe, consistente de um lado em acompanhar e aplicar as leis vigentes e de outro de decidir, com prudência, os negócios mais importantes da sociedade e firmar relações com outros Estados soberanos. Locke não se deteve em analisar uma função jurisdicional. Em primeiro lugar, quando de sua obra, o judiciário inglês não dispunha de independência funcional, o que só seria obtida a partir do *Act of Settlement* (1701). Em segundo lugar os juizes estavam integrados no Parlamento, recorde-se que Edward Coke, o mais lembrado dos magistrados, era

⁹ Com essas premissas, segundo a evolução da organização política desde o Estado Absoluto, é possível um sistema de bipartição, tripartição, tetrapartição, pentapartição e hexapartição de poderes e cujas contribuições podem ser encontradas em Souza Júnior (2002).

¹⁰ É bem verdade que Aristóteles diferenciou as funções políticas existentes na politeia. A sua contribuição foi no sentido de uma classificação das funções pertencente aos órgãos políticos de Atenas. Ele as dividia em deliberação, execução e judicial. Ocorre que a descrição não passou disso. Locke e Montesquieu, clássicos da separação de poder, não conferem a paternidade da ideia a Aristóteles, o que é feito por doutrinadores modernos por motivos que se desconhecem.

membro da Câmara dos Lordes (LOCKE, 1999, p. 160-172). Como se tem insistido, não se deve a Locke a paternidade da separação de poderes inaugurada pelo Constitucionalismo clássico. Ao menos aquela precognizada com a qualidade de pretensa lei científica a ser adotada por todas as organizações políticas. Mas, mesmo não diferenciando a função judiciária da legislativa – talvez pela compreensão de que nos moldes do *Common Law* os juízes têm uma função de criação do direito (não só de aplicação) – não lhe passou despercebida a necessidade de um terceiro, conhecido e imparcial, para resolver as controvérsias jurídicas. Esta é uma das razões invocadas para justificar a passagem do estado natureza para a sociedade civil, pois “[...] *falta no estado da natureza um juiz conhecido e imparcial, com autoridade para dirimir todas as diferenças segundo a lei estabelecida*” (grifo nosso) (FERREIRA FILHO, 2009, p. 250) ou, de forma mais explícita:

Seja quem for que detenha o poder legislativo, ou o poder supremo, de uma comunidade civil, deve governar através de leis estabelecidas e permanentes, promulgadas e conhecidas do povo, e não por decretos improvisados; por juízes imparciais e íntegros, que irão decidir as controvérsias conforme estas leis; e só deve empregar a força da comunidade, em seu interior, para assegurar a aplicação destas leis, e, no exterior, para prevenir ou reparar as agressões do estrangeiro, pondo a comunidade ao abrigo das usurpações e da invasão. E tudo isso não deve visar outro objetivo senão a paz, a segurança e o bem público do povo. (FERREIRA FILHO, 2009, p. 159).

O que justifica uma só conclusão: mesmo que ainda não institucionalizado, a passagem é clara quanto à necessidade de um judiciário imparcial e independente para nos termos da lei dirimir todas as diferenças. Isso se processaria logo a seguir. Na Inglaterra, até meados do século XVIII, a função jurisdicional pertencia ao Rei. A questão foi tratada pelo Parlamento no Ato de Estabelecimento, *Act of Settlement* (1701), legislação promulgada pelo Parlamento para resolver a sucessão dinástica. No ensejo, conferiram aos magistrados a prerrogativa de manterem seus cargos enquanto demonstrassem bom zelo profissional (não mais confiança monárquica), de perceberem vencimentos de acordo com os ditames legais e não perderem

ou serem afastados de seu cargo salvo por decisão do Parlamento. O Ato do Estabelecimento institucionalizou a tripartição de poderes e a independência do judiciário.

Foi com Montesquieu que essa a ideia tomou uma forma mais completa e se tornou verdadeiro dogma.

A doutrina foi construída na obra “O Espírito das Leis” e que deitou raízes no Direito Constitucional. Ao analisar a questão da liberdade política, no livro XI, expõe que “Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder” (MONTESQUIEU, 2000, p. 166). O que buscava era a sua limitação (do poder) e, para isso, desenvolveu uma série de técnicas, entre elas a outorga de funções estatais distintas a órgãos diferentes. Prossegue: “Uma Constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite”. Logo, a preservação da liberdade (MONTESQUIEU, 2000, p. 167) exige uma racionalização e o refreio de uma função por outra. Em todo Estado ocorre obrigatoriamente três espécies de poder: o *legislativo*, o *executivo* das coisas que dependem do direito das gentes e o executivo das que dependem do direito civil (MONTESQUIEU, 2000, p. 167) (isto é, o atual judiciário) e que em um governo moderado devem estar separados. Leia-se, independentes. É que se o poder de julgar estiver ligado ao poder legislativo, será ele arbitrário, pois judicante e legislador; se estiver ligado ao poder executivo, o judiciário será opressor e se o poder legislativo estiver reunido ao poder executivo, poder-se-ia temer que o governante estabeleça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. O objetivo do autor era evitar o governo tirânico.

É nesse quadro teórico que o judiciário já se apresenta enquanto um subsistema autônomo. Autônomo no sentido de dispor de funções próprias e diferentes das do executivo e do legislativo. Uma magistratura apartada dos interesses em disputa, e, portanto, imparcial. Os julgamentos equidistantes nunca devem ser mais do que a explicitação da lei, forma dessa feita de se respeitar o exercício dos outros poderes que “[...] não são exercidos sobre nenhum particular, sendo um apenas a vontade geral do Estado, e o outro a execução dessa vontade geral” (MONTESQUIEU, 2000, p. 169). Autônomo e independente de outros poderes, mas também uma magistratura altaneira e acima das visões contrapostas em litígio. Imparcial, logo, liberto da divergência a comportar solução. Daí que se fossem os julgamentos “[...] uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos” (MONTESQUIEU, 2000, p. 170), o

que obriga a magistratura a não ter a ambição de ser algo mais do que a explicitação de “um texto preciso da lei”.

Como formulado por Montesquieu, o princípio da Separação de Poderes agregou-se à doutrina do constitucionalismo. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, em seu artigo 16 já enunciava que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não for assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem Constituição”.

O modelo do Estado Liberal estava lançado. Ele seria construído dos dois lados do Atlântico com valores e objetivos diferentes, ainda que com o mesmo substrato teórico a que Montesquieu e Locke são somente alguns dos patronos. As transformações empreendidas pelo Estado seriam também amalgamadas por mudanças acontecidas no judiciário. O judiciário atestaria a opção de Estado, enfeixada em uma dada tessitura do princípio da separação de poderes e de independência judiciária.

Logo após a independência das trezes colônias na América, os cidadãos americanos depararam-se com o problema da melhor maneira de organizar uma República. A preocupação primeira dos pais fundadores não era limitar o poder de um monarca, pois esta questão já estava resolvida com a independência. Mesmo antes, quando ainda súditos da coroa inglesa, sabiam que não se submetiam a um príncipe absoluto, mas, sim, a uma monarquia limitada. Nesse trabalho de engenharia constitucional, duas posições se confrontaram: uma republicana e outra democrática. Os que receberam o poder de inaugurar, de estabelecer uma Constituição, receberam-no de baixo (dos legislativos estaduais). Professavam a crença, difundida à época, que agiam segundo o princípio romano de que a base do poder reside no povo da lei, por óbvio não na ideia abstrata do povo liberto da lei, mas no da multidão organizada cujo poder era exercido com o Direito e limitado por ele. Os *framers* oscilavam, logo, entre uma república e uma democracia, entre o domínio da maioria ou a limites à sua ação, entre o direito e o poder (ARENDDT, 2001, p. 204).

Naquele momento de criação constitucional, o maior problema em solucionar não era a tirania de um Executivo, de um monarca, era a independência dos legislativos dos Estados da Confederação e que, insuflados com arroubos democráticos, geravam instabilidades frequentes. Foi contra esses arroubos democráticos – lembrados nos excessos que conduziram ao fim da democracia grega – que Madison, em seu conhecido artigo X, denuncia os perigos da facção. Segundo Madison, as razões da facção se ligam à natureza humana: diferenças de aptidões que se refletem na aquisição e no usufruto da propriedade. E

nessa multiplicidade, aparecem os partidarismos, as particularidades, os interesses em disputa e as animosidades. A solução acaba sendo de duas ordens, ou se suprimem as causas, ou se combatem os efeitos. As causas estão na liberdade humana e excluí-la seria o mesmo que tornar impossível a sociedade política. Combatem-se, por isso, os efeitos e isso acaba sendo feito pela limitação empreendida por instituições (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 133-138).

E, a constatação de que “[...] em toda parte, o legislativo estende a esfera de sua atividade e suga todo o poder para o seu vórtice impetuoso” (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 338), fez com que os pais fundadores se perguntassem se os limites para os arroubos se resolvem com a exposição das atribuições de cada “ramo do governo”. A resposta acabou sendo negativa. “A experiência nos afirma, porém, que a eficácia dessa medida foi enormemente superestimada, e que os braços mais fracos do governo têm necessidade imprescindível de alguma defesa mais adequada contra os mais fortes”. Por motivos tais, o tratamento dado ao Legislativo foi especial. Criaram forma de limitá-lo e o Judiciário foi a instituição encarregada de se postar entre os arroubos do governo e do cidadão. Ocorre que “[...] limitações desse tipo não podem ser preservadas senão por meio dos tribunais de justiça, cuja missão deverá ser declarar nulos todos os atos contrários no sentido manifesto da Constituição” (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 480). A atribuição conferida ao Judiciário de controlar a constitucionalidade das leis o faz poder, não somente função. A qualidade de poder concede-lhe uma independência toda peculiar e que se externa na capacidade de controlar os atos normativos dos demais poderes e, em especial, as leis (ARANTES, 2015, p. 31-32). São razões que fazem Hamilton no artigo de nº LXXVIII se preocupar com as questões fundamentais para erigir a independência e que ainda hoje estão vinculadas a uma maior ou menor independência judiciária, ou seja, o modo de designar os juízes, as condições em que deterão seus postos, o tempo de permanência no cargo, os dispositivos para sua remuneração, “as precauções quanto à sua responsabilidade”, as relações entre os distintos tribunais e entre estes e outros órgãos governamentais. Afinal, “[...] os juízes precisariam ter uma parcela incomum de força para cumprir seu dever como fiéis guardiães da Constituição quando violações dela pelo legislativo fossem instigadas pela voz da maioria da comunidade” (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 483). Com essas preocupações, o judiciário americano nasce enquanto poder, com atribuições constitucionais de controlar a constitucionalidade e, também, guarnecido de uma série de garantias e deveres para o exercício destas prerrogativas.

O mesmo não aconteceu com o judiciário europeu, que tem o seu modelo no arquétipo francês. A doutrina francesa é a primeira a se perguntar se o judiciário goza ou não do status de um terceiro poder, para tentar, dessa feita, “[...] deduzir da resposta a esta questão as consequências para a independência dos juízes ou da autoridade da jurisprudência” (BURDEAU; HAMMON; TROPER, 1999). Resposta que, por seu lado, não se extrai imediatamente da própria essência da função judiciária. É uma opção prática e política sobre o tipo de justiça que se deseja. Burdeau, a partir dessa afirmação, enuncia dois tipos de judiciário, firmados no tipo de julgamento empreendido: o “juiz silogismo” e o “juiz criador do direito”. O primeiro modelo de judiciário fora o adotado pela França revolucionária e, posteriormente, exportado para os demais Estados europeus. Firma-se na concepção da “supremacia da lei” enquanto expressão da vontade geral e do princípio democrático. Em um sistema desses moldes, por óbvio que se tem o cuidado de cercar a atribuição judiciária de uma série de garantias que preservam sua independência, mas o que sobressai em verdade são as disposições que procuram estabelecer uma disciplina férrea aos juízes. O que sobreleva não é a autonomia, mas o regime de responsabilização e freios à magistratura. Basta lembrar que, enquanto a Constituição americana de 1791 dedica ao Poder Judiciário um artigo, dividido em duas seções e ao todo seis enunciados, a Constituição francesa de 1791 dedica ao judiciário vinte e sete artigos, a de 1793, quinze e a de 1795, setenta e um artigos. As disposições descem a minúcias dos deveres jurisdicionais e à guisa de exemplo, entre outras, é digna de lembrança a proibição de parentes, ascendentes e descendentes comporem o mesmo colegiado, a gratuidade da atividade jurisdicional, a forma pública do julgamento, a necessidade das decisões serem motivadas e proferidas oralmente e em voz alta, a eleição dos Magistrados como forma de investidura, a previsão de uma Corte de Cassação. Em atenção à lembrança da sacralidade da lei, aos juízes é vedado se intrometer no exercício do Poder Legislativo, impedir ou suspender a execução de leis, editar provimentos genéricos ou chamar agentes administrativos a juízo a fim de justificar suas funções (art. 202 da Constituição de 1795 e art. 3º do Capítulo V da Constituição de 1791). Apesar das três primeiras Constituições francesas empregarem a expressão “poder”, o judiciário francês é organizado enquanto função independente, pois se apresenta em claríssima situação de inferioridade em relação aos dois poderes do Estado¹².

¹² A causa da desconfiança antecede a Revolução Francesa. No Ancien Régime, os juízes eram a longa manus do poder monárquico. Eram nomeados entre a nobreza, investidos pelo rei nos parlamentos judiciários e dispunham de uma índole conservadora. Mesmo no ocaso do regime, se coloca-

Em resumo, as tradições americana e francesa relegaram ao mundo dois modelos de judiciário, no que se refere à sua relação com os demais poderes do Estado, o que, certamente, tem um impacto na própria concepção da democracia. O primeiro modelo, americano, com ampla independência e autonomia para conter decisões majoritárias. O segundo, ao contrário, cingido e limitado em suas funções por um regime de restrições impostas pela Constituição e pelos outros poderes de representação democrática. Àquele com uma preferência pela independência judiciária, este por uma disciplina de *accountability*.

5. A expansão do Poder Judiciário: ativismo e Cortes Constitucionais (embate entre a democracia e o Estado de Direito)

Os modelos de judiciário que emergem a partir do nascente Estado americano e do Estado francês sofrem profundas mudanças nos séculos seguintes. As mudanças acabam por oferecer novas respostas às perguntas iniciais que estavam na origem daquela arquitetura de poderes, a saber, quais são os limites da tensão entre a política democrática e o Direito? Os problemas de política democrática são passíveis de serem judicializados e solucionados segundo método de aplicação do Direito perante os Tribunais? O Estado americano e os Estados europeus do continente responderam afirmativamente à segunda questão, mas os modelos são diferentes quer no que se refere à investidura quer quanto ao órgão responsável pela judicialização do espaço democrático, o que, fatalmente, impactará o regime da independência e da responsabilização dos juízes pelas decisões tomadas.

Em uma tradição ou em outra, o Estado assumiu novos objetivos e para sua realização as funções clássicas foram rearranjadas. Essa travessia contou com três momentos de destaque. Um primeiro que, com a extensão do sufrágio, possibilitou à sociedade civil exigir novos direitos a serem outorgados pelo Estado-legislativo: prestações normativas de saúde, trabalho e segurança social. Um segundo que foi assumido pelo Estado-executivo, mais aparelhado e, por isso, mais eficiente em intervenções e na assunção direta e indireta das mais amplas atividades econômicas. Por fim, paulatinamente e de forma difusa, todos esses direitos e atividades estatais passaram a ser concretizados por

ram refratários às reformas necessárias para salvação do sistema político. Por tudo isso, foram percebidos como expressão do Estado absoluto, a que o Estado liberal nascente precisava colocar travas e submeter à vontade da nação veiculada pelo Parlamento. (Cf. CASTRO, 1989, p. 15-16).

intervenção judiciária e por provocação da sociedade civil mobilizada (CAPELLETTI, 1999, p. 34-69).

Essa experiência nunca foi nova no Constitucionalismo americano. Sua tradição constitucional sempre dispôs de um judiciário com papel de proeminência. Em alguns momentos de sua história com certa autocontenção em face dos outros poderes e com o emprego de uma interpretação restrita; em outros, com uma modulação judicial proativa e uma interpretação larga. Sempre houve um exercício jurisdicional qualificado, quer com um sentido progressista, quer com um reacionário, mas nunca que tenha desconsiderado o papel do judiciário na concretização da força normativa dos preceitos constitucionais junto à ordem política, social e econômica.

Nos Estados europeus do Civil Law, enfrentou-se a mesma mudança. Ainda que inicialmente tenha relutado em assumir novas responsabilidades, mudança gradual, a princípio incipiente, ganhou importância a partir da segunda metade do século XX. Acontece que o judiciário europeu continental tem uma estrutura diferente do americano¹³. Como o tem o próprio procedimento de criação do Direito. O caminho para impactar a ordem econômica e social, por meio de intervenções judiciais amplas e não somente privatistas, exigiu a submissão da ordem política por meio da judicialização de constitucionalidade. Sendo ainda forte a resistência a uma judicialização da política, contando o judiciário ordinário com uma estrutura que atomizaria decisões sobre a inconstitucionalidade em prejuízo da segurança jurídica, preferiu-se o modelo dos Tribunais Constitucionais. Positivado na primeira quarta parte do século XX, por

¹³ As diferenças são amplas. Envolve estrutura, investidura e forma de prestação jurisdicional. Faltamente, a qualidade das atividades judiciárias acaba sendo diferente. Enquanto os colegiados europeus são amplos, compostos por vários integrantes, os americanos são pequenos, geralmente formados por nove ou onze membros. A consequência é que as decisões destes primam pela força e importância e as daqueles se perdem na emergência plural e atomizada de decisões tomadas por múltiplos integrantes distribuídos por seções ou câmaras. Os juizes e tribunais europeus não podem se negar a conhecer recurso ou demanda, enquanto os americanos contam com a discricionariedade judicial no conhecimento do *writ of certiorari*. O resultado é que, não podendo limitar a procura, o número de decisões do modelo europeu continental é bem superior ao americano, o que faz com que a qualidade, o esmero e a coerência das decisões sejam superiores no último, haja vista sua inferior carga de trabalho. Os juizes do *Civil Law* são cooptados por concurso público e inseridos em uma carreira, enquanto os americanos, em grande parte, contam com investidura política (nomeação). A profissionalização daqueles na carreira confere-lhes tecnicidade, mas retira-lhes sensibilidade política para conhecer questões que contam com forte teor axiológico. Os juizes e tribunais americanos contam com o instrumento do *stare decisis*, que insere estabilidade e segurança ao que se decide, o mesmo não acontecendo na jurisdição europeia, que convive com a diversidade de entendimento. É a mesma razão que faz com que a jurisdição americana ocupe posição privilegiada na hierarquia de fontes do Direito, diferentemente daquela que estará sempre em segundo lugar em face do direito escrito produzido pelos órgãos de legiferação. (Cf. CAPELLETTI, 1999, p. 111-128).

obra do gênio de Kelsen, os Tribunais Constitucionais concentram a fiscalização de constitucionalidade, estando os demais juízes e tribunais proibidos de conhecer da questão. A inconstitucionalidade é conhecida por decisão tomada dentro de um procedimento judicialiforme, no qual não existe um interesse concreto a ser conhecido, mas tão somente o confronto em abstrato de normas de diferentes hierarquias.

Os Tribunais Constitucionais consistem em uma jurisdição fora do aparelho jurisdicional. É uma das diferenças da Suprema Corte americana. Enquanto a última está inserida dentro do sistema jurisdicional, aqueles organicamente consistem em outro e independente órgão político. Não há, todavia, como negar-lhes a qualidade de jurisdição, no caso, constitucional. Definitivamente, afirmam o Direito com a qualidade de coisa julgada, dispõe de um procedimento judicialiforme e invalidam as leis e normas que conhecem, como o faz a Suprema Corte americana (FAVOREAU, 2004, p. 32). Incluem-se, dessa feita, como expressão do fenômeno da expansão da jurisdição por espaço antes próprio dos órgãos de representação.

Mas a previsão de um Tribunal Constitucional, ao lado dos Tribunais ordinários, coloca a questão do regime de garantias de independência e de responsabilidade de seus membros. Sendo estabelecido como outro órgão com a função precípua de guarda da Constituição, diferente da jurisdição ordinária, mostrou-se indispensável um regime também próprio. O regime da magistratura ordinária não se acomoda perfeitamente ao dos membros de Tribunais Constitucionais. A vitaliciedade, à guisa de exemplo, não se adapta a uma investidura por mandato certo.

Os Tribunais Constitucionais, destacados do aparato judicial, dispõem de um regime próprio para salvaguarda de sua independência e responsabilização de seus integrantes. Existem variáveis importantes inseridas nesse quadro. São elas a duração e renovação dos mandatos, a designação de sua Presidência, o regime de dedicação à função, a incompatibilidade dos juízes para o exercício de outras atividades estatais e o regime disciplinar. O tempo de duração dos mandatos tem impacto direto na independência de seus membros. Mandatos mais curtos comprometem a independência dos juízes. O tempo diminuto de permanência acaba por coincidi-los com os dos demais órgãos políticos de representação que os nomeia. Fatalmente, haverá um alinhamento de correntes políticas. Mandatos longos, ao contrário, dão-lhes independência, mas não se descarta o perigo de a jurisprudência se divorciar da evolução social, o que não acontece com os mandatos menores, nos quais o perigo está na dificuldade de se estabilizar e criar uma jurisprudência em tem-

po exíguo. Variável de consideração é a possibilidade ou a proibição de renovação de mandatos. A vedação das renovações é uma garantia de independência, ao conferir a certeza de que o mandato terá tempo certo, estando vedada a destituição no período. A possibilidade de renovação coloca o membro de Tribunal Constitucional na dependência dos órgãos de representação que o nomearam. A designação do Presidente da Corte é outro fator de relevo. A independência resta comprometida quando a nomeação acontece por obra dos órgãos de representação e ganha em autonomia quando a escolha é interna. O regime de dedicação funcional é causa de independência e também eficiência da função. A função é exercida ora em regime integral, ora em parcial. A forma constitucional escolhida, por certo, gera um regramento de incompatibilidades de forma que os seus membros não poderão se dedicar a outras atividades. Em ainda, são estatuídos deveres e um regime disciplinar próprio. Regra geral, o julgamento disciplinar de seus membros é exercido pelas próprias Cortes, que estão adstritos a um quórum qualificado para a imposição de sanções. Em alguns ordenamentos constitucionais a persecução penal de membro de Tribunal Constitucional está condicionada à autorização do respectivo colegiado (ROUSSEAU, 2002, p. 39-42).

Todas essas mudanças, acontecidas dos dois lados do Atlântico, colocam em xeque o equilíbrio originário representado pela existência ou não de limites ao exercício democrático e pelo protagonismo do judiciário (ou de uma função judicialiforme) na concretização de políticas que antes eram confiadas a outros poderes. Insiste-se, a afirmação ora feita não tem um caráter normativo, no sentido de sugerir ou prescrever um arranjo institucional jurisdicional ativista. É bem mais descritiva e diagnóstica uma situação de disfuncionalidade cujas consequências não se limitam à questão da legitimidade do exercício funcional, mas se estendem sobre um sistema jurídico de garantias de independência e de *accountability* judiciárias. As disfuncionalidades ganham em dimensão quando os dois espaços ora retratados se aproximam ou se confundem.

6. O advento do Estado Judicialista Brasileiro¹⁴

O conhecimento da independência judiciária brasileira e do regime de responsabilidade dos juízes não se faz tão somente pelo cotejo

¹⁴ A expressão Estado Judicialista vem como provocação ao momento vivenciado e emprestada de Carl Schmitt. No prólogo de sua obra *Legalidade e Legitimidade*, Carl Schmitt elenca quatro tipos de Estado segundo a predominância do órgão encarregado da vontade decisória: o Estado legislativo,

da experiência do Direito Comparado. Não se faz também exclusivamente com o transplante acrítico da produção teórica estrangeira ou com a investigação acabada do atual direito positivado. Fazê-lo envieria a percepção das instituições jurídicas. A sua compreensão exige a arqueologia das instituições judiciárias brasileiras, pois, somente assim será possível descortinar o impacto que as tradições tiveram na independência judiciária.

O judiciário brasileiro, enquanto instituição independente, é construído em concomitância com o Estado nacional, mas retira suas raízes do Estado português. Vantajoso, logo, avaliar esse florescer em fases. Uma primeira, na qual a função judiciária estava na dependência da corte portuguesa. Outra, a partir de nossa organização constitucional imperial, quando se estrutura em burocracia dependente. Uma terceira, por ocasião de nossa organização constitucional republicana, na qual com idas e vindas, progressos e retrocessos, deságua no atual regime estabelecido na Constituição de 1988.

A organização política portuguesa gravitava em torno do rei. A coroa está na origem do Estado patrimonial e na estruturação de poderes para manutenção de seus domínios. A prestação de justiça, por seu turno, era uma das principais funções reais, exercitada diretamente pelo monarca, assistido por juízes, ouvidores cíveis e criminais que o auxiliavam no conhecimento e no julgamento dos casos. Posteriormente, a evolução os integraria no que se chamou Casa da Justiça da Corte. Por ocasião do descobrimento do Brasil, o organismo judiciário português era formado por: a) juízes da terra (ou ordinários), leigos, investidos por eleição da comunidade com competência para aplicar o direito local; b) juízes de fora, nomeados pelo rei, encarregados de aplicar as Ordenações Gerais do Reino; c) juízes de órfãos com competência para o conhecimento de bens de órfãos e de heranças. Existiam ainda Provedores, encarregados de funções correccionais em face dos juízes de órfãos e os Corregedores com competência correccional e recursal em lides de interesse dos juízes de fora e da terra. Como segunda instância recursal, existiam os Tribunais de Relação. A instância máxima

o Estado jurisdicional, o Estado governativo e o Estado administrativo. Em suas palavras, o Estado jurisdicional ou judicialista (como se prefere nessa), a última palavra cabe ao poder judiciário e não ao legislador. O judiciário, por ser fonte primeira do Direito, expressa-se em primeiro lugar e a despeito da mediação de normas gerais elaboradas previamente. “El ethos del Estado jurisdicional radica en que el juez juzga inmediatamente, en nombre del derecho y de la justicia, sin que las normas de esta justicia le sean mediatizadas ni impuestas por otros poderes políticos no judiciales” (SCHMITT, 2001, p. 263).

da jurisdição portuguesa era a Casa da Suplicação, evolução da antiga Casa da Justiça da Corte, e, que por seu lado, estava dividida em duas Mesas, uma de natureza cível e outra de competência criminal, denominada Desembargo do Paço. Foi criada ainda uma Mesa da Consciência e da Ordem para conhecer as questões jurídicas e administrativas das ordens militares e religiosas. O acesso aos órgãos recursais estava adstrito ao valor das causas (alçada). A estrutura burocrática era construída sob a inteira dependência do rei (MARTINS FILHO, 1999) e, como se sabe, o rei era irresponsável por seus atos.

Quando da descoberta do Brasil, antes das Governadorias-Gerais, as questões da Justiça foram delegadas aos donatários. O primeiro Governador-Geral trouxe consigo um Ouvidor-Geral para rever as decisões dos ouvidores da Comarca. Junto à estas, as autoridades cumulavam a solução de litígios e de questões administrativas. Sobrepuñham-se em competência juizes ordinários, juizes de fora, provedores, corregedores e chanceleres, contadores e vereadores, os últimos investidos nos Conselhos e Câmaras Municipais. Pouco antes da independência do Brasil, foram criados os juizes de Vintena, eleitos pelas Câmaras em localidades com mais de vinte famílias, com competência para decidir pequenas causas sem direito a recurso. A estrutura da metrópole foi transferida para a colônia, com a existência de corregedores, provedores e duas Relações (da Bahia e do Rio de Janeiro). A Casa da Suplicação, o Desembargo do Paço e a Mesa da Consciência e Ordem tinham sede em Portugal. A vinda da família real ao Brasil encarregou-se de transplantar para estas terras os órgãos superiores da administração da Justiça. Os desembargadores das Relações da Bahia e do Rio de Janeiro eram investidos e promovidos diretamente pelo monarca, o que, conseqüentemente, lhes dava pouca liberdade para decidir contra seus interesses (da Coroa). De um lado totalmente dependentes da metrópole, de outro com autonomia frente aos poderes locais (senhores de engenho e governadores). A independência da colônia conferiu novos matizes nessa composição.

O Estado nascente precisava desvincular-se de Portugal. Buscava um judiciário mais independente das questões políticas e com maior sofisticação técnica. O insulamento das questões políticas dava-se por influência da vaga liberal que varrera principalmente a França revolucionária. Procurava-se blindar o judiciário contra a direção política que devia ser tomada pelos órgãos de representação. A sofisticação técnica procurava dar-lhe “neutralidade” e “imparcialidade”, logo, independência da justiça em relação aos poderes. Diferente da herança

portuguesa, que era acusada de parcialidade de juízes, lentidão por um formalismo exacerbado e uma ritualística estéril. Inicialmente isso aconteceu pela criação de tribunais do júri e pelo aumento de competência dos juízes de paz, eleitos localmente, diversamente da jurisdição ordinária, que estava sob o comando do cetro. A eletividade e o aumento do número de tribunais do júri buscavam minorar a presença dos juízes letrados, sempre vinculados à coroa e, ao mesmo tempo, dar preferência ao poder local. O projeto inicial, entretanto, sofreu reformulação, sobretudo, após a regência de Diogo Feijó, que apontava uma administração “frouxa” e submetida ao judiciário. Insistia na necessidade de cobrar-lhe responsabilidade, em especial do Supremo Tribunal de Justiça, que a seu ver se recusava a prestar as contas exigidas pelo poder político. Esse projeto de centralização extinguiu cargos de ouvidores e chanceleres. Na primeira instância passou a coexistir um juiz municipal, escolhido pelo Presidente da Província entre os indicados em um lista tríplex elaborada pela Câmara Municipal, um juiz de paz, eleito pela população para um mandato de quatro anos, e um juiz de Direito nomeado pelo Imperador em substituição à figura do juiz de fora. As décadas seguintes conheceram diversas mudanças e institucionalmente foram estabelecidas normas que sedimentaram juridicamente certa burocracia relativamente neutra, independente e senhora de sua expertise (o manejo da jurisprudência). Em um segundo esforço, o Ministro da Justiça, Nabuco de Araújo, aposentou juízes que resistiam e transferiu competências de juízes leigos para togados. Instituíram-se, por lei, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, criaram-se novos Tribunais de Relação, aumentaram-se o número de juízes togados em prejuízo dos juízes municipais e dos locais (Lei 2.033/1871). Ao final do Império, coexistiam em primeira instância juízes de paz, juízes de Direito, juízes municipais e Tribunais do júri. Existiam onze Relações enquanto instâncias recursais.

A Constituição Imperial enunciava como preceito a independência do judiciário (art. 151), qualificava-o como poder de Estado (Título 6º), estabelecia a vitaliciedade como garantia dos juízes (art. 153), hipótese que só perderia o cargo por sentença (art. 155). Coexistia na mesma Constituição um regime de responsabilidades por abuso de poder ou prevaricações (art. 156) e a previsão de uma ação popular para as hipóteses de suborno, peita e peculato (art. 157). O Imperador, no exercício do Poder Moderador, poderia suspendê-los na hipótese de queixas, após a oitiva do juiz acusado e ouvido o Conselho de Estado (art. 154 e 101, inciso VII)

Havia um descompasso, contudo, entre o enunciado normativo e a realidade vivenciada. A independência do Judiciário e dos juízes existia tão somente na letra das disposições normativas. A proposta original de desvincular a justiça da política, em regra, não surtiu o efeito almejado. Não é desarrazoado falar em atritos ou mesmos conflitos com os outros poderes do Estado. A começar pelo ingresso na carreira. Não havia, no império, uma profissionalização do judiciário como pretendido pelos seus artífices fundadores. Quando a carreira política não começava com a investidura na função de magistrado e, posteriormente, se desdobrava para outros cargos políticos (deputado, senador ou Conselheiro), a ocupação de outra função pública podia consistir em requisito para a investidura em cargo judiciário. Essa alternância dentro da burocracia do Estado era possibilitada, senão recomendável, porque sendo os juízes bacharéis em direito, dominavam o conhecimento necessário para a engenharia de Estado. A judicatura não contava com um regime de incompatibilidades para a atividade política eleitoral. Esta somente surgiria a partir da reforma eleitoral de 1881 (Decreto nº 3.029/1881), Lei Saraiva, que proibiu que juízes com cargos eletivos exercessem a jurisdição ou recebessem vencimentos e promoções no Judiciário. Não era incomum juízes se verem envolvidos em litígios sobre pleitos eleitorais, muitos dos quais eram julgados pelos próprios pares. Não se desconheciam disputas políticas não eleitorais, mas com outras autoridades com quem dividiam parcela da soberania de Estado (outros juízes, promotores, autoridades policiais e vereadores). As disputas, muito facilmente, geravam representações ou pedido de responsabilização. Na ausência de um sistema calibrado para solução dessas controvérsias, os juízes buscavam amparo e apoio aos seus interesses junto ao Ministro da Justiça (LOPES, 2010, p. 69-74). Essa ingerência, senão confusão dos órgãos de representação com os de jurisdição, comprometeu a independência judiciária. Sem independência, sequer há espaço para se discutir *accountability*.

A ordem constitucional republicana, inaugurada com a Constituição de 1891, empreende uma bem-sucedida profissionalização do judiciário. Em um todo crescente sedimenta, no correr das décadas, um adequado sistema normativo de autonomia administrativa, orçamentária e financeira para a instituição judiciária. Guarnece os juízes de garantias institucionais e aparelha o Estado com instrumentos de responsabilização institucional e individual e com um regime de vedações e incompatibilidades. A Constituição de 1891, no abrir da ordem constitucional republicana, confere-lhe um novo status de poder ao

conceder-lhe a competência constitucional de controlar a constitucionalidade das leis e das normas produzidas pelos outros órgãos de representação. Esse trajeto que acomoda nove Constituições – dentre elas uma que sequer entrou em vigência (1937) e outra que apesar do status de Constituição em seu sentido material, formalmente foi somente uma Emenda (1969) – nem sempre guardou uma perfeita sintonia com a realidade normada.

Apresenta-se abaixo um quadro de dispositivos, que nas sucessivas constituições previram as variáveis aqui tratadas.

	1891	1934	1937	1946	1967/1969		1988
Garantias institucionais	art. 57, § 1º	art. 64 e alíneas	art. 91, “a” a “c”	art. 95, incisos I a III	art. 108, I a III	art. 113	art. 95; 93 V a VIII-A; 96, III
Autonomia administrativa e financeira	art. 58, § 1º	art. 67, 104	art. 93, “a” e “b”; 103	art. 97 e 124	art. 110, I a III e 136	art. 112, § único; 115 e 144	art. 93, I a IV, XI; 94; 96, I e II; 103-B, § 4º, I; art. 98, § 2º e 99
Incompatibilidades e vedações		art. 65, 66, 69	art. 92	art. 96, incisos I a III	art. 109, I a III	art. 114	art. 93, VII, 95, § único
Responsabilidade	art. 57, § 2º			Art. 100		art. 120	art. 93, IX, X, XII, XIII, XV; 103-B, § 4º, II a VII
Controle de constitucionalidade	art. 59, § 3º	art. 12, § 2º; 76, III; 179	art. 96; 97, III	art. 8º, § único; 101, I, k (EC 16/1965); 101, III; 200	art. 11, § 1º, “c”; 111, 114, “i”, I e III	art. 11, § 1º, “c”; 117; 119, “i”, I e III	art. 102, caput e § 1º, art. 103 da CF

Durante um século de organização constitucional republicana existiram poucos momentos em que o judiciário afirmou sua independência, apesar dos reveses e pressões a que esteve sujeito. Em muitas vezes, vergou-se à força do mando, pela submissão à violência acintosa, pelo aceno sedutor de outros poderes ou pela covardia em fazer uso da independência que lhe conferia a Constituição. Não há necessidade de rememorar muitos fatos para constatar que apesar de um aparato de disposições que lhe garantiam a independência, efetivamente esta somente se sedimentou a partir da Constituição de 1988. O pe-

riodo constitucional anterior foi permeado por várias crises políticas, rupturas e sucessões de Constituições e dificuldades em estabelecer um Estado de Direito¹⁵.

Do lado das violências experimentadas, a Primeira República conviveu com nomeações, remoções, aposentadorias e demissões de magistrados pelos governadores e chefes locais. As decisões judiciais eram descumpridas, inclusive, por Presidentes da República. Conhecidas são as resistências de Floriano Peixoto, Hermes da Fonseca e Arthur Bernardes. Em ato desrespeitoso, o primeiro chegou a nomear um médico e dois militares como Ministros do Supremo Tribunal Federal. O período de 1930 a 1945 conheceu a aposentadoria compulsória de Ministros, a assunção pelo Governo Provisório da atribuição de designar o Presidente do Supremo Tribunal Federal, a anulação por decreto de Acórdãos, a supressão do princípio do juiz natural (TSN) e a intimidação aberta da ditadura de 1937. Violências retomadas de forma franqueada a partir de 1964, que por meio de Atos Institucionais suprimiu a vitaliciedade e a inamovibilidade, proibiu a judicialização de atos revolucionários, empreendeu demissões, afastamentos, remoções e aposentadorias, aumentou o número de Ministros no Supremo Tribunal Federal e suspendeu a garantia do habeas corpus para determinados crimes. De outro lado, o Poder Judiciário, nas vezes em que a abertura democrática lhe autorizava, se mostrou por vezes túbio, senão pusilânime, outras, complacente com os interesses dos poderes de representação¹⁶. São

¹⁵ A Constituição de 1891, apesar de sua inspiração liberal e republicana, estava desvinculada da realidade normada. Era uma Constituição nominalista (Loewenstein). Sua vigência foi intermediada pela decretação do Estado de Sítio e da intervenção federal, pela fraude em eleições e pelo abuso de poder das autoridades locais. Ambiente inadequado para um regime de liberdades, a que a independência judiciária serve. A partir de 1930, o Estado brasileiro persistiu sem Constituição até 1934 e, mesmo esta, após 1935, viu-se desfigurada pelas Emendas Constitucionais de 1 à 3, pela decretação do estado de guerra e pela criação do Tribunal de Segurança Nacional (TSN) junto à Justiça Militar para julgar crimes políticos (1936). A partir de 1937, viu-se o exercício do poder sem limites pelo ocupante da Chefia do Executivo. Apesar da redemocratização empreendida pela Constituição de 1946, sua vigência foi marcada por rara instabilidade política, pela radicalização, inclusive ideológica, entre forças políticas reagentes e pela tentativa persistente de solucionar os problemas experimentados fora das normas constitucionais. O desfecho, como era esperado, foi pela violência. O regime inaugurado – posteriormente formalizado pela Constituição de 1967 e pela Emenda nº 1/69 – experimentou ora a violência desnuda das armas, ora a dissimulada dos Atos Institucionais. Assim foi até a redemocratização do Estado brasileiro em 1988.

¹⁶ Uma importante ressalva deve ser feita em relação ao Supremo Tribunal Federal da República Velha. Apesar das violências sofridas, seus Ministros, em diversos momentos, com coragem incontestada concederam Habeas Corpus, desenvolveram uma teoria toda particular para salvaguardar outros direitos não amparados por referido remédio constitucional e reconheceram direitos fundamentais (direitos de imigrantes, a posse de edifícios para a prática de cultos, imunidades parlamentares, os limites do Estado de Sítio e da intervenção federal). Em grande parte dos casos sucumbiram às violências, mas muitos deles não merecem o adjetivo de pusilânime.

exemplos de decisões nesse sentido: a) o cancelamento de registro da ANL (1935); b) a denegação dos habeas corpus para os perseguidos pelo fechamento do regime a partir de 1935, cujo caso mais conhecido foi do deputado João Mangabeira e de seus familiares, que cunhou a frase de “o órgão que, desde 1892 até 1937, mais faltou à República não foi o Congresso, foi o Supremo Tribunal Federal”; c) a denegação do habeas corpus de Maria Prestes (1935) e a concessão para delegado envolvido com a tortura e a perseguição de dissidentes políticos (1937); d) a cassação de registro ao Partido Comunista do Brasil pelo TSE (1947).¹⁷

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o judiciário brasileiro foi dotado das mais amplas garantias de independências¹⁸. As garantias são em maior número do que as das Constituições que precederam a atual, tanto quantitativa como qualitativamente. O texto constitucional é indulgente quanto à outorga dessa. A instituição judiciária dispõe de uma independência externa consistente em uma autonomia administrativa, de gestão financeira e orçamentária, de escolha de seus órgãos de direção, de admissão de juízes e servidores, de organização de seus serviços, juízes e secretarias e de fiscalizar, investigar e sancionar seus membros e servidores. Também de autonomia política para encaminhar sua proposta orçamentária e propor leis sobre criação e ampliação de cargos, de política remuneratória de seus membros e do regime jurídico de seus juízes, Desembargadores e Ministros (art. 96 da CF). À independência externa, os juízes, no exercício de sua função, contam com uma amplo rol de garantias institucionais que lhes protege a discricionariedade decisional. Acrescente-se que a Constituição confiou-lhes importante função, quer no que se refere à ampliação de acesso à justiça pela previsão como direito fundamental de se socorrer ao judiciário para coibir qualquer ofensa a Direito e pela gratuidade do acesso à Justiça (art.

¹⁷ No estudo que faz sobre o Supremo Tribunal Federal, Emília Viotti busca captar as transformações pelas quais passou a cúpula do Poder Judiciário na história republicana. Parte do pressuposto de que os estudos historiográficos se preocuparam com outros poderes e pouco se escreveu sobre o terceiro poder. Por compreendê-lo “[...] essencial na construção da cidadania” procura compreender seu papel histórico no processo político brasileiro. Os ganhos do parágrafo acima foram colacionados a partir de seminal obra, o que contraria, talvez, o primeira impressão causada naqueles que se deparam com o seu título. De suas páginas dificilmente se pode dizer que ao final emerge um órgão de cúpula judiciária engrandecido. (Cf. COSTA, 2006).

¹⁸ Quando da Constituinte, o juiz era “[...] encarado como uma personalidade mais próxima dos bem pensantes que fazem a opinião pública. E mais aceitável para essa burguesia ‘esclarecida’. É formado em nível superior, selecionado por meio de concurso, adstrito à independência e à imparcialidade, por isso – entende essa faixa da sociedade –, é melhor que a ele seja dada a decisão em matérias importantes – como as grandes decisões político-administrativas – do que aos ‘políticos’ - vistos como ignorantes, corruptos, interesseiros, demagógicos...” (FERREIRA FILHO, 2003, p. 214).

5º, incisos XXV e LXXIV da CF), quer pela previsão de uma rica tipologia de ações para proteção a direitos, alguns de natureza transubjetiva (art. 5º, incisos LXIX a LXXIII, art. 129, III, art. 14, § 10, art. 37, § 4º da CF), ou mesmo, para a sindicância abstrata da constitucionalidade (art. 102, caput e § 1º e art. 103 da CF) e pela atribuição da edição de provimentos normativos vinculantes (art. 103-A da CF).

O judiciário não rechaçou o aceno envolvente da Constituição. Ao contrário, persuadido por uma doutrina ideologicamente marcada, excedeu o espaço que histórica e juridicamente fora até então ocupado. Cada vez com maior frequência, revelaram-se: a) a aplicação direta da Constituição a situações não reguladas pelo texto constitucional e sem a concretização ou a intermediação do legislador; b) o reconhecimento da inconstitucionalidade de atos normativos por critérios mais flexíveis do que aqueles de afronta evidente ao texto constitucional; c) a imposição de agir ao poder público em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2012). O exercício da jurisdição em tais cânones, possibilitado pelo regime de independência trazido pela Constituição de 1988, é bem mais do que o exercício de um dever constitucional. Consubstancia uma ideologia que permeia os operadores do Direito, uma atitude e uma postura dos juízes quanto à forma de interpretar a Constituição, de compreender seu papel na arquitetura entre os poderes e na solução das demandas sociais e políticas que surgem no sistema constitucional. A maior inserção do Poder Judiciário, que a praxis e a doutrina conhecem como ativismo judiciário, não é fato provindo de raízes exclusivamente ideológicas, mas, em especial, institucionais-normativas¹⁹.

7. Aspectos críticos da independência e de *accountability* do Poder Judiciário brasileiro

O ativismo judiciário, possibilitado entre outros fatores por uma independência hipertrofiada, não é só uma questão normativa. Ao menos entre nós, não se coloca como uma possibilidade. É um dado. É um

¹⁹ O ativismo judicial floresce em dadas circunstâncias e sob certos influxos. São eles: a) a existência de uma Democracia Constitucional consolidada; b) um sistema equilibrado de divisão funcional de poderes; c) um programa de direitos que permita a proteção de minorias; d) o acesso às Cortes Constitucionais por grupos de interesse, ainda que minoritários, pela oposição ou por partidos políticos como forma de frear as maiorias políticas; e) a existência de instituições majoritárias disfuncionais ou com fraca efetividade; f) grande prestígio do Poder Judiciário em prejuízo das instâncias políticas majoritárias, tidas como imobilizadas ou corruptas; g) prioridade da arena judicial, em relação aos demais poderes, para solução de questões com alto custo social ou político, possibilitada por um regime de independência que lhe confira o protagonismo. (OLIVEIRA, 2011, p. 14).

fato confirmado por investigações empíricas. A hipertrofia jurisdicional está atestada nos números e nas medidas tomadas. São exemplos desse ativismo, a constatação de que pelo controle concentrado de constitucionalidade, no período de 1988 a 2002, o STF concedeu decisões invalidando ou suspendendo o efeito de mais de 200 leis federais. Na história americana, no mesmo período, sua Suprema Corte tinha invalidado um número menor (135 leis) (TAYLOR, 2007, p. 236). Enquanto arena para invalidação de políticas de Estado, o judiciário interrompeu leilões de privatização, barrou a implementação de um regime de previdência social, dispôs sobre reforma agrária, interveio no Direito Sanitário, absorvendo não somente o planejamento de políticas públicas de saúde, mas sua execução.

As teorias divergem sobre a legitimidade do protagonismo judiciário. Uns propugnam que seja cada vez mais marcante, outros o deploram, alguns insistem que a teoria é ideologicamente marcada e tecnicamente insuficiente, mas todos são concordes em um ponto: nunca se exigiu, como agora, tanta tinta para explicar sua dinâmica e estática na arquitetura entre os poderes.

Um problema de relevo que se coloca quando se depara com um exercício jurisdicional abrangente – capaz de retardar, invalidar ou mesmo substituir políticas públicas estabelecidas por órgãos de representação (decisões contramajoritárias) ou decidir as grandes questões morais de uma respectiva sociedade – é como controlar e fiscalizar as decisões tomadas. Como é sabido, as decisões dos órgãos de representação estão submetidas a mecanismos de *accountability* vertical, eleições periódicas e a persistente pressão da opinião pública e da imprensa, e *accountability* horizontal, exercida (também) pelo Poder Judiciário. Quando em desconformidade com a vontade do soberano, são instrumentos eficientes para cobrança de explicações, providências e para a aplicação de sanções. Mas, na hipótese de os juízes assumirem as atribuições dos outros poderes, não há como se proceder da mesma forma. Aquele que era antes só guardião, persiste guardião de outros órgãos de representação, mas formula e executa parcela das competências constitucionais que não são suas. O exercício da competência constitucional alheia acaba ficando livre de qualquer tipo de controle. Sendo a magistratura nacional não eletiva e não havendo quem “guarde o guardião”, não existe outro poder que possa exercer a *accountability* horizontal sobre as decisões judiciais, como já não existe a vertical. O judiciário ativista acaba despregando-se do próprio Estado de Direito. Transforma-se em um poder sem controles.

É verdade que o judiciário conta com um regime de responsabilização jurídica, comportamental e institucional²⁰. O problema está na responsabilização e prestação de contas pelas decisões tomadas. As decisões restam livres de um regime de controle externo. A *accountability* decisional judiciária somente existe em seu sentido fraco (*accountability* vertical social). Dá-se pela fundamentação das decisões e pela publicidade dos julgamentos, o que os tornam sujeitos à crítica da opinião pública e da doutrina. Também acontece pela revisão dos julgados pelos instrumentos recursais (empreendida *interna corporis*). Falta, contudo, um instrumento de sanção aos juízes pelas decisões tomadas.

Isso ocorre porque o regime de independência está firmado na crença de que o juiz quando decide o faz segundo princípios de justiça. Dotado de neutralidade, suas decisões primam pelo formalismo. São expressão do Estado Democrático de Direito. Os propósitos da independência judicial em uma democracia constitucional realizam-se como uma condição necessária para a sua concretização (Estado de Direito). Assegura que todos estão sujeitos às mesmas regras gerais. Indivíduos ou agentes públicos, na busca da satisfação de interesse próprio, estão limitados por normas impessoais. O poder político, econômico ou social, que aqueles dispõem para gozo, está restringido pelas normas gerais, aplicadas de forma isenta por um judiciário independente (FEREJOHN, 1999, p. 366-367). Acontece que essa concepção de independência – que no aspecto decisional, sempre terá uma preferência sobre a *accountability*, inferiorizada diante daquela e relegada a um sentido fraco – é própria do judiciário de um Estado Liberal nascente. Como já discutido, em um modelo original de Estado liberal americano, restringiu-se o setor democrático pela ampliação do poder dos juízes de controlar os órgãos de representação, enquanto no de modelo francês ampliou-se o campo democrático em prejuízo do Estado de Direito. Os campos permaneceram, contudo, separados sob um paradigma ou outro. Tangenciaram-se, nunca se confundiram. Em um sistema nesses moldes, é lógico e funcional se falar em uma independência e autonomia decisional livre de responsabilização ou com responsabilização diminuída. O mesmo não acontece quando as áreas de influência da democracia e do Estado de Direito se sobrepõem ou se confundem. Em situações tais, em um modelo ativista, máxime quando as famílias do

²⁰ Esse sistema de *accountability* foi aprimorado a partir da Emenda Constitucional 45/2004. A exemplo de outros Estados soberanos, criou entre nós um órgão pertencente ao Poder Judiciário com a finalidade de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

Civil Law e do *Common Law* se aproximam como ocorre entre nós na sindicância de constitucionalidade, abre-se espaço ao menos para a discussão de uma responsabilização decisional.

Mas, por um lado, se é propícia e justificada a discussão sobre a sua necessidade, de outro, é de difícil efetividade. O direito comparado conhece a eletividade de juízes ou outras formas de investidura política como forma de se fiscalizar a ideologia daqueles que exercerão a jurisdição. Parece, todavia, não ser a melhor solução em um sistema do *Civil Law*. É da tradição entre nós a investidura por concurso de provas e títulos, o que confere profissionalismo aos juízes. A mudança seria custosa e sem uma garantia de eficiência. Ao contrário, há o perigo certo de se politizar ainda mais o judiciário. O judiciário do império é um sofrível exemplo dessa iniciativa. Na falta de um modelo institucional a ser implantado, retorna a questão: qual a solução para uma independência hiperdimensionada e pela falta de mecanismos de responsabilização?

O dilema, em casos tais, resolve-se pela manutenção do mesmo regime de independência e *accountability* (comportamental, institucional, jurídica e decisional fraca). Em contrapartida, transformações institucionais possibilitariam reconduzir os juízes a parâmetros de segurança jurídica em que a independência não seria causa de disfuncionalidade. O caminho passa pela imposição de limites à competência jurisdicional.

Um primeiro, pela supressão da competência difusa dos juízes para controlar a constitucionalidade. Isso se mostra factível com a transformação do Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional. A supressão já seria suficiente para retirar dos magistrados ordinários o alto teor de politicidade de suas decisões. Para essa hipótese, mesmo com alto grau de autonomia, ainda que sem um mecanismo de responsabilização sobre as decisões tomadas, os magistrados pouco se aventurariam em invadir espaço que não lhes é próprio. Não teriam competência jurisdicional. A transformação do Supremo Tribunal Federal em Tribunal Constitucional é ideia cara para publicística nacional²¹. Há aqueles que tecem críticas à transposição, argumentando que em um país de dimensão continental e com duas centenas de milhões de habitantes, grande parte da população ficaria desguarnecida de uma efetiva proteção no campo dos direitos fundamentais. Sem a tutela

²¹ Elival da Silva Ramos apresenta outros inconvenientes para a manutenção do sistema em atuais moldes (um sistema difuso de controle da constitucionalidade). Entre eles, a coexistência de decisões conflitantes e o sobrecarregamento do Supremo Tribunal Federal enquanto instância revisora. (Cf. RAMOS, 2010, p. 362-372).

jurisdicional, quando direitos fundamentais fossem ofendidos, não haveria para quem se socorrer. Preocupação que é também desmerecida. É providência que facilmente se resolve pela criação de instrumento processual assemelhado ao recurso constitucional alemão (*Verfassungsbeschwerden*) previsto no artigo 93, 4.ª da Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha. É de legitimidade popular e qualquer um pode provocar a intervenção do Tribunal Constitucional quando diante de ofensa a direito fundamental. Seria possível ao legitimado, o que sofreu lesão a direito fundamental, socorrer-se diretamente ao Tribunal Constitucional. Não seria maneira de restringir a independência, mas de especializar a competência constitucional. Preservam-se a independência judiciária e a competência constitucional de se syndicar a constitucionalidade das normas.

Dessa maneira, os juízes teriam a competência jurisdicional restringida e não teriam espaço para invasão do espaço democrático, mas, ao mesmo tempo, teriam preservado um regime de independência e *accountability*. A democracia constitucional ganharia pela extensão aos membros de Tribunal Constitucional de novas formas de responsabilização e prestação de contas (diferente do resto da magistratura). Aqueles que dispuserem de competência para invalidar as normas produzidas pelos órgãos de representação gozarão de um regime próprio de acesso à função (como sói acontecer na experiência do Direito Comparado no sistema de fiscalização de constitucionalidade kelseniano). Uma forma de investidura política consistente na indicação dos membros pelos vários órgãos eletivos de representação (Presidência da República, Câmara dos Deputados e Senado Federal), outorgaria um certo alinhamento ideológico entre os órgãos de representação e os que estão investidos na jurisdição constitucional. Como os órgãos de representação, inclusive ideologicamente, estão adstritos a uma *accountability* vertical quanto a seus eleitores, indiretamente repassariam o mesmo nivelamento àqueles que indicassem para ocupar a função. Ao mesmo tempo, o estabelecimento de investidura a termo certo, por mandato, concederia independência. É que acrescida da impossibilidade de recondução para o mesmo cargo, o nomeado ficaria livre do órgão que o nomeou e autonomamente poderia desempenhar sua missão constitucional.

Há a possibilidade, também, de se criar um mecanismo de *accountability* decisional horizontal sobre as próprias decisões tomadas. Como se sabe, em tempos atuais, uma Constituição normativa não dispensa um adequado sistema de controle de constitucionalidade para

a preservação de suas normas. Quando se debate, contudo, o exercício da sindicância constitucional, abre-se uma divergência sobre a profundidade desta atribuição constitucional. Possibilita-se, então, falar-se em uma modalidade fraca, para sindicância de leis e atos normativos elaborados pelo executivo, e, uma modalidade forte, quando àqueles atos normativos se acrescem as normas constitucionais (emendas à constituição). Em situações tais, a competência constitucional conferida ao órgão de cúpula do judiciário ou ao Tribunal Constitucional dá-lhes supremacia sobre os demais poderes. Uma vez mais operam sem limites. São motivos que, por exemplo, a experiência do Estado constitucional canadense criou mecanismo para mitigar o controle de constitucionalidade. Consiste na “cláusula do não obstante”, por meio da qual se devolve ao Parlamento e mesmo ao poder legislativo local a faculdade de validar lei, por certo período de tempo, mesmo que referido diploma legislativo tenha sido julgado inválido por ofensa à Carta Canadense de Direitos. A doutrina, quando se debruça sobre o instituto, atribui-lhe a natureza de instrumento de diálogo institucional entre os poderes (BRANCO, 2010, p. 58-66). Em verdade, nada mais é do que um mecanismo de *accountability* horizontal e apto é para exigir uma prestação de contas e uma sanção por uma decisão judicialiforme sobre a inconstitucionalidade de normas. Entre nós, medida semelhante esteve próxima a ser positivada por meio da PEC de nº 33./2011²².

Não há empecilho para que, em uma grande mudança institucional, reconduza-se o Poder Judiciário brasileiro a um sistema de independência e *accountability* que seja funcional e observe os fins de uma democracia constitucional republicana. As condições, as possibilidades, o impacto e o custo dessa engenharia constitucional passa a ser o objeto de uma investigação futura.

Conclusão

Ao desfecho e como fecho de tudo quanto exposto, cabe a título de síntese rememorar as principais questões aventadas, as soluções oferecidas e os resultados obtidos:

²² A PEC 33/2011 estabelecia verdadeiro mecanismo de *accountability* decisional ao permitir que nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade material sobre Emendas à Constituição, a decisão não produziria efeitos vinculantes e erga omnes e deveriam ser submetidas ao Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão, poderia submeter sua legitimidade à consulta popular. Previa, outrossim, a possibilidade de o Congresso Nacional deliberar sob o efeito de Súmula Vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal. A PEC 33/2011 foi arquivada com fundamento no art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados em 31 de janeiro de 2015.

1. a independência judiciária é conceito fulcral no âmbito da Teoria Constitucional. Sua importância advém de ser condição de existência do Estado Democrático de Direito. Por independência judiciária compreenda-se a liberdade ou a autonomia da organização judiciária (institucional) e do magistrado (pessoal), constitucional e legalmente protegidas por uma série de direitos, garantias e deveres, de exercício funcional imparcial e responsável e livre de pressões de outros poderes, das partes litigantes e da opinião pública;

2. a independência judiciária tem como sua contraparte a *accountability* no exercício. As discussões sobre *accountability* provêm da Ciência Política e estão presentes na relação que se estabelece nas democracias representativas entre titular do mandato eletivo e o representado. O primeiro, no exercício da função de representação, tem sempre o dever de prestar contas, justificar e, em algumas hipóteses, ser sancionado pelo exercício da soberania. A partir do momento em que o judiciário passou a ser compreendido como instituição integrante e indispensável nas democracias constitucionais, desde quando os juízes competem com os órgãos de representação na execução de políticas de Estado, as discussões de *accountability* migraram dos órgãos de representação para as instituições judiciárias;

3. o sistema de independência judiciária enfeixa um regime normativo que contempla a independência externa da instituição judiciária (autonomia administrativa, orçamentária e financeira) e as garantias institucionais de seus membros para o exercício da jurisdição, enquanto um sistema de *accountability* pressupõe responsabilização jurídica, institucional, comportamental e decisional;

4. quando se investiga a independência judiciária descobre-se que o seu fundamento está atrelado à separação de poderes. Está presente no debate teórico das obras de Locke, Montesquieu ou nos Artigos Federais. Ocupa a preocupação dos artífices do Estado liberal, estruturado com escopos diferentes em terras americanas e na Europa continental. Lá, tendo o Poder Judiciário como gendarme da democracia, protegendo-a dos perigos das facções e fiscalizando as atribuições constitucionais dos outros poderes por meio do controle de constitucionalidade; na Europa, em especial na França, visto com suspeitas em razão de seu passado atrelado ao Estado Absoluto, por isso, com indisfarçável inferioridade política diante do Parlamento (órgão de representação por excelência). Em uma arquitetura ou outra, juízes, tribunais e a organização judiciária estiveram submetidos a um regime de independência judiciária e *accountability*. O paradigma americano com preferência pela indepen-

dência em prejuízo da *accountability*, o modelo europeu com propensão por um sistema no qual vigia a predominância de deveres, obrigações e vedações à autoridade judiciária. O espaço de exercício funcional dos órgãos de representação e dos órgãos judiciários era demarcado não somente por atribuição constitucional própria, como também por um específico regime de independência e *accountability*;

5. a evolução política – a partir do momento em que o Estado assumiu o protagonismo da solução de demandas sociais e econômicas – exigiu uma transformação da sua estrutura judiciária original. Inicialmente, o Poder Executivo se encarregou da concretização dos fins largos estatais, mas, com o tempo, o lócus judiciário passou a ser o espaço procurado. O controle de constitucionalidade foi o principal instrumento processual para atender à procura. Por óbvio que sendo diferentes os paradigmas da relação de poderes, na Europa continental mostrou-se necessária a criação de órgãos especiais, Tribunais Constitucionais, para a sindicância de constitucionalidade. Esses Tribunais Constitucionais exigiram um regime próprio de independência e de responsabilização orgânica e comportamental de seus membros;

6. o judiciário brasileiro transpôs fases em sua evolução, momentos nos quais sempre teve de rearranjar seu sistema de independência e *accountability*. Ele retira suas origens do Estado português, no qual não havia uma separação entre a coroa e o exercício da jurisdição, sendo impossível falar em independência ou *accountability*. Essa estrutura burocrática foi transferida para a colônia portuguesa nas Américas. Por ocasião da independência da metrópole, exigiu engenho de seus artífices (do Estado) para criação de uma estrutura administrativa judiciária profissionalizada, funcional e independente. Apesar de um moderno aparato normativo, foi projeto que soçobrou pela dependência política (não normativa) de juízes para investidura em seus cargos e ascensão na estrutura judiciária. A ordem constitucional republicana, inaugurada a partir de 1891, edificou um bom arcabouço normativo que permitiu ao judiciário uma independência administrativa, financeira, com garantias institucionais para seus membros e a previsão de um controle de constitucionalidade para fiscalização dos atos dos órgãos de representação. A história republicana foi, contudo, um intermediado de crises políticas e rupturas, o que fez com que os juízes e o judiciário estivessem sujeitos a violências, intimidações e a cooptação pelo poder político (apesar das normas indulgentes das distintas Constituições).

7. o Poder Judiciário somente granjearia plenitude política a partir da Constituição de 1988. A partir desse momento, o judiciário foi

contemplado com uma gama de independência bem superior a toda aquela anterior de sua história republicana. Esse aceno acabou fazendo com que o judiciário cada vez mais se comprometesse com uma postura e uma compreensão proativa de sua função constitucional. O ativismo judiciário, possibilitado também por uma independência hipertrofiada, acabou sendo não só uma questão normativa, mas um fato;

8. realidade que coloca em xeque os espaços estanques de exercício dos órgãos de representação e aquele da instituição judiciária, moldados que foram para um Estado liberal. Essa confusão de espaços, própria de uma engrandecida independência judiciária, justifica novos parâmetros para a *accountability* judiciária, que não somente a comportamental ou institucional. Mostra-se imprescindível uma *accountability* decisional;

9. ocorre que a *accountability* decisional é de difícil implementação. Ela acontece somente na modalidade fraca, por meio da fundamentação das decisões, da publicidade dos julgamentos e da revisão do decidido por órgãos colegiados *interna corporis*. Uma *accountability* fraca mostra-se insuficiente para o protagonismo amplo que a independência judiciária nacional vem permitindo a seus juízes;

10. na ausência de uma solução imediata e na impossibilidade jurídica de um mecanismo efetivo de se cobrar responsabilidade de juízes por suas decisões, pena de comprometimento da independência judiciária que é garantia do Estado de Direito, mostra-se recomendável a reengenharia de funções de maneira que sejam obtidos os mesmos resultados, ou seja, um reequilíbrio da independência e responsabilização. Tal ocorreria por meio da supressão da competência difusa de controlar a constitucionalidade e pela criação de um Tribunal Constitucional com investidura política e a tempo certo;

11. a supressão da competência difusa coibiria o ativismo, evitaria a absorção de competências de outros poderes e, ao mesmo tempo, permitiria o exercício amplo de uma independência amparada por uma *accountability* institucional e comportamental. Não se mostraria necessária uma *accountability* decisional;

12. a criação de um Tribunal Constitucional e a investidura política de seus membros, por obra da conjunção de órgãos de representação diferentes (as duas casas do Congresso Nacional e a Presidência da República), permitiria controlar a ideologia jurídica e política dos designados. Haveria a possibilidade, também, de sancionar ou rever o conteúdo das decisões tomadas em controle de constitucionalidade por meio da cláusula do “não obstante”. Nesta hipótese, o Congresso

Nacional chamaria para si a atribuição constitucional de suspender por tempo certo ou convocar o soberano para se manifestar sobre a legitimidade de decisões do Tribunal Constitucional sobre a inconstitucionalidade de normas.

Referências bibliográficas

ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a justiça e a política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. 3. ed. São Paulo: Unesp, 2015.

ARENDRT, Hannah. *Sobre a revolução*. Lisboa: Relógio D'Água, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Acesso em: 20 ago. 2015, às 14:00.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Experiências no controle de constitucionalidade – o diálogo institucional canadense e a constituição brasileira de 1937. *Revista de Direito Público*, Brasília, DF, v. 1, n. 31, p. 58-66, 2010.

BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Droit constitutionnel*. 26. ed. Paris: LGDJ, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

_____. *Juízes legisladores*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CONTINI, Francesco; MOHR, Richard. Reconciling independence and accountability in judicial systems. *Utrecht Law Review* (on line), v. 3, n. 10, Dec. 2007. Disponível em: <<http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/view/46/46>>.

COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2006.

CROSS, Frank. Judicial independence. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of law and politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

DAHL, Robert. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo* (on line), v. 252, p. 25-43, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view-File/7954/6820>>.

FAVOREAU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.

FEREJOHN, John. Independent judges, dependent judiciary: explaining judicial independence. *Southern California Review*, Los Angeles, v. 72, p. 366-367, 1999. Disponível em: <<http://www-bcf.usc.edu/~uscslrev/pdf/072303.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2015, às 19:00.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A reconstrução da democracia: ensaio sobre a institucionalização da democracia no mundo contemporâneo e em especial no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O Supremo Tribunal de Justiça no apogeu do Império (1840-1871). In: SLEMIAN, Andréa et al. *O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MARRADI, Alberto. Sistema judiciário. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 4. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1992. v. 2.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, DF, v. 1, n. 5, set. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm>. Acesso em: 16 ago. 2015, às 16:00.

MIGUEL, Luís Felipe. Impasses da accountability: dilemas e alternativas da representação política. *Revista de Sociologia e Política* (on line), Curitiba, n 25, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n25/31109.pdf>>.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barão de. *O espírito das leis*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Justiça. Profissionalismo e política: o STF e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROUSSEAU, Dominique. *La justicia constitucional en Europa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

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

SCHMITT, Carl. Legalidad y legitimidad. In: AGUILAR, Héctor Orestes (Org.). *Carl Schmitt, teólogo da política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

TAYLOR, Matthew M. *Judging policy: courts and policy reform in democratic Brazil*. Standford: Standford University Press, 2008.

_____. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. *DADOS*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, v. 21, n. 45, mar. 2013.