



Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito  
Mestrado em Direito, Estado e Constituição

## **INDEPENDÊNCIA JUDICIAL E CORRUPÇÃO SISTÊMICA**

O controle disciplinar da atividade jurisdicional pelo Conselho Nacional de Justiça e a diferenciação funcional do Direito.

**Lucas Delgado**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito, Estado e Constituição no programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientação: Professor Doutor Marcelo da Costa Pinto Neves e Professora Doutora Janaína Lima Penalva da Silva.

**Brasília-DF**

**2017**

**Lucas Delgado**

## **INDEPENDÊNCIA JUDICIAL E CORRUPÇÃO SISTÊMICA**

O controle disciplinar da atividade jurisdicional pelo Conselho Nacional de Justiça e a diferenciação funcional do Direito

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito, Estado e Constituição no programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientação: Professor Doutor Marcelo da Costa Pinto Neves e Professora Doutora Janaína Lima Penalva da Silva.

**BRASÍLIA**  
**Universidade de Brasília – UnB**  
**2017**

*Ao Senhor Jesus Cristo, único digno de receber toda honra,  
glória e poder hoje e para sempre!*

*À Loiane, que a todas as mulheres do mundo inteiro supera  
em força, encanto, caráter e beleza!*

*À Letícia e Miguel, frutos mais doces e vistosos do amor mais  
profundamente arraigado que se pode viver nesta terra!*

*Aos meus pais, que tudo me deram sem nada pedir em troca!*

## **Agradecimentos**

Em geral, esta página é dedicada às pessoas e instituições que, de alguma maneira, colaboraram para as pesquisas que agora resultam em dissertação. A cadeia causal que resulta no trabalho de conclusão de um mestrado acadêmico começa, contudo, muito antes das pesquisas que são realizadas já dentro do programa de pós-graduação.

No meu caso particular, este mestrado acadêmico surgiu como um sonho distante, plantado por Deus no coração de um jovem formando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Foi perseguindo-o que deixei a casa dos meus pais depois de um inesquecível almoço ao som do tilintar dos talheres, suspiros e lágrimas de parte a parte. Foi perseguindo-o que no planalto central deste País continental me apaixonei pela mais linda flor que este cerrado produziu e produzirá. Que nos casamos, que advoguei, que sofri, que chorei, que venci, que comemorei, que fui pai duas vezes, que perseverei, que alcancei!

Portanto, meus primeiros agradecimentos vão para os protagonistas destes 12 anos. Primeiramente, ao Senhor Jesus Cristo, dono do querer e do realizar! Depois, aos meus pais, de tudo abdicando, tudo sofrendo, por simplesmente me amarem. E também à Loiane, esposa fiel, amiga confidente, amante ardente que me nutre com seu amor e Letícia e Miguel, que um dia vão entender melhor esta história!

Agradeço, também, num plano mais mundano e nem por isso desimportante, aos professores Marcelo Neves e Janaína Penalva, que realmente caminharam ao meu lado durante todo o curso. Agradeço, ainda, a pessoas que sempre me incentivaram e auxiliaram na organização das ideias como Santiago Falluh Varela e colegas de trabalho que tem sua parcela de colaboração no desenho das pesquisas, desenvolvimento dos instrumentos de coleta de dados e diagramação visual como Filipe Pereira da Silva, Mariana Silva Campos Dutra e Ricardo Marques Rosa.

A todos, por diferentes méritos e papéis, minha gratidão e respeito!

*“Ai dos que ao mal chamam bem, e ao bem mal; que fazem das trevas luz, e da luz trevas; e fazem do amargo doce, e do doce amargo!”*

*Ai dos que são sábios a seus próprios olhos, e prudentes diante de si mesmos!”*

Livro do Profeta Isaías, Capítulo 5, versículos 20 e 21

*“There is no power that can remove them, and they cannot be controlled by the laws of the legislature. In short, they are independent of the people, of the legislature, and of every power under heaven. Men placed in this situation will generally soon feel themselves independent of heaven itself.”*

Robert Yates, sobre o Poder Judiciário, em *The Complete Anti-Federalist*, vol. 2, ed. Herbert J. Storing. Chicago, 1981, p. 438.

## **ABREVIATURAS E SIGLAS**

<b>Art.</b>	Artigo
<b>AMB</b>	Associação dos Magistrados do Brasil
<b>ADI</b>	Ação Direta de Inconstitucionalidade
<b>CNJ</b>	Conselho Nacional de Justiça
<b>EC</b>	Emenda à Constituição
<b>LOMAN</b>	Lei Orgânica da Magistratura Nacional
<b>RICNJ</b>	Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça
<b>STF</b>	Supremo Tribunal Federal

## RESUMO

O trabalho analisa o exercício do poder disciplinar pelo Conselho Nacional de Justiça de sua fundação até o final do ano de 2015, por meio de pesquisa documental realizada em todos os acórdãos proferidos no período nos quais houve o julgamento de mérito de processos administrativos disciplinares instaurados, processados e julgados pelo próprio Conselho. Foi realizado o estudo do caso do PAD nº 0005370-72.2009.2.00.0000, no qual houve a aplicação de sanção a magistrado pelo conteúdo de uma decisão judicial e suas eventuais repercussões para a independência judicial. A partir dos resultados apurados no repositório de decisões disciplinares proferidas pelo CNJ neste período, o trabalho discute o desenvolvimento particular dado ao princípio da independência judicial no Brasil, evidenciando o caráter anacrônico das concepções mais tradicionais do referido princípio - presentes na doutrina e STF. Outro objetivo foi demonstrar a incompatibilidade desta visão predominante do princípio da independência judicial com o modelo da magistratura e o papel por ela exercido no atual momento do direito brasileiro. Além disso, contrasta-se o estado de coisas encontrado nas decisões disciplinares proferidas pelo CNJ com a função do direito da sociedade, o papel especial dos juízes e a diferenciação funcional do sistema jurídico na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Confirma-se a hipótese de que é possível ao Conselho Nacional de Justiça exercer o controle disciplinar da magistratura inclusive, eventualmente, aplicando sanções em razão do teor de decisões judiciais como mecanismo necessário à correção de situações de corrupção sistêmica e prevenção do processo de alopoiese do Direito.

**Palavras-chave:** Conselho Nacional de Justiça – Poder Disciplinar – Independência judicial – Magistratura – Modelo tecnoburocrático – Pós-positivismo – Teoria dos Sistemas – Corrupção Sistêmica.

## ABSTRACT

The paper analyzes the use of disciplinary power by the Brazilian National Council of Justice from its foundation until the end of 2015, through the documental research of all decisions held in that span in disciplinary procedures initiated and ruled by the Council. It highlights the study of the case of PAD nº 0005370-72.2009.2.00.0000, in which a judge was punished for the content of a judicial decision and its possible repercussions for judicial independence. From the results obtained by the study of the CNJ's decisions, the paper discusses the development given to the judicial independence in Brazil, showing the anachronistic character of the more traditional conceptions of that principle - found in literature and in Supreme Court's decisions. It also aims the incompatibility of the more traditional view of the principle of judicial independence with the model of the Brazilian judiciary and the role it plays in the current moment of Brazilian law. In addition, the state of affairs found in the disciplinary decisions adopted by the CNJ is contrasted with the function of law, the special role of judges and the functional differentiation of the legal system in Niklas Luhmann's systems theory. The hypothesis is confirmed in the sense that it is possible for the National Council of Justice to exercise the disciplinary control of the magistrature including, possibly, applying sanctions due to the content of judicial decisions as a necessary mechanism to correct situations of systemic corruption and prevention of the process of atrophy of the Law.

**Keywords:** National Council of Justice - Disciplinary Power - Judicial Independence - Judiciary – Technical-Bureaucratic Model - Post-Positivism - Systems Theory - Systemic Corruption.

## Sumário

Introdução	1
Capítulo 1	10
A Atividade Disciplinar do Conselho Nacional de Justiça	10
<b>1.1 Reforma do Poder Judiciário no Brasil e Conselho Nacional de Justiça: independência ou <i>accountability</i>?</b>	10
<b>1.2. <i>Accountability</i> judicial institucional, decisional e comportamental</b>	16
<b>1.3. 10 anos de atividade disciplinar do CNJ e o exercício das diversas formas de <i>accountability</i> judicial</b>	18
<b>1.4. Processo administrativo disciplinar nº 0005370-72.2009.2.00.0000: um caso especial</b>	37
Capítulo 2	45
Independência Judicial e Poder Judiciário na Atualidade	45
<b>2.1. O Poder Judiciário na teoria clássica da separação de poderes e a independência judicial</b>	45
<b>2.2. Independência judicial externa, interna e decisional</b>	49
<b>2.3. Independência judicial na Europa continental: da estrutura bonapartista e do modelo burocrático de magistratura a uma nova realidade no pós-Guerra</b>	54
<b>2.4. Independência judicial no Brasil: do modelo tecnoburocrático de magistratura ao “oba-oba” pós-positivista</b>	65
Capítulo 3	70
Teoria dos Sistemas, o Direito e os seus Juízes	70
<b>3.1. Corrupção Sistêmica e Teoria dos Sistemas: afinal, o que é um sistema?</b>	70
<b>3.2. A estrutura de expectativas e a função do Direito na sociedade</b>	73
<b>3.3. O problema da legitimidade e o papel dos juízes e Tribunais no Direito</b>	79
<b>3.4. Decisão judicial e legislação: proibição do <i>non liquet</i>, o centro e a periferia do sistema, fechamento operacional e abertura cognitiva, programas condicionais e finalísticos</b>	82
Capítulo 4	90
Corrupção Sistêmica e Controle Disciplinar da Atividade Jurisdicional	90
<b>4.1. PAD 0005370-72.2009.2.00.0000 e corrupção sistêmica</b>	90
<b>4.2. A necessidade de controle e seus mecanismos</b>	95
<b>4.3. O CNJ como órgão do Poder Judiciário e sua vinculação aos limites legais: tipicidade disciplinar aberta</b>	100
<b>4.4. O CNJ em crise</b>	102
Notas Conclusivas	105
Referências Bibliográficas	110

## Introdução

Desde a sua criação o Conselho Nacional de Justiça é um órgão que suscita controvérsias. Não sem razão o Conselho ocupou lugar de destaque no debate jurídico nacional em pelo menos três ocasiões marcadas pelo julgamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade nas quais suas competências foram o alvo da atuação do Supremo Tribunal Federal.

À exceção da ação declaratória de constitucionalidade nº 12, que foi ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil para que o Supremo Tribunal Federal pudesse pacificar as discussões que se multiplicavam em todo o Brasil em torno da Resolução nº 7 do CNJ – que estabeleceu regras para combate à prática de nepotismo no Poder Judiciário brasileiro -, as outras duas ações constitucionais questionavam o exercício das competências disciplinares dadas ao órgão pelo legislador constituinte derivado.

A ação direta de inconstitucionalidade nº 3.367, proposta pela Associação de Magistrados Brasileiros – AMB contra a própria Emenda Constitucional nº 45, de 2004, impugnava a composição do Conselho. Alegava-se que a presença, no CNJ, de profissionais advindos de outras categorias como membros do Ministério Público, advogados e representantes da sociedade indicados pelas duas casas congressuais, instituíria o controle externo do Poder Judiciário e permitia, no que se refere ao exercício de poderes correccionais, o surgimento do “juiz de juiz, sem que o primeiro possa ser considerado juiz”<sup>1</sup>.

A maioria de integrantes dos quadros da magistratura de carreira no Plenário do CNJ foi o suficiente para afastar o argumento da Associação dos Magistrados Brasileiros no Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup>, mas não para encerrar o debate. Aliás, é possível dizer que

---

<sup>1</sup> Na peça inicial da ação direta de inconstitucionalidade nº 3.367, a Associação dos Magistrados Brasileiros alegava que: “É inaceitável d.v., no Estado Democrático de Direito proposto pelo legislador constituinte originário, essa figura, do “juiz de juiz”, sem que o primeiro possa ser considerado juiz, porque parte dos componentes do Conselho não possuem competência jurisdicional mas apenas administrativa, ainda mais quando decorrente de um órgão composto por integrantes designados pelos Poderes Executivo e Legislativo.”

<sup>2</sup> No voto condutor do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 3.367, o Ministro César Peluso argumenta, quanto a este ponto de impugnação que: “Longe, pois, de conspirar contra a independência judicial, a criação de um órgão com poderes de controle nacional dos deveres funcionais dos magistrados responde a uma imperfeição contingente do Poder, no contexto do sistema republicano de governo. Afinal, ‘regime republicano é regime de responsabilidade. Os agentes públicos respondem por seus atos’. E os mesmos riscos teóricos de desvios pontuais, que se invocam em nome de justas preocupações, esses já existem no estado precedente de coisas, onde podiam errar, e decerto em alguns casos erraram, os órgãos corregedores.

Nem embaraça a conclusão, o fato de que tenham assento e voz, no Conselho, membros alheios ao corpo da magistratura. Bem pode ser que tal presença seja capaz de erradicar um dos mais evidentes males dos velhos organismos de controle, em qualquer país do mundo: o corporativismo, essa moléstia institucional que obscurece os procedimentos investigativos, debilita as medidas sancionatórias e desprestigia o Poder.”

as divergências de posição a respeito das competências disciplinares do CNJ chegaram ao ponto máximo de acirramento no ano de 2011 quando a mesma associação de magistrados propôs nova ação direta de inconstitucionalidade, de nº 4.638, contra a Resolução nº 135, daquele ano, que uniformizava normas a respeito do procedimento administrativo disciplinar contra magistrados.

A respeito daquela quadra histórica, Sadek (2015, p. 302-303) registra que:

O grau de conflito chegou a tal ponto que dividiu os integrantes do próprio CNJ. A tensão chegou a ser qualificada como “crise do Judiciário”, uma vez que cindia a magistratura de alto a baixo, isto é, da 1ª instância ao STF. Acrescente-se que, além da ação direta de inconstitucionalidade, as três principais associações de juízes pediram à Procuradoria-Geral da República a abertura de uma investigação sobre a conduta da corregedora, Min. Calmon.

(...)

No embate de 2011, entre a então corregedora do CNJ, Min. Eliana Calmon e a presidência do STF e AMB, por exemplo, a maior parte da imprensa se manifestou claramente a favor da ministra. A mídia (jornais, revistas, rádios, TV) advogou a causa da fiscalização dos desvios e criticou a presidência do STF. Muitas entidades, organizações de direitos humanos e professores, juristas, intelectuais também se pronunciaram por meio de manifestos e cartas abertas.

No choque entre uma resistência tão persistente das associações de magistrados contra o exercício da atividade disciplinar pelo Conselho Nacional de Justiça e uma mobilização social sobretudo significativa em favor das competências correcionais do órgão, algumas questões ficam por serem respondidas.

Afinal de contas, há razões legítimas para tamanho receio dos magistrados com relação à atuação do órgão na esfera administrativo-disciplinar? Teria o CNJ, concebido para zelar pela independência judicial, se transformado em ameaça constante ao princípio, como proposto por Guerra (2011)<sup>3</sup>?

Com efeito, uma primeira leitura das decisões proferidas nos processos administrativos disciplinares contra magistrados pelo Conselho Nacional de Justiça desde o início das atividades do órgão pode suscitar indagações acerca de sua legitimidade constitucional, principalmente se considerado o peso das disposições acerca da

---

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.367-DF, Brasília, DF, 13 de abril de 2005. Publicado no Diário da Justiça de 17 de março de 2006, p. 35-36.

<sup>3</sup> Em sua tese de doutorado, Guerra (2011) sustenta que o Conselho Nacional de Justiça, nos seus cinco primeiros anos de atuação, acabou por avançar sobre temas e atos protegidos por cláusulas constitucionais intangíveis, como a da independência da magistratura. A conclusão de sua tese é no sentido de que “As advertências aqui dirigidas são no sentido de que é necessário combater esse mimetismo orgânico que pretende transformar a função administrativa em novo órgão de cúpula do Judiciário, cujos mecanismos de controle e disciplina extrapolam os limites da lei e da Constituição. A racionalização das atribuições do Conselho, com a devida restrição autônoma (*self-restraint*) de suas iniciativas, parece ser o melhor caminho a trilhar.”

independência judicial constantes de tratados internacionais, da constituição e da legislação infraconstitucional.

É que se há, e isso é inegável, um conjunto de normas que protegem a autonomia e liberdade do juiz no exercício de sua atividade jurisdicional, há, no referido conjunto de decisões disciplinares do Conselho Nacional de Justiça, inúmeros casos de aplicação de sanções a magistrados pelo conteúdo de suas decisões em situações no mínimo embaraçosas de abuso do poder jurisdicional.

Diante dessa realidade, a indagação que serviu de força motriz para a pesquisa foi a respeito da viabilidade/necessidade do controle disciplinar da atividade jurisdicional pelo Conselho Nacional de Justiça. A hipótese levantada era no sentido de que uma decisão judicial tomada com base em critérios, códigos e programas outros que não aquele que diferencia funcionalmente o sistema do Direito de seu ambiente (conforme o Direito/não conforme o Direito), configura a corrupção sistêmica (NEVES, 2008) e a desestabilização das expectativas normativas generalizadas com relação às quais o magistrado deveria funcionar como garantidor.

Justamente para reforçar a função do Direito na sociedade e o papel dos juízes no Direito, seria possível e necessário que, independentemente do bom funcionamento dos mecanismos ordinários de revisão das decisões judiciais, o comportamento desviante do magistrado fosse apontado e expurgado por meio da atividade sancionatória, como o CNJ já vem fazendo em alguns casos.

Para isso, era premente um trabalho de sistematização da jurisprudência do CNJ em matéria administrativo-disciplinar que permitisse uma comprovação/refutação empírica da percepção intuitiva que se tinha acerca do modo de atuação do órgão neste particular.

De todas as decisões referidas, uma insistia em despontar em meio às demais. Trata-se do caso do processo administrativo disciplinar nº 0005370-72.2009.2.00.0000, no qual o juiz foi punido por ter declarado, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei nº 11.340, de 2006, adotando como razão de decidir diversos argumentos que sustentavam a existência de uma condição inferior da mulher imanente ao fato de ser mulher. Apesar de o Conselho ter formalmente subsumido o caso a uma hipótese de excesso de linguagem prevista na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, ficou clara a censura à forma como o magistrado se valeu de sua condição para dar vazão, com a chancela do poder jurisdicional

do Estado, aos seus preconceitos e visões de mundo particulares e claramente orientadas pelo sistema religioso.

O caso parecia um grande paradigma de punição de um juiz pelo conteúdo de sua decisão, mas era preciso alargar o universo de pesquisa para que ele confirmasse essa condição ou pudesse ser recategorizado como, na verdade, uma exceção, um caso isolado em meio a um conjunto robusto de decisões que reafirmassem a impossibilidade de punição de magistrados pelo teor de seus vereditos. Essa última hipótese não podia ser descartada *a priori*, principalmente depois que a referida decisão do Conselho Nacional de Justiça teve os efeitos suspensos por liminar proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 30.320, ainda em curso perante o Supremo Tribunal Federal.

Se a decisão do processo administrativo disciplinar nº 0005370-72.2009.2.00.0000 realmente se mostrasse como um caso especial de uma categoria predominante de decisões disciplinares do Conselho Nacional de Justiça, seria viável adotar uma análise tópico-problemática, de natureza predominantemente indutiva, não propriamente um estudo de caso, mas um estudo do caso que permitisse conclusões gerais.

Por outro lado, se a referida decisão fosse percebida como uma excentricidade, um “ponto fora da curva”, havia grandes chances de refutação da hipótese e consolidação da ideia de que os mecanismos de controle do Poder Judiciário brasileiro, compostos pelo CNJ sob a supervisão do Supremo Tribunal Federal, na verdade, rechaçam veementemente qualquer forma de controle disciplinar da atividade jurisdicional dos magistrados, o que imporia um relatório monográfico-dissertativo mais tradicional.

Definiu-se como recorte temporal de pesquisa as decisões administrativo-disciplinares proferidas pelo Conselho Nacional de Justiça de sua criação até o final do ano de 2015, o que abrange 10 (dez) anos de atuação do órgão.

A ideia era conhecer a atuação administrativo-disciplinar deste órgão nos dez primeiros anos de seu funcionamento e isso apontava, *a priori*, para um vasto conjunto de decisões de várias espécies procedimentais previstas no Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, nomeadamente: os pedidos de providências, as representações por excesso de prazo, as reclamações disciplinares e as sindicâncias, de competência da Corregedoria Nacional de Justiça, além das avocações, revisões disciplinares e processos administrativos disciplinares, de competência do Plenário.

Ocorre que os procedimentos de competência da Corregedoria Nacional de Justiça são de investigação preliminar, o juízo neles exercido é de caráter prelibatório, de

admissibilidade, de modo que, se julgadas insuficientes as provas ou insubsistentes os fundamentos do pedido, a Corregedoria os decide monocraticamente, fator que, além de englobar uma maioria avassaladora de procedimentos manifestamente improcedentes, impõe uma dificuldade adicional de recuperação da informação uma vez que o banco de jurisprudência do Conselho Nacional de Justiça só possui acórdãos, ou seja, decisões colegiadas do Plenário.

Por outro lado, se a Corregedoria entende que há indícios suficientes de cometimento de falta funcional pelo magistrado, todos os referidos procedimentos devem ser submetidos a Plenário com a proposta de instauração de processo administrativo disciplinar, de modo que, pelo controle das decisões desta última espécie regimental se recuperam os casos que passam por esse primeiro crivo do Conselho.

Com relação às avocações e revisões disciplinares, os problemas são de outra natureza. Trata-se de dois procedimentos nos quais há a participação dos órgãos correcionais locais, de modo que o Conselho Nacional de Justiça atua a partir de investigações iniciadas ou em curso ou como uma instância de revisão propriamente dita. Em todo caso, o Conselho se vê, alguma medida, condicionado à apuração e, em alguns casos, à própria decisão proferida pelos tribunais.

Isto fica bastante claro com relação à revisão disciplinar, cujos requisitos de admissibilidade, acrescentados pelo Regimento Interno à cláusula de decadência de 1 (um) ano contado do trânsito em julgado da decisão disciplinar proferida pelas cortes locais, reproduzem, com poucas adaptações, as condições de procedibilidade da revisão criminal.<sup>4</sup>

Ou seja, nestes casos, as hipóteses de cabimento da medida são tão restritas que não é possível sequer afirmar que o Conselho atuaria como uma instância recursal, mas

---

4

#### **Art. 83 do RICNJ – Revisão Disciplinar**

Art. 83. A revisão dos processos disciplinares será admitida:

- I - quando a decisão for contrária a texto expresso da lei, à evidência dos autos ou a ato normativo do CNJ;
- II - quando a decisão se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
- III - quando, após a decisão, surgirem fatos novos ou novas provas ou circunstâncias que determinem ou autorizem modificação da decisão proferida pelo órgão de origem.

#### **Art. 621 do Código de Processo Penal – Revisão Criminal**

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

- I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;
- II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
- III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

sim como uma instância especial e autônoma de revisão da coisa julgada administrativa em matéria administrativo-disciplinar.

Este aspecto gerou uma série de decisões nas quais o mérito da questão disciplinar discutida no caso de origem simplesmente deixa de ser apreciado pelo Conselho, que se limita, ao invés disso, a realizar uma análise da admissibilidade do pedido à luz dos requisitos formais encontrados no artigo 83 do seu Regimento Interno.<sup>5</sup>

Assim é que, para conhecer como este órgão criado para incrementar os mecanismos de fiscalização e controle da atividade da magistratura atuou em matéria administrativo-disciplinar, entendeu-se que o foco da pesquisa deveria estar na espécie procedimental cuja instauração, processamento, instrução e decisão final se dá no âmbito do próprio Conselho Nacional de Justiça: o processo administrativo disciplinar.

É por esta razão que ao se falar em atividade administrativo-disciplinar do CNJ, o que se tem em foco, neste trabalho, são as decisões de mérito proferidas pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça em processos administrativos disciplinares, de sua fundação ao final do ano de 2015.

Este universo é formado por 65 (sessenta e cinco) acórdãos que foram analisados e classificados de acordo com a forma de *accountability* exercida pelo CNJ.

A explicação das categorias de decisão administrativo-disciplinar que puderam ser identificadas nos 65 (sessenta e cinco) acórdãos pesquisados e seu referencial teórico (ROBL FILHO, 2013), assim como os resultados da análise documental realizada são o objeto do próximo capítulo.

No mesmo Capítulo veremos como a literatura mostra que a criação do Conselho Nacional de Justiça não foi o resultado único e peculiar de um processo de reflexão da sociedade brasileira acerca de seu Poder Judiciário, mas parte de um pacote de reformas institucionais incentivadas por organismos internacionais para reforçar a ideia de *Rule of Law* em países em desenvolvimento (SANTISO, 2005), que encontrou, no Brasil, um cenário de desequilíbrio no trinômio independência-acesso-eficiência (PRILLAMAN, 2000), que, de acordo com o desenho de ciclos de reformas do Poder Judiciário oferecido

---

<sup>5</sup> Vide, apenas exemplificativamente: BRASIL, CNJ. Processo de Revisão Disciplinar 0006740-47.2013.2.00.0000 - Rel. NORBERTO CAMPELO - 12ª Sessão Virtual - j. 10/05/2016; BRASIL, CNJ. Processo de Revisão Disciplinar 0003288-29.2013.2.00.0000 - Rel. GUSTAVO TADEU ALKMIM - 10ª Sessão Virtual j. 05/04/2016; BRASIL, CNJ. Processo de Revisão Disciplinar 0003976-88.2013.2.00.0000 - Rel. SAULO CASALI BAHIA - 211ª Sessão - j. 23/06/2015; BRASIL, CNJ. Processo de Revisão Disciplinar 0006929-25.2013.2.00.0000 - Rel. ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO - 23ª Sessão (EXTRAORDINÁRIA) - j. 05/12/2014; BRASIL, CNJ. Processo de Revisão Disciplinar 0004874-04.2013.2.00.0000 - Rel. DEBORAH CIOCCI - 190ª Sessão - j. 03/06/2014.

por Ginsburg e Garoupa (2008, p. 20), apontaria para o fortalecimento dos mecanismos de controle e responsabilização em detrimento de medidas de reforço à independência judicial.

Ainda no primeiro Capítulo, será apresentada a classificação das decisões do CNJ analisadas de acordo com formas de *accountability* judicial propostas por Robl Filho (2013) que nos permitem dividi-las em julgados nos quais o Conselho Nacional de Justiça exerceu *accountability* judicial institucional, comportamental ou *accountability* judicial decisional.

Definidos os critérios que apontam para os três casos considerados mais representativos dentre as decisões do Conselho Nacional de Justiça que aplicaram sanções a juízes por sua atuação jurisdicional, o Capítulo um é encerrado com a explicação acerca do caso paradigma e sua descrição pormenorizada.

No segundo Capítulo, estabelece-se a correlação entre a ideia de independência judicial presente nas matrizes teóricas iluministas do princípio com a estruturação do modelo de magistratura adotado nas principais referências de ordenamentos de tradição jurídica romano-germânica da Europa continental e no Brasil.

Fica demonstrado como a independência judicial foi concebida e desenvolvida a partir da necessidade da construção de mecanismos de proteção, consubstanciados em arranjos institucionais que pudessem resguardar um Poder Judiciário originalmente fraco das ingerências e tendências de hipertrofia dos poderes políticos por excelência: Legislativo e Executivo. A abordagem mostra também como a chamada independência decisional do juiz surge como consectário do caráter técnico-burocrático da magistratura.

Ao final do Capítulo dois, será explorada a mudança provocada neste cenário pela ascensão institucional e política do Poder Judiciário no pós-Guerra, os agravamentos deste processo no Brasil decorrentes da compreensão enviesada de referenciais teóricos estrangeiros do chamado pós-positivismo jurídico e a concepção de independência judicial que a partir daí se construiu arrimada em ideias como *livre convencimento motivado*.

A análise deste percurso da independência judicial será realizada à luz dos casos julgados pelo Conselho Nacional de Justiça discutidos no Capítulo anterior e, também, por óbvio, do caso do processo administrativo disciplinar nº 0005370-72.2009.2.00.0000, procurando-se apontar como a decisão liminar proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 30.320, na qual o Supremo Tribunal Federal suspendeu os efeitos do acórdão proferido naquele processo administrativo disciplinar, determinando o imediato retorno do magistrado

punido à função judicante, é representativa de uma visão anacrônica do princípio, ainda presente em trabalhos recentes como o de Robl Filho (2013) e Guerra (2011).

Se o título desta dissertação relaciona independência judicial e corrupção sistêmica, o terceiro Capítulo é dedicado ao segundo conceito nuclear ali enunciado. Esta parte do trabalho explica em que acepção se fala em corrupção sistêmica e sua relação profunda com o referencial teórico utilizado para a busca por soluções para o problema de pesquisa: a teoria dos sistemas.

Como a teoria sistêmica de Niklas Luhmann possui pontos de partida muito próprios, a intenção foi explorá-los na exata medida em que serviram de ferramenta de análise para as questões postas em discussão de modo a fazer do enfrentamento de conceitos de relativa densidade teórica um percurso lógico fluido e não propriamente um glossário.

Por isto é que partindo do critério de escolha da teoria dos sistemas como marco teórico, passa-se pela concepção luhmaniana de sistema e o critério de diferenciação sistema/ambiente para se explorar a função do Direito para a sociedade, os problemas de legitimidade decorrentes da participação de terceiros com poderes vinculantes de decisão nas estruturas de expectativas de expectativas generalizadas e os papéis especiais como o dos juízes no Direito.

Será analisada como a decisão judicial se enquadra no mecanismo de autorreprodução do Direito, seu programa de funcionamento e os riscos decorrentes de um movimento, já identificado por Luhmann, de progressivo abandono dos programas condicionais para os programas finalísticos por parte do Poder Judiciário.

No quarto Capítulo, o objetivo foi demonstrar o que a concepção corrente de independência judicial no Brasil representa para o desempenho adequado do papel dos juízes e no processo evolutivo do Direito de acordo com a perspectiva de Luhmann, ensejando a necessidade de mecanismos de controle, inclusive com atividade sancionatória.

A indicação final do Capítulo é no sentido dos riscos decorrentes da insuficiência ou debilidade dos referidos mecanismos de controle para a diferenciação funcional do Direito na sociedade, sua alopoiese e corrupção sistêmica, como ocorrido no caso do processo administrativo disciplinar nº 0005370-72.2009.2.00.0000 e do papel reservado ao Conselho Nacional de Justiça neste cenário.

Por fim, serão apresentadas notas conclusivas nas quais serão recuperadas as conclusões parciais de cada parte do trabalho e apresentada uma conclusão final no sentido da confirmação da hipótese de pesquisa.

Esta dissertação procura avançar da discussão acerca dos limites e da legitimidade da atuação do Poder Judiciário para colocar em debate o próprio Poder Judiciário que temos hoje. A atuação do Conselho Nacional de Justiça na punição de comportamentos judiciais disfuncionais para o Direito efetivamente compromete a independência judicial?

Esta é a questão que ousamos responder nas próximas páginas, sem qualquer ilusão ou pretensão de definitividade, até mesmo porque, como mostra a análise documental discutida no próximo Capítulo, a atuação do CNJ em matéria administrativo-disciplinar suscita uma série de outras discussões e abordagens tão ou mais relevantes do que a que é objeto desta pesquisa.

Percebe-se, no banco de dados formado a partir das decisões disciplinares do CNJ nos seus primeiros dez anos de funcionamento, por exemplo, ciclos de maior e menor produtividade em matéria correcional que podem ter correlação com os processos de indicação de membros para o Conselho e a construção de “perfis de Plenário” mutáveis de composição para composição do órgão. Outra abordagem possível é a que correlaciona o padrão punitivo do CNJ – se mais ou menos rigoroso - ao Estado ou Região do magistrado punido e seu poder de influência nos mecanismos políticos de indicação para as vagas no Conselho.

Este trabalho não se ocupa das discussões tão em voga nos últimos anos acerca do protagonismo da atividade judicial na sociedade brasileira ou dos limites da “politização da justiça” ou da “judicialização da política”. Na verdade, tal aspecto é tomado como um dado da realidade e o que se coloca em xeque é a pretensa imunidade da própria atividade judicial.

## A Atividade Disciplinar do Conselho Nacional de Justiça

**Sumário:** 1.1. Reforma do Poder Judiciário no Brasil e Conselho Nacional de Justiça: independência ou *accountability*? – 1.2. *Accountability* judicial institucional, decisional e comportamental – 1.3. 10 anos de atividade disciplinar do CNJ e o exercício das diversas formas de *accountability* judicial – 1.4. Processo administrativo disciplinar nº 0005370-72.2009.2.00.0000: um caso especial

### 1.1 Reforma do Poder Judiciário no Brasil e Conselho Nacional de Justiça: independência ou *accountability*?

No voto que proferiu por ocasião do julgamento da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.638, que impugna a Resolução nº 135, do Conselho Nacional de Justiça, o Ministro Dias Toffoli procura explicar o embate acerca das competências disciplinares do Conselho como desdobramento de um longo processo histórico pendular no qual ora predominam medidas de centralização de poder em órgãos nacionais, ora prevalecem tendências de reforço de unidades de competência locais.

Depois de recordar as disputas entre “liberais” e “conservadores” no Brasil imperial, “federalistas” e “republicanos” na República Velha, Toffoli afirma que a criação do Conselho Nacional de Justiça é apenas um caso especial dessa tensão histórica aplicado ao sistema correcional do Poder Judiciário. Nesse caso, se oporiam os que acreditavam no modelo de controle da magistratura descentralizado, em vigor antes da criação do CNJ, e os que viam no próprio Conselho uma perspectiva de ruptura com o histórico déficit de atuação dos órgãos locais de fiscalização.

Especificamente no que se refere à competência originária do CNJ para processar e julgar juízes por faltas funcionais praticadas no exercício do cargo, o Ministro afirmou que:

No meu sentir, a tese da subsidiariedade tem implicações notórias para a definição da natureza, das funções e da autoridade do CNJ, que não pode ter suas prerrogativas constitucionais barateadas, sob pena de não mais se prestar aos objetivos colimados pela Sociedade brasileira quando de sua instituição no texto magno pela Emenda nº 45/2004.

Com efeito, a legitimidade constitucional do CNJ emerge da vontade soberana do povo brasileiro, que entendeu, por meio de seus representantes no Congresso Nacional, que deveria subverter a ordem de correição jurisdicional e trazê-la, exatamente, para o foro republicano daquele Conselho, que deverá conservá-lo enquanto bem servir ao interesse de seus principais favorecidos, os

jurisdicionados, que só almejam uma distribuição de Justiça equânime e moralmente inatacável.

A descrição do surgimento do Conselho Nacional de Justiça como resultado inevitável de um processo histórico ou mesmo como a etapa final de um bem acabado processo de compreensão, pela sociedade brasileira, das mazelas do Poder Judiciário, a partir do qual ela teria se mobilizado para conceber, por meio de seus representantes políticos, um órgão central de fiscalização e controle da magistratura com poderes correccionais, não incorre em erros conceituais, mas representa uma simplificação de como a chamada *Reforma do Poder Judiciário* brasileiro aconteceu e de como ela se insere no contexto internacional.

Na verdade, Falcão (2015, p. 177) descreve que até o ano de 2004, a ideia de uma reforma do Poder Judiciário “*rondava, muitas vezes sem rumo, o Congresso Nacional*”. Segundo seu relato da estratégia adotada para alavancar o projeto que resultaria na Emenda Constitucional nº 45, daquele ano, foi necessário um delicado concerto de forças políticas, apoios institucionais, incentivos acadêmicos e engajamento da mídia para que a proposta original, iniciada por Hélio Bicudo 16 (dezesseis) anos antes da aprovação da Emenda, pudesse se concretizar.

De acordo com Falcão (2015, p. 180), o estado de letargia do referido projeto de *Reforma do Poder Judiciário* pode ser explicado, pelo menos em parte, pelo completo desinteresse do governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso na adoção de qualquer medida de modificação estrutural no Poder Judiciário brasileiro entre 1995 e 2002.

É curioso notar que a realização de reformas nos sistemas judiciais dos países em desenvolvimento, inclusive com a criação de conselhos de justiça, é uma decorrência da chamada “*virada institucional*” do Consenso de Washington, desenvolvida em meados da década de 90 e patrocinada por instituições como o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (RODRIGUEZ-GARAVITO, 2011, p. 159).

Santiso (2005, p. 117-118) corrobora esse fato, argumentando que o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional adotaram várias iniciativas de incentivo à adoção de reformas judiciais que pudessem fortalecer a ideia de *Rule of Law* em países em desenvolvimento, o que significava, na prática, a criação de normas e arranjos institucionais que promovessem independência judicial, especialmente em relação aos Poderes Executivos e Legislativos, tida como um elemento indispensável para agendas como o combate à corrupção e o controle dos atos dos demais poderes.

Conquanto a orientação político-ideológica neoliberal de tais medidas encontrasse abrigo no governo do Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, a falta de adesão do governo ao projeto de reforma do Poder Judiciário brasileiro pode ser explicada por um fator bastante peculiar ao caso brasileiro: a onda de reformas judiciais que buscavam, no contexto latino americano, dotar os Poderes Judiciários de mais independência, encontraram no Brasil um estado de coisas único e bastante diferente.

Com efeito, Santiso (2005, p. 118) registra que:

A trajetória brasileira tem sido largamente negligenciada nas análises comparativas de governança judicial na América Latina. Ao contrário do restante da região, a questão principal no Brasil não é se o judiciário é suficientemente independente, mas sim se ele se tornou independente demais. Assim, o caso brasileiro fornece um contraste útil ao principal aspecto desta obra, que apresenta a independência como um atributo central da credibilidade do judiciário. A independência judicial tem se mostrado excessiva em muitos aspectos, criando um judiciário isolado, pouco responsivo e, às vezes, irresponsável. O desafio de uma reforma judicial no Brasil é, portanto, radicalmente diferente do restante da América Latina. Enquanto o fortalecimento da independência judicial é um objetivo nuclear das reformas judiciais na América Latina hispânica, no Brasil o desafio está em fortalecer a *accountability* do judiciário vis-a-vis à sociedade e à política.<sup>6</sup>

O diagnóstico é comum a Prillaman (2000). Na verdade, ao enfrentar a questão das reformas judiciais na América Latina, Prillaman (2000, p. 26-28) propõe a necessidade de construção de um modelo de avaliação das diversas iniciativas de reforma judicial em curso na região que observe sempre os mesmos critérios de análise: independência-eficiência-acesso.

Especificamente com relação ao caso brasileiro, Prillaman (2000, p. 82-83) apresenta o cenário desolador que se consolidou no período pós-constituição de 1988 e que serviu de pano de fundo para a criação do Conselho Nacional de Justiça:

Mais de uma década depois da aprovação da Constituição de 1988, é difícil argumentar que qualquer das reformas judiciais surtiram os efeitos desejados ou melhoraram a confiança pública nos tribunais. Os gargalos judiciais estavam piores do que nunca, o tempo de solução dos casos cresciam por todo o País, a carga de trabalho média por juiz estava piorando ao invés de melhorar, escândalos

---

<sup>6</sup> Tradução livre do autor do original em inglês: “The Brazilian trajectory has largely been neglected in comparative analyses of judicial governance in Latin America. Unlike in the rest of the region, the main question in Brazil is not whether the judiciary is sufficiently independent, but rather whether it has become too independent. As such, the Brazilian case provides a useful contrast to the main thrust of this volume, which posits that independence is a central attribute of the judiciary’s credibility. Judicial independence has proved excessive in many respects, creating an insulated, unresponsive, and, at times, irresponsible judiciary. The challenge of judicial reform in Brazil is thus radically different from that of the rest of Latin America. While strengthening judicial independence is a core objective of judicial reform in Spanish-speaking Latin America, in Brazil the challenge resides in strengthening the accountability of the judiciary vis-à-vis the society and the polity”.

de corrupção dentro do judiciário tem se tornado lugar-comum, e as cortes resistem prontamente às reformas. (...)

O que deu errado? Em uma palavra, tudo. Medidas que no papel pareciam suficientes, na verdade, expuseram as profundas falhas nas abordagens convencionais das reformas judiciais. Os reformadores criaram com sucesso o judiciário independente que queriam - mas no processo varreram as restrições correspondentes da *accountability*. Ao falhar no enfrentamento da eficiência judicial, eles não anteciparam os efeitos potencialmente desastrosos de se dotar um judiciário ineficiente de excessiva independência.<sup>7</sup>

Na verdade, o receituário de reformas judiciais para consolidação da concepção neoliberal de *Rule of Law* prescrito pelas instituições internacionais acima nominadas indicava soluções terapêuticas inadequadas ao diagnóstico do Poder Judiciário brasileiro.

Se no restante da América Latina havia necessidade de reforço da independência da magistratura para que pacotes de austeridade fiscal e privatizações ficassem incólumes aos embates e alternâncias de poder que caracterizam os Poderes Executivo e Legislativo, no Brasil, a magistratura já se via resguardada por garantias institucionais, como a autonomia administrativa e financeira, previstas nos artigos 96 e 99, respectivamente, e funcionais, como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, constantes dos três incisos do artigo 95, todos do texto constitucional.

Isso não significa que não se necessitava de reforma no Poder Judiciário brasileiro, mas apenas que ela teria que possuir um outro viés preponderante: mecanismos de *accountability*.

Justamente por tomar em consideração características como competência e composição de conselhos de justiça de 121 (cento e vinte e um) países, o estudo de Ginsburg e Garoupa (2008) não limita os objetivos das reformas judiciais e criação de conselhos de justiça à promoção da independência judicial ou de *accountability* do poder judiciário, como se fossem aspectos reciprocamente excludentes, mas aponta para a existência de uma permanente tensão dialética entre a necessidade de se despolitizar o judiciário e a tendência

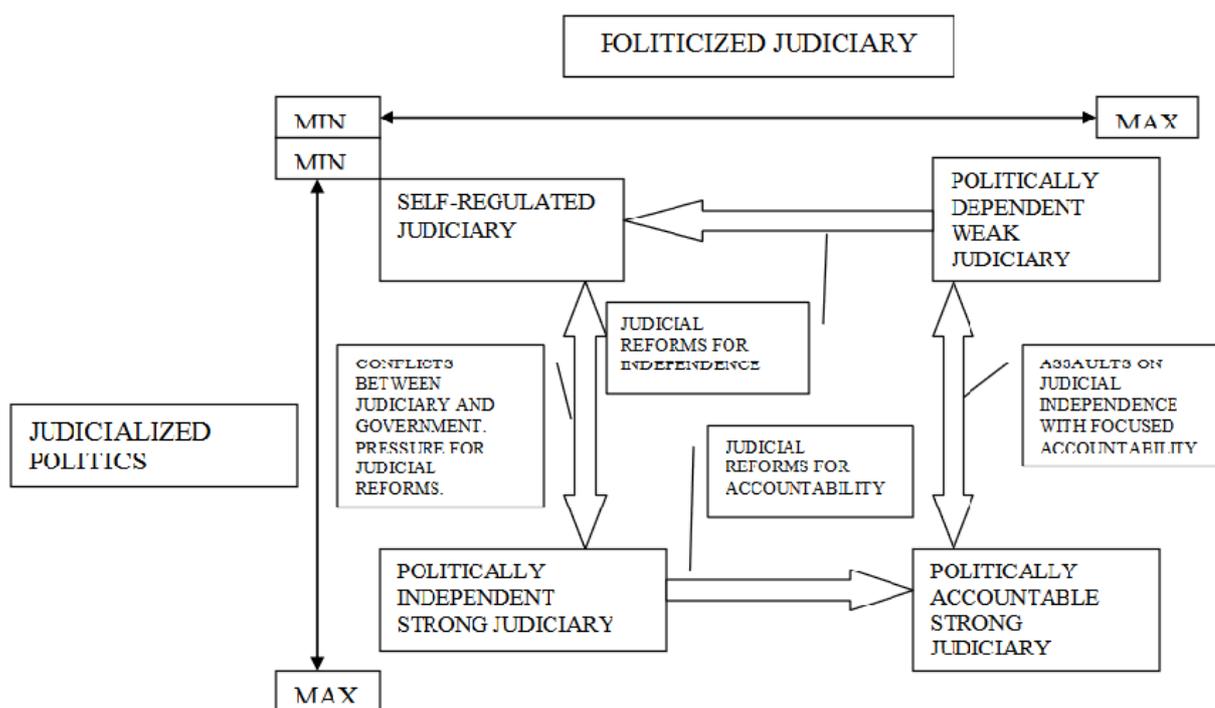
---

<sup>7</sup> Tradução livre do autor do original em inglês: “More than a decade after the passage of the 1988 Constitution, it is difficult to argue that any of the judicial reforms achieved their desired results or improved public confidence in the courts. Judicial bottlenecks were worse than ever, times to disposition were increasing throughout the country, the average caseload per judge was worsening rather than improving, corruption scandals inside the judiciary had become commonplace, and the courts steadfastly resisted all reforms. (...) What went wrong? In a word, everything. Measures that on paper seemed sensible enough in reality exposed the profound flaws in the conventional approach to judicial reform. Reformers successfully created the independent judiciary they desired – but in the process swept aside the balancing constraints of accountability. In failing to tackle judicial efficiency, reformers did not anticipate the potentially disastrous results when an inefficient judiciary is, in turn, given excessive independence.”

à judicialização da política. Tensão que produziria ciclos de pressão por reformas de fortalecimento da independência judicial seguidas por outras voltadas ao incremento de mecanismos de controle da atividade judicial.

O que chama atenção no trabalho de Ginsburg e Garoupa (2008, p. 18-19) é que as reformas judiciais e os conselhos de justiça não são tachados com uma predestinação institucional imanente. Na verdade, os conselhos de justiça possuem os mais variados desenhos institucionais ao redor do mundo e sua atuação, no sentido de fortalecer a independência judicial ou os mecanismos de *accountability*, depende da característica predominante do poder judiciário em questão, sendo possível se cogitar, inclusive, de um movimento cíclico entre uma e outra tendência, conforme o quadro abaixo (GINSBURG e GAROUPA 2008, p. 20):

Figura 1



Referindo-se ao quadro, Ginsburg e Garoupa (2008, p. 18) explicam que:

A figura 1 apresenta um sumário estilizado da calibragem mais recorrente entre independência e *accountability* externa, sintetizando as diferentes experiências discutidas acima. Começa no canto superior direito, um judiciário que tem pouca independência ou influência. Quando os juízes têm pouco peso nas políticas públicas e na política em geral, preocupações sobre a independência tendem a dominar e as reformas podem provocar um movimento de um judiciário fraco e politicamente dependente para um judiciário forte e autorregulado (e.g., a experiência franco-italiana nos anos 1950 ou a Espanha e Portugal nos anos 1970).

Essa mudança faz surgir um judiciário que tem controle sobre suas próprias questões. Frequentemente, apesar de não ser inevitável, os juízes usam essa independência para aumentar sua influência sobre políticas públicas (talvez como resultado de eventos exógenos). Isso está representado por uma mudança para o canto inferior esquerdo da Figura 1.

Contudo, uma vez que a política é judicializada de modo significativo, cresce a pressão para maior *accountability* política. O judiciário permanece forte, mas agora sujeito a supervisão e controle. Assim que a *accountability* se dirige somente a um pequeno grupo e atentados à independência judicial começam a ser bem-sucedidos, nós podemos, em algumas circunstâncias, observar um movimento de um judiciário forte e politicamente responsável de volta para o poder judiciário fraco e politicamente dependente, como ocorre na ascensão de um regime autoritário. Esse quadro dinâmico fornece uma ferramenta para a compreensão dos vários ajustes institucionais observados nos diferentes países.<sup>8</sup>

Ao se referirem ao Brasil, Ginsburg e Garoupa (2008, p. 10-11) concordam com Santiso e Prillaman no sentido de que, entre a Constituição e o ano de 2004, os juízes brasileiros gozaram de uma grande independência sem a correspondente supervisão, o que, em parte, decorre da visão do Conselho Nacional da Magistratura, criado na década de 70, como um resquício da ditadura militar e de sua extirpação da Constituição de 1988, animada por ideais democráticos. Os autores destacam, contudo, a criação do Conselho Nacional de Justiça como um fator de potencial alteração deste quadro e construção de um judiciário forte e responsável, promessa cuja materialização seria submetida ao teste do tempo.

Essa breve contextualização serve para demonstrar que a chamada *Reforma do Poder Judiciário* brasileiro e a criação do Conselho Nacional de Justiça se deu em um contexto complexo no qual as pressões da sociedade brasileira estiveram longe de atuar sozinhas. A elas se juntaram fatores políticos como o engajamento dos Poderes Executivo e Judiciário, o incentivo da mídia e até mesmo os diagnósticos produzidos pela academia.

---

<sup>8</sup> Tradução livre do autor do original em inglês: “Figure 1 presents a stylized summary of the recurrent calibration between independence and external accountability, synthesizing the different experiences discussed above. Begin in the upper right corner, a judiciary that has little independence or influence. When judges carry little weight over public policy and politics, concerns over independence tend to dominate and reformers may push for a move from a politically dependent weak judiciary to a strong self-regulated judiciary (e.g., the French-Italian experience in the 1950s, or Spain and Portugal in the 1970s). This shift gives rise to a judiciary that has some control over its own affairs. Frequently, though not inevitably, judges use this independence to increase their influence over public policy (perhaps as a result of exogenous events). This is represented by a shift to the lower left corner of Figure 1.

However, once politics is judicialized in a significant way, pressures arise for greater political accountability. The judiciary remains strong but is more subject to oversight and control. As accountability becomes directed only to a small group of principals and assaults on judicial independence are too successful, we may in some circumstances observe a move from a politically accountable strong judiciary back to politically dependent weak judiciary, as in a rising authoritarian regime. This dynamic framework provides a tool for understanding the various institutional adjustments observed in different countries.”

Ademais, como se percebe, a criação de um conselho de justiça não é uma panaceia pindorama, concebida de modo absolutamente original pelo legislador brasileiro. Havia um movimento patrocinado por agências internacionais de reformas institucionais nos poderes judiciários dos países emergentes aos quais se somou uma tendência mundial de se ver os conselhos de justiça como uma boa prática para o enfrentamento dos problemas peculiares de cada sistema judicial.

Viu-se que, enquanto em alguns países o desafio era de consolidação de uma magistratura independente, no Brasil, a carência era por fiscalização, controle, enfim, *accountability*. É aqui que se insere o Conselho Nacional de Justiça e suas decisões disciplinares que foram objeto da pesquisa documental realizada.

Antes, porém, de prosseguir com a discussão dos resultados e com o critério utilizado para a classificação das referidas decisões é preciso explorar as diversas formas de *accountability* relacionadas à atuação do Conselho Nacional de Justiça por Robl Filho (2013).

## **1.2. *Accountability* judicial institucional, decisional e comportamental**

Robl Filho (2013, p. 98-99) explica que o termo *accountability* é de difícil tradução para o português por aglutinar, em um só vocábulo, vários conceitos próximos, mas não idênticos. A palavra teria relação com as ideias de *account* e *accountable*, cujas acepções integram os seus elementos estruturais.

Ainda segundo Robl Filho (2013, p. 100), a palavra *account* possui vários significados, sendo dois de especial relevância para a compreensão do termo *accountability*. O primeiro se refere a *account* como registro contábil, anotações de transações financeiras, já o segundo entende *account* como a narrativa, oral ou escrita, de fatos acontecidos. Para Robl Filho (2013, p. 106), a “conta” corresponderia à dimensão da informação enquanto o “conto” representaria a justificação, aspectos estes, informação e justificação, que comporiam o primeiro elemento da *accountability*: a chamada *answerability*.

Em outras palavras, ao se falar em *accountability*, o primeiro aspecto que desponta é o dever de prestação de contas, tanto em seu aspecto mais literal, de registro aritmético das atividades desempenhadas, como no sentido da justificação ou explicação de condutas e procedimentos que venham a ser questionados.

A aplicação do conceito de *answerability* ao Poder Judiciário significa a disponibilização, pelos magistrados, das informações relativas ao acervo de processos, à taxa de congestionamento, ao tempo médio de duração dos feitos e outros indicadores de eficiência existentes, mas não somente isso como também o dever de reconstruir narrativamente situações a respeito de sua atuação que pareçam nebulosas ou demandem esclarecimento.

Mas este é apenas o primeiro elemento estrutural da *accountability*. O conceito também carrega consigo a ideia de *accountable*, um adjetivo que se refere àquele que assume a responsabilidade por suas decisões e ações (ROBL FILHO; 2013, p. 99), o que implica, na prática, na possibilidade de ser punido ou premiado por elas.

Assim, a *accountability* refere-se ao dever de prestação de contas e também à possibilidade de sanção daí decorrente.

Muito embora a distinção entre *accountability* vertical e horizontal seja mais notória<sup>9</sup>, para os objetivos deste trabalho interessam mais de perto as categorias de *accountability* judicial exploradas por Robl Filho (2013).

A primeira modalidade de *accountability* judicial que abordaremos é a institucional. Trata-se dos mecanismos de controle do Poder Judiciário que incidem sobre as suas garantias institucionais de independência. Segundo Robl Filho (2013, p. 145), “*a accountability judicial institucional diz respeito principalmente às relações de accountability horizontal que restringem e moldam a independência judicial institucional.*”

Robl Filho (2013, p. 131-132) descreve que a chamada *accountability* judicial decisional é “*o poder que o povo e os agentes estatais eleitos ou não possuem de requerer informações e justificações sobre as decisões judiciais, podendo aplicar sanções políticas e jurídicas sobre o membro do Poder Judiciário que prolatou a decisão.*”

Já a *accountability* judicial comportamental se refere à conduta do juiz “*perante as partes, os advogados, os funcionários judiciais e o povo*”. A *accountability* judicial comportamental tem em vista a “*imparcialidade, integridade, urbanidade e eficiência na prestação jurisdicional*” (ROBL FILHO; 2013, p. 135)

---

<sup>9</sup> *Accountability* é, como se vê, um conceito relacional por definição. Ele pressupõe dois agentes, o que presta contas e se submete aos mecanismos de responsabilização e o que recebe e avalia as informações e justificações e decide pela sanção ou premiação do primeiro.

Dentro da perspectiva do poder no Estado Democrático de Direito, quando essa relação se estabelece de forma direta entre o povo e o agente público, fala-se em *accountability* vertical, quando ela ocorre entre agentes estatais, sendo um deles dotado de competência fiscalizatória e sancionatória em relação ao outro, tem-se a chamada *accountability* horizontal (ROBL FILHO; 2013, p. 109).

Ao analisar as competências do Conselho Nacional de Justiça e correlacioná-las com as formas de *accountability*, Robl Filho (2013, p. 238) afirma peremptoriamente que:

Por meio de instrumentos de *accountabilities* horizontal ou vertical não eleitoral, o Conselho Nacional de Justiça implementa *accountabilities* judicial comportamental e institucional. Não existe competência de *accountability* judicial decisional, pois o Conselho não exerce poder jurisdicional originário ou recursal.

O que faremos a seguir é demonstrar que essa afirmação não condiz com a prática do Conselho no exercício de suas competências disciplinares, uma vez que as decisões dos processos administrativos disciplinares serão classificadas de acordo com as definições conceituais das formas de *accountability* judicial contidas em Robl Filho (2013).

### **1.3. 10 anos de atividade disciplinar do CNJ e o exercício das diversas formas de *accountability* judicial**

Muito embora tenha iniciado seu funcionamento em 2005, o Conselho Nacional de Justiça foi julgar o primeiro processo administrativo disciplinar instaurado e instruído no próprio órgão por ocasião de sua 41ª Sessão Ordinária, realizada em 29 de maio de 2007. Naquela oportunidade foi submetido ao Plenário o mérito do processo administrativo disciplinar nº 1, cuja decisão foi pelo arquivamento, por insuficiência de provas de que o magistrado acusado tivesse qualquer relação com entidade sindical sediada no Estado em que exercia a jurisdição que pudesse configurar falta funcional.

Daquela decisão até o fim do ano de 2015, o Conselho Nacional de Justiça julgou o mérito de 65 (sessenta e cinco) processos administrativos disciplinares com forte tendência de punição nos casos que lhe foram submetidos, tanto assim que, deste conjunto, foram 48 (quarenta e oito) decisões condenatórias e apenas 17 (dezessete) pelo arquivamento das acusações, o que gerou a punição de 60 (sessenta) magistrados.<sup>10</sup>

Dentro dessa significativa maioria de decisões pela aplicação de sanções administrativo-disciplinares aos magistrados foram encontrados julgados cujos fatos subjacentes variam desde esquemas de corrupção passiva envolvendo a obtenção de

---

<sup>10</sup> O número de magistrados apenados não coincide com o número de decisões condenatórias em razão da existência de processos administrativos disciplinares nos quais foi aplicada penalidade a mais de um juiz, como é o caso do PAD nº 0001922-91.2009.2.00.0000, no qual foram aposentados compulsoriamente 10 (dez) magistrados e também pela condenação de um mesmo magistrado em mais de um processo administrativo disciplinar, como é o caso dos PADs nº 0004353-64.2010.2.00.0000 e 0005953-86.2011.2.00.0000 e 0001852-74.2009.2.00.0000, 0005493-36.2010.2.00.0000 e 0001240-68.2011.2.00.0000.

vantagem ilícita em troca de decisões judiciais revelados a partir de investigações em curso na esfera jurisdicional<sup>11</sup> até o assédio sexual de candidata a concurso para a magistratura por magistrado integrante da banca examinadora<sup>12</sup>.

A primeira fase da pesquisa foi a sistematização e escolha de categorias de análise respaldadas teoricamente. Assim é que se adotou como critério de classificação as modalidades de *accountability* judicial exercidas pelo Conselho em cada caso, conforme a classificação de Robl Filho (2013), a saber: *accountability* judicial institucional, comportamental ou decisional.

Deste modo, nas situações em que o Conselho Nacional de Justiça atuou para sancionar a prática de ilícitos administrativos, como no processo administrativo disciplinar nº 0002719-62.2012.2.00.0000, no qual gestores de um tribunal foram punidos pela malversação de recursos contidos nas contas vinculadas para pagamento de precatórios, identificou-se o exercício de *accountability* judicial institucional.

Das 48 (quarenta e oito) decisões condenatórias proferidas pelo CNJ no período de apuração dos dados, apenas 7 (sete) acórdãos, ou seja, pouco mais de 14,5 % (quatorze e meio por cento) das decisões se referem à má-atuação dos magistrados no exercício de competências administrativas. Talvez o maior destaque desse pequeno conjunto seja justamente o processo administrativo disciplinar nº 0001922-91.2009.2.00.0000, no qual dez magistrados foram aposentados compulsoriamente por adotar procedimentos de destinação ilegal de recursos para uma loja maçônica.

Por outro lado, todas as decisões relacionadas à integridade do juiz, sua urbanidade ou eficiência, foram consideradas como *accountability* judicial comportamental, uma vez que, de acordo com Robl Filho (2013, p. 135) esta modalidade de *accountability* é a que tem em vista a “*integridade, urbanidade e eficiência na prestação jurisdicional*”.

Essa categoria abrange, por exemplo, as duas decisões que foram primeiro citadas, porquanto tanto nos casos de corrupção judicial como nos de abuso do cargo para assédio sexual está em jogo a integridade do magistrado (ROBL FILHO; 2013, p. 135). Do mesmo modo, decisões como as dos processos administrativos disciplinares nº 0002789-79.2012.2.00.0000 e 0004481-16.2012.2.00.0000, nas quais o Conselho determinou a aplicação da pena de censura aos magistrados em razão de excessiva morosidade na

---

<sup>11</sup> Vide BRASIL, CNJ. Processo Administrativo Disciplinar 0001533-77.2007.2.00.0000 - Rel. ELIANA CALMON - 109ª Sessão Ordinária<sup>a</sup> - j. 03/08/2010.

<sup>12</sup> Vide BRASIL, CNJ. Processo Administrativo Disciplinar 0005845-23.2012.2.00.0000 - Rel. MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI - 190ª Sessão - j. 03/06/2014

prestação jurisdicional, enquadram-se no conceito de *accountability* comportamental por se referirem à um problema de eficiência.

Das 48 (quarenta e oito) decisões condenatórias, 19 (dezenove) se enquadram nesta descrição, o que corresponde a aproximadamente 39,5% (trinta e nove e meio por cento) de todas as decisões que culminaram com o sancionamento dos magistrados processados, sendo 5 (cinco) casos em que ficou provada a prática de crime envolvendo a atividade judicial, 4 (quatro) casos de punição por morosidade excessiva na prestação jurisdicional e outros 10 (dez) casos diversos de exercício de atividades vedadas à magistratura<sup>13</sup>, assédio sexual<sup>14</sup>, comportamento inadequado na vida particular e/ou falta de urbanidade para com partes e advogados<sup>15</sup>, exercício de pressão sobre colegas de grau de jurisdição inferior para prolação de decisões<sup>16</sup>, solicitação de benefícios e regalias perante o Poder Executivo local<sup>17</sup>, vazamento de informações sigilosas para advogados<sup>18</sup>, condescendência com a exploração sexual de menores<sup>19</sup> e engajamento em processos eleitorais com abuso das prerrogativas do cargo<sup>20</sup>.

Percebe-se que o Conselho não tem acionado sua competência disciplinar como solução prioritária para casos de falta de eficiência na prestação jurisdicional. Além de serem somente 4 (quatro) decisões que aplicaram sanções aos juízes por sua indolência

---

<sup>13</sup> No caso do processo administrativo disciplinar nº 0001776-84.2008.2.00.0000, ficou comprovado o exercício reiterado, pelo juiz apenado, de atividade empresarial com finalidade lucrativa, o que é vedado à magistratura pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

<sup>14</sup> Além do já citado PAD nº 0005845-23.2012.2.00.0000, no qual foi condenado o magistrado que se valeu de sua condição de membro de banca examinadora de concurso público de ingresso na magistratura para assediar sexualmente uma candidata, no PAD nº 0005912-56.2010.2.00.0000, o juiz foi condenado por ter assediado a parte de um processo que se encontrava sob sua jurisdição.

<sup>15</sup> No PAD nº 0001102-09.2008.2.00.0000, o magistrado foi aposentado compulsoriamente por um somatório de fatos nos quais se utilizou da condição de juiz para intimidar pessoas e participar de uma invasão de terras. Os fatos são semelhantes aos do PAD nº 0005831-39.2012.2.00.0000, no qual o magistrado foi apenado por ter colaborado para a ocupação irregular de área rural, além de ter relações estreitas com agentes envolvidos com violência e intimidação de pessoas.

<sup>16</sup> Vide BRASIL, CNJ. PAD - Processo Administrativo Disciplinar - 0300090-81.2008.2.00.0000 - Rel. PAULO DE TARSO TAMBURINI SOUZA - 113ª Sessão - j. 28/09/2010

<sup>17</sup> Nos autos do PAD nº 0000787-44.2009.2.00.0000 constatou-se que uma das magistradas acusadas tinha o hábito de solicitar emissão de passagens aéreas, ingressos para apresentações artísticas, linha e aparelhos celulares e outras benesses ao prefeito do Município sede da Comarca onde oficiava.

<sup>18</sup> Vide BRASIL, CNJ. Processo Administrativo Disciplinar 0005493-36.2010.2.00.0000 - Rel. GILBERTO MARTINS - 175ª Sessão - j. 23/09/2013

<sup>19</sup> Nos autos do PAD nº 0007158-87.2010.2.00.0000, ficou comprovado que o magistrado tinha conhecimento do funcionamento e eventualmente frequentava casa de prostituição onde se fazia a exploração sexual de menores.

<sup>20</sup> No PAD nº 0001901-13.2012.2.00.0000, muito embora o magistrado tenha feito discurso na posse de seu irmão no cargo de vice-prefeito e determinado a condução coercitiva de pessoa em razão de disputas eleitorais, a pena aplicada pelo CNJ foi de advertência.

na prestação jurisdicional, em todos os casos a penalidade aplicada foi de censura, a segunda mais branda dentre as previstas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional<sup>21</sup>.

Os números são semelhantes quando se tem em foco o exercício das competências disciplinares do CNJ para punição de praticas criminosas envolvendo a atividade jurisdicional. São só 5 (cinco) acórdãos que punem magistrados com a referência explícita a provas de que teriam, de alguma forma, negociado a prolação de decisões judiciais.

O primeiro caso deste tipo foi o processo administrativo disciplinar nº 6, julgado pelo Conselho Nacional de Justiça em 26 de fevereiro de 2008. O acórdão noticia situações nas quais o magistrado, por suas relações com membro do Poder Legislativo estadual, prometeu a um parlamentar interceder junto a colegas para que fosse revertida decisão de afastamento de um prefeito municipal pela Câmara de Vereadores local, negociou a aprovação de medida legislativa de fixação dos subsídios dos magistrados do Estado em troca da revogação/redução da decisão judicial que decretara a indisponibilidade dos bens do mesmo deputado, em favor de quem determinou, ainda, que juiz da Corte prestasse aconselhamento jurídico.

Tais fatos foram levados a conhecimento do Conselho Nacional de Justiça por meio do conteúdo de interceptações telefônicas realizadas com autorização judicial em Inquérito em tramitação no Superior Tribunal de Justiça no qual o mesmo magistrado era investigado.

Igualmente, no já referido PAD nº 0001533-77.2007.2.00.0000, um esquema de favorecimento ilícito para a produção de decisões em favor de casas de jogos envolvendo advogados, um juiz federal de segundo grau de jurisdição e um Ministro de Tribunal Superior levou à aposentadoria compulsória de ambos.

Os elementos de prova decisivos para o convencimento do Conselho Nacional de Justiça naquele caso foram o teor de conversas telefônicas entre os investigados, captados por meio de interceptações realizadas no âmbito do Inquérito nº 2.424 e da Ação Penal nº 2007.5101802985-5, em tramitação no Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>21</sup> Art. 42 - São penas disciplinares:

I - advertência;

II - censura;

III - remoção compulsória;

IV - disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço;

V - aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço;

VI - demissão.

O caso se assemelha, no que se refere à obtenção de vantagem indevida pelo magistrado para a prolação de decisões favoráveis a casa de bingo, ao que foi objeto do PAD nº 0001852-74.2009.2.00.0000, no qual o magistrado também foi aposentado compulsoriamente em razão da existência de provas da percepção de tais vantagens. As referidas provas são, na verdade, conclusões de relatórios de movimentações financeiras, do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF e relatórios sobre as movimentações imobiliárias em nome do juiz e seus familiares, obtidos através da quebra de sigilos bancário e fiscal, respectivamente, realizadas no Inquérito nº 583, do Superior Tribunal de Justiça.

Na decisão do processo administrativo disciplinar nº 0006374-47.2009.2.00.0000, o Conselho Nacional de Justiça decidiu pela aposentadoria compulsória de um magistrado que teria negociado, mediante seu filho advogado, o retardamento do andamento de uma ação penal de sua competência. Todo o histórico da negociação e a demonstração de que o negociador conhecia o andamento da ação penal que tramitava sob a responsabilidade de seu pai estão registrados em gravações ambientais validadas nos autos da Ação Penal 644, em tramitação no Superior Tribunal de Justiça, e, posteriormente compartilhadas com o CNJ.

Já no julgamento do processo administrativo disciplinar nº 0003715-60.2012.2.00.0000, o Conselho Nacional de Justiça aplicou a pena de aposentadoria compulsória a magistrado em casos de troca de decisões judiciais por vantagem financeira ilícita que se referiam a uma ação de destituição de administradores de empresa estatal na qual a decisão do magistrado foi preparada pelos advogados de uma das partes e quatro procedimentos relativos à liberação de precatórios. Neste caso, a exemplo dos demais, foram decisivas as provas produzidas a partir de interceptações telefônicas constantes da Ação Penal nº 640, em curso perante o Superior Tribunal de Justiça.

É possível afirmar que nos cinco casos sumariados acima, o Conselho Nacional de Justiça atuou para que fossem produzidos os efeitos administrativo-disciplinares de fatos que já estavam sob apuração na esfera judicial de responsabilização criminal dos magistrados acusados. Em todos eles, as decisões judiciais proferidas em troca de vantagens ilícitas ou mesmo a procrastinação sob encomenda de atos de ofício servem como elemento de convicção, mas é a prova produzida no ambiente judicial e emprestada ao Conselho Nacional de Justiça que exerce papel preponderante para a formação da culpa dos agentes e sua consequente punição.

Em outras palavras, a conclusão no sentido de que restou configurada a prática de corrupção passiva pelo magistrado ou de que ele exerceu advocacia administrativa depende de provas cuja produção pelo Conselho Nacional de Justiça é de constitucionalidade duvidosa.

É que a quebra de sigilos protegidos constitucionalmente pelos direitos fundamentais à privacidade e à intimidade está submetida a uma cláusula constitucional de reserva de jurisdição que impede a obtenção de determinadas provas por autoridades e órgãos administrativos de fiscalização como o CNJ.

Ou seja, a interceptação de comunicações telefônicas, a obtenção do registro de ligações e mensagens enviadas e recebidas por telefone, do relatório de informações e movimentações financeiras ou do histórico de declarações de ajuste de imposto de renda, via de regra, só podem ser determinados por autoridades judiciais no exercício de poder jurisdicional.

A competência outorgada pelo inciso V do artigo 8º do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça à Corregedoria Nacional de Justiça parecia contornar a vedação constitucional na medida em que autoriza o órgão correcional a *“requisitar das autoridades fiscais, monetárias e de outras autoridades competentes informações, exames, perícias ou documentos, sigilosos ou não, imprescindíveis ao esclarecimento de processos ou procedimentos submetidos à sua apreciação”*.

Ocorre que o dispositivo está no centro de uma disputa judicial nos autos do Mandado de Segurança nº 31.085 em tramitação no Supremo Tribunal Federal, no qual foi proferida liminar no sentido da paralisação de todas as investigações que estivessem em curso na Corregedoria Nacional de Justiça com o aproveitamento dos dados citados no dispositivo regimental.

Até que o mérito do Mandado de Segurança citado seja julgado pelo Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça continuará impedido de obter, por decisão própria, dados protegidos pelos sigilos fiscal, bancário e de comunicações telefônicas, o que limita a apuração de fatos graves de corrupção judicial às situações nas quais investigações no mesmo sentido já tenham sido realizadas ou estejam em curso no âmbito penal, possibilitando, assim, seu compartilhamento para que sejam produzidos, no CNJ, os efeitos administrativos de condutas que, pelo menos em tese, configuram ilícitos penais.

Outro aspecto que decorre desta limitação é a falta de contemporaneidade aos fatos apurados com a qual o Conselho Nacional de Justiça lida no exercício de suas

competências disciplinares. Medidas investigativas como interceptações telefônicas tem a vantagem de conseguir apurar fatos na medida em que ocorrem. Por não ter competência para adotar esse tipo de providência, o Conselho Nacional de Justiça, na investigação de faltas funcionais praticadas pelos magistrados no exercício da jurisdição, é sempre retardatário em relação aos fatos que investiga.

Muitas vezes as instruções dos processos administrativos disciplinares acontecem anos depois de ocorridos os fatos que se pretende reconstituir, quando o contexto probatório está bastante prejudicado.

Talvez por isso, em 22 (vinte e duas) das 48 (quarenta e oito) decisões de mérito condenatórias pesquisadas, as provas decisivas para a formação do convencimento do Conselho Nacional de Justiça pela aplicação de penalidade administrativa aos magistrados são as decisões por eles proferidas e seu caráter teratológico, atípico, excêntrico, enfim, considerado pelo CNJ como descabido em relação ao Direito.

O fato de termos, em quase 46% (quarenta e seis por cento) de todas as decisões condenatórias do Conselho Nacional de Justiça, em dez anos de atividade disciplinar, um juízo acerca da adequação ou correção da conduta judicial em relação ao caso que lhe estava submetido é um forte indício de que aquela afirmação de Robl Filho (2013, p. 238) no sentido de que “*não existe competência de accountability judicial decisional [no CNJ], pois o Conselho não exerce poder jurisdicional originário ou recursal*” não corresponde à práxis do órgão.

É claro que nem todas essas decisões são iguais. Em 8 (oito) delas, o Conselho Nacional de Justiça acrescentou ao juízo de valor acerca do desacerto das decisões proferidas pelo juiz a existência de uma relação entre o magistrado apenado e as partes ou os advogados da causa, encaminhando a decisão pela sanção por uma questão de quebra do dever de imparcialidade.

De acordo com Robl Filho (2013, p. 135), a imparcialidade é um elemento da *accountability* judicial comportamental. Por outro lado, como veremos, as relações de parentesco ou amizade entre o magistrado e as partes ou seus advogados são apontadas nessas decisões do CNJ como um elemento auxiliar de convencimento, uma evidência a mais, um aspecto adjacente ao caráter abusivo atribuído às decisões proferidas, o que faria preponderar uma espécie de *accountability* judicial decisional.

No caso do processo administrativo disciplinar nº 0005494-21.2010.2.00.0000, por exemplo, o magistrado foi condenado à pena de aposentadoria

compulsória pela prática de atos “*incompatíveis com a dignidade, a honra e o decoro das funções*” na condução de oito processos judiciais.

Em um deles, ao julgar uma ação declaratória de inexistência de débito cumulada com danos morais ajuizada por uma empresa local contra uma grande operadora nacional do sistema de telefonia, o magistrado teria confirmado os efeitos de antecipação de tutela anteriormente deferida aos autores, condenando a ré ao pagamento de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) a título de indenização, bem como à exclusão imediata do nome da empresa autora dos órgãos de proteção ao crédito sob pena de multa diária fixada na sentença em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

O acórdão do CNJ registra que apesar da referida sentença ter sido objeto de recurso de apelação recebido no duplo efeito, a autora ingressou com uma ação de execução provisória das *astreintes* que, mesmo tendo sido impugnada pela ré a tempo e modo, inclusive com o depósito em juízo do valor da execução como garantia do cumprimento de eventual decisão desfavorável, foi julgada procedente pelo magistrado para condenar a empresa de telefonia ao pagamento de R\$ 288.000,00 (duzentos e oitenta e oito mil reais) a título de multa pelo período em que o nome da empresa autora ficara negativado, com a expedição de alvará para levantamento da quantia no mesmo dia sem qualquer caução.

Além disso, o magistrado, que na sentença da execução provisória havia excluído expressamente a possibilidade de condenação da ré por honorários sucumbenciais naquela fase processual, deu provimento a embargos de declaração interpostos pela autora quanto a este tópico da decisão, reconhecendo a ocorrência de omissão em sua sentença e arbitrando os honorários em 20% (vinte por cento) do valor da condenação – percentual máximo previsto na legislação processual -, o que deu ensejo a uma nova apelação por parte da empresa de telefonia e um novo pedido de penhora no valor de R\$ 50.160,00 (cinquenta mil, cento e sessenta reais), relativos aos tais honorários, manejado pela autora/exequente.

A apelação foi simplesmente engavetada pelo magistrado e jamais encaminhada ao Tribunal enquanto a penhora foi prontamente deferida. Especificamente com relação à atuação do juiz neste feito de execução provisória de nº 19.740/2008, consta do acórdão do CNJ o seguinte trecho:

Embora não seja possível verificar nos autos a obtenção de proveito econômico pelo magistrado através das condutas por ele adotadas, entendo que o desrespeito às normas procedimentais e ao regramento jurídico no processamento de feitos sob a sua condução revelam, pela gravidade, atuação incompatível com o exercício da magistratura.

Com relação a este fato, muito embora a decisão fale em quebra do dever de imparcialidade, não há qualquer referência a que espécie de vínculo poderia ter levado o magistrado a sempre pender para um lado da relação jurídico processual. Trata-se de uma constatação feita *a posteriori*, a partir, exclusivamente, da desproporcionalidade do proveito financeiro das decisões do magistrado experimentadas por uma e outra parte.

Consta, contudo, do mesmo acórdão, a condenação do magistrado pelo fato de ter julgado procedente ação de arbitramento de honorários ajuizada por advogados que representaram pelo prazo de 3 (três) meses a parte autora de uma ação rescisória que tramitou por 2 (dois) anos, para condenar a referida empresa ao pagamento de 20% (vinte por cento) do valor da causa originária, no montante de R\$ 728.727,45 (setecentos e vinte e oito mil, setecentos e vinte e sete reais e quarenta e cinco centavos), tendo posteriormente determinado a penhora *online* e expedido alvará de levantamento da quantia de R\$ 826.506,35 (oitocentos e vinte e seis mil, quinhentos e seis reais e trinta e cinco centavos) em ação de execução promovida pelos mesmos causídicos sem sequer intimar a empresa executada.

O magistrado havia concedido aos autores da referida execução o benefício da assistência judiciária gratuita e aceitou como caução para o levantamento dos valores uma nota promissória por eles assinada. Eis o juízo das condutas realizado pelo CNJ:

Como é cediço, o inciso II, do § 2º do art. 475-O do CPC estabelece a necessidade de caução suficiente e idônea para levantamento de depósito em dinheiro. *In casu*, não reputo idônea uma caução fundada em nota promissória emitida por pessoas hipossuficientes. Parece, no mínimo, um contrassenso.

Aliás, a execução provisória deve observar o mesmo regramento da definitiva, sendo que esta determina expressamente que “*do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias*”<sup>22</sup>.

Causa espanto o fato de o magistrado requerido ter autorizado o levantamento de valores decorrentes de decisão provisória sem assegurar minimamente o direito de defesa, pois a empresa sequer foi intimada da penhora.

Portanto, o magistrado processado deveria aguardar, *ad cautelam*, o prazo para oferecimento da impugnação para decidir acerca do levantamento de tão expressiva quantia.

Note a análise das normas processuais aplicáveis ao caso e a inegável avaliação da correção do entendimento manifestado pelo magistrado nas decisões. Especificamente com relação a este caso, o acórdão acrescenta às conclusões já apresentadas

---

<sup>22</sup> Art. 475-J, § 1º.

que um dos advogados beneficiados pelas decisões era advogado do próprio magistrado em outra ação judicial, o que corroboraria o caráter tendencioso de suas decisões.

Em casos como este, no qual o juiz foi condenado à pena administrativa máxima prevista na legislação por sua atuação em vários processos, sendo que, quanto a uns, somente o caráter abusivo e extravagante de suas decisões é tomado como elemento de convicção, enquanto com relação a outros surgem elementos adicionais que permitem inferir a sua parcialidade, o Conselho Nacional de Justiça exerceu *accountability* judicial comportamental ou decisional?

Vejamos ainda o caso do processo administrativo disciplinar nº 0005993-05.2010.2.00.0000. Trata-se de caso no qual o magistrado também foi aposentado compulsoriamente pelo Conselho Nacional de Justiça por sua atuação em mais de um processo judicial.

Na verdade, foram demandas repetidas, ajuizadas por participantes de um plano de previdência complementar administrado por uma caixa de assistência a ex-funcionários de uma estatal estadual com pedido de antecipação de tutela para a retirada de vultosas quantias a título de contribuição individual, os quais foram prontamente deferidos e acrescidos de honorários sucumbenciais, sempre arbitrados no máximo mesmo em se tratando de uma decisão liminar, com posterior ordem de penhora e expedição de alvará para levantamento dos valores pelos autores, todos beneficiários da assistência judiciária gratuita que ofereceram, como contracautela ao juízo, notas promissórias.

Consta do acórdão que o primeiro dos processos distribuído à competência do magistrado apenado permaneceu em cartório por mais 8 (oito) meses sem qualquer despacho, mesmo havendo pedido urgente pendente de apreciação, ao que se seguiu a concessão da tutela antecipada e ordem de resgate dos valores depositados com máxima celeridade sem que se tenha dado oportunidade à caixa de assistência para exercício do contraditório.

A decisão aponta que a urgência passou a ser tanta que o magistrado chegou a despachar pedidos de levantamento dos valores mesmo sem a presença dos respectivos autos em cartório, os quais estavam com carga para a entidade ré para a interposição de recursos.

O CNJ levou em conta, ainda, que, nos casos em que houve pedido de intervenção da União e remessa dos autos à Justiça Federal para análise da competência para julgamento das causas, o juiz não imprimiu a mesma celeridade verificada quando da

concessão das tutelas antecipadas e expedição dos respectivos alvarás de liberação dos valores. Ainda segundo o acórdão, o mesmo ocorreu com as exceções de suspeição que foram opostas pela caixa de assistência e que, mesmo depois de terem suspenso a tramitação das ações principais, permaneceram em cartório por anos antes de serem remetidas ao Tribunal.

Em sua conclusão, a decisão do CNJ emite o seguinte juízo acerca do caso:

Em todos esses casos, o magistrado (*omissis*) proferiu decisões teratológicas, ora deferindo antecipações de tutela sem a presença de seus requisitos, ora adotando tal figura de juízo em espécie processual à qual o instituto não se aplica, sempre no desiderato de providenciar, com especial celeridade, a liberação definitiva das quantias em favor dos autores, sem garantia idônea ou suficiente.

Em todas as hipóteses consideradas, percebe-se o magistrado atuando sem observar os princípios do contraditório e da ampla defesa, agindo de forma deliberadamente parcial no sentido de beneficiar uma das partes em detrimento da outra, naquilo que chamamos julgamento *sumário* das lides.

Em contraposição, agia com leniência na apreciação das Exceções de Suspeição ou das petições que pediam o deslocamento da competência para julgar os feitos.

Chama especial atenção a referência às decisões do magistrado como “*teratológicas*”, além de conclusões acerca de seu conteúdo como a afirmação de que as tutelas antecipadas eram deferidas “*sem a presença de seus requisitos*” ou que o magistrado não observava os princípios do “*contraditório*” e “*ampla defesa*”.

Neste caso em particular, descobriu-se que as referidas ações eram muito similares a outra, patrocinada pelo filho do magistrado na condição de advogado da parte autora, em tramitação em outra Vara, o que seria um elemento que comprometeu a imparcialidade do magistrado.

Neste caso, como no anterior, o juízo de responsabilidade administrativa do juiz forma-se em torno da arbitrariedade de suas decisões e a participação de seu filho como advogado de causa semelhante em outra Vara surge como um acréscimo de evidência da falta de isenção de ânimo do julgador.

Como afirmado anteriormente, padrões de decisão semelhantes ocorrem em outros 6 (seis) casos nos quais relações de amizade ou parentesco com partes e/ou advogados se somam a uma forte crítica ao teor das decisões proferidas pelos magistrados na formação de suas culpas.

Dizer que, nestes casos, pela mera referência à quebra de imparcialidade se tem *accountability* judicial puramente comportamental é negar o peso da evidência no sentido de que o CNJ avaliou a correção das decisões judiciais proferidas como elemento

relevantíssimo para a decisão pela condenação dos magistrados. Parece claro que, nestes casos, a *accountability* judicial comportamental foi exercida de maneira híbrida com uma espécie de *accountability* judicial decisional, gerando uma zona limítrofe obnubilada, como uma área de interseção entre os dois conjuntos de formas de *accountability*.

O resultado da pesquisa pode ser resumido na figura abaixo (Figura 2). Como se vê, foram analisados, no total, 65 (sessenta e cinco) acórdãos de processos administrativos disciplinares, dos quais 48 (quarenta e oito) geraram condenações e 17 (dezessete) terminaram arquivados.

Dentre as 48 (quarenta e oito) condenações, identificamos 3 (três) conjuntos bem distintos de decisões. O primeiro, mais abaixo, contém as 7 (sete) decisões nas quais o Conselho Nacional de Justiça atuou para punir situações de desvirtuamento de prerrogativas institucionais do Poder Judiciário, corrigindo ilícitos administrativos, por assim dizer, exercendo, portanto, *accountability* judicial institucional. O segundo conjunto, à esquerda, contém 19 (dezenove) acórdãos nos quais o CNJ atuou exercendo *accountability* judicial comportamental. São decisões que puniram magistrados que descumpriram deveres como o de integridade, eficiência e etc.. Há, ainda, o terceiro conjunto, representado à direita, que contém 22 (vinte e dois) casos de exercício de *accountability* judicial decisional. Como apontado acima, este conjunto possui uma área de interseção com o que foi descrito anteriormente, composta por decisões nas quais o CNJ puniu os juízes pelo caráter teleológico das decisões proferidas, mas também identificou a existência de um vínculo entre magistrado e parte e/ou advogados capaz de abalar, objetivamente, a sua imparcialidade.

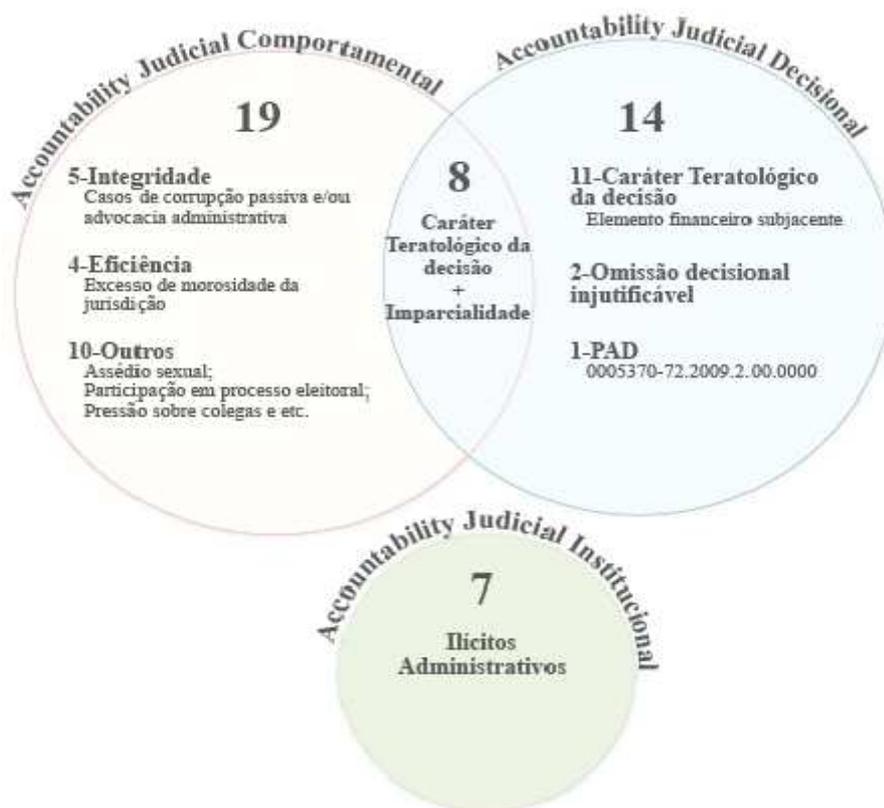
Estão contidos, ainda, neste mesmo conjunto, 14 (quatorze) decisões nas quais há exclusivamente um juízo de desvalor em relação às decisões por eles proferidas.

Figura 2

**Total de Processos Administrativos Disciplinares  
julgados pelo CNJ de 2005 a 2015**

65 { 48 Condenações  
17 Arquivamentos

**Condenações**



Nestes 14 (catorze) julgados restantes não há qualquer prova que permita a conclusão de que houve corrupção do juiz e tampouco qualquer referência à existência de relações concretas de amizade ou parentesco entre partes e/ou seus advogados e o magistrado punido.

Neles, as eventuais menções à quebra da imparcialidade cumprem um papel formal de permitir a subsunção da conduta a algum tipo infracional previsto em lei. Na verdade, as decisões são qualificadas como parciais pelos seus resultados, simplesmente porque geraram um benefício desproporcional para uma das partes em detrimento da outra. Mas este não pode ser um critério válido para a identificação de situações ilegais ou abusivas no exercício da jurisdição, afinal, em última análise, toda decisão judicial determina uma

distinção entre vencedores e vencidos, gera um proveito para uma parte ao qual se contrapõe um prejuízo para a outra, esse é o conceito elementar de sucumbência.

No fundo, as decisões que passaremos a descrever, que representam quantitativamente mais de um quarto de todas as decisões disciplinares proferidas pelo CNJ em dez anos de funcionamento, estão arrimadas num juízo de reprovação do teor das decisões proferidas pelos juízes sancionados, trata-se de *accountability* judicial puramente decisional.

Ao decidir o processo administrativo disciplinar nº 0001460-03.2010.2.00.0000, o Conselho Nacional de Justiça condenou um juiz à aposentadoria compulsória por sua atuação em pelo menos 15 (quinze) processos nos quais teria apreciado causas que lhe foram distribuídas por dependência de forma deliberadamente ilegal, concedido pedidos de antecipação de tutela e determinado penhoras e levantamentos de quantias vultosas sem conceder oportunidade para prévio contraditório pela parte afetada pelas decisões.

Apenas para ilustrar, uma das condutas considerada ilegal pelo CNJ se deu em um alvará para levantamento de valores depositados em conta corrente que teria sido ajuizado pelo companheiro da titular da referida conta, falecida, distribuído ao magistrado por dependência em relação a uma ação de indenização movida por pessoa absolutamente estranha às partes do mencionado alvará contra o Banco General Motors S/A, Johnson & Higgins Corretores de Seguros e Itaú Seguros S/A. O juiz não somente aceitou a distribuição dirigida como deferiu o pedido determinando o levantamento de todos os valores depositados na referida conta corrente num prazo de 2 (dois) dias.

No mesmo processo administrativo disciplinar, o juiz foi condenado por ter, nos autos de uma exceção de pré-executividade na qual o oponente apenas requeria a anulação do título extrajudicial que aparelhava a ação de execução originária, movida por uma instituição financeira, e a sua condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, julgado procedente os pedidos e, de ofício, determinado ao referido banco o pagamento ao executado do dobro do valor da execução, com a determinação de penhora em dinheiro, nas agências da instituição bancária, do valor de 1.889.540,08 (um milhão, oitocentos e oitenta e nove mil, quinhentos e quarenta reais e oito centavos), com ordem para que os gerentes emitissem cheque administrativo nominal ao juízo e entregassem os títulos ao oficial de justiça, em duas horas, sob pena de crime de desobediência.

Outro fato que também levou à condenação do magistrado foi sua decisão no sentido de deferir antecipação de tutela, com a determinação de bloqueio de R\$ 2.217.580,30 (dois milhões, duzentos e dezessete mil, quinhentos e oitenta reais, e trinta centavos), numa ação de execução de título executivo extrajudicial instruída com um contrato de prestação de serviços. De acordo com o acórdão do CNJ, “*o documento que instruíra o pedido de execução era contrato de prestação de serviços, o que demandava instrução para comprovação do cumprimento da obrigação e apuração do valor efetivamente devido*”, ou seja, reapreciando o caso que fora submetido ao magistrado, o Conselho entendeu que o título submetido à execução “*não preenchia os requisitos de liquidez e exigibilidade*”.

A ementa do acórdão é bastante clara a respeito do modo pelo qual o Conselho Nacional de Justiça chegou à decisão pela punição do magistrado na esfera disciplinar:

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. REITERADA PROLAÇÃO DE DECISÕES TERATOLÓGICAS. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IMPARCIALIDADE E DA PRUDÊNCIA, BEM COMO DO DEVER IMPOSTO NO ART. 35, I, DA LOMAN, E INCIDÊNCIA NAS INFRAÇÕES DESCRITAS NO ART. 56, I E III, SEGUNDA PARTE, DO MESMO DIPLOMA LEGAL.

A reiterada violação de deveres funcionais, por meio da prolação de decisões teratológicas, envolvendo a liberação de vultosas quantias, sem garantias consistentes, em desfavor de partes notoriamente solventes, revela a existência de dolo na atuação do magistrado acusado, consubstanciado na deliberada intenção de beneficiar, na solidão de qualquer razão de direito sustentável, um dos pólos da relação processual, o que, evidentemente, ultrapassa os limites da regular atuação judicante e passa ao campo da responsabilização disciplinar, caracterizando contumácia na prática de condutas incompatíveis a merecer punição.

O princípio da independência judicial não constitui manto de proteção absoluto do magistrado, capaz de afastar qualquer possibilidade de sua punição em razão das decisões que profere, e tampouco funciona como a cartola de mágico, da qual o juiz pode retirar, conforme seu exclusivo desejo, arbitrariamente, ilusões de direito. Ele é uma garantia do cidadão para assegurar julgamentos livres de pressões, mas de acordo com a lei e o direito.

Processo administrativo disciplinar julgado procedente para aplicar a pena de aposentadoria compulsória, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

Não há, na referida decisão, qualquer referência a prova de que o magistrado estaria cooptado para a prolação das decisões e tampouco menção à existência de vínculos com as partes ou advogados envolvidos que pudesse abalar sua imparcialidade. Suas decisões foram simplesmente consideradas “*arbitrárias*”, “*teratológicas*”, proferidas na “*solidão de qualquer razão de direito sustentável*”.

No acórdão que julgou o processo administrativo disciplinar nº 0001589-08.2010.2.00.0000, consta que o magistrado investigado foi acusado por sua atuação na condução de sete processos. Cinco das imputações foram julgadas procedentes e se referem a situações bastante semelhantes às que foram descritas no caso anterior.

O juiz foi condenado, por exemplo, por ter, numa ação de cobrança ajuizada por uma empresa - a quem concedeu o benefício da assistência judiciária gratuita -, contra uma estatal estadual, deferido o pedido de antecipação de tutela para determinar o bloqueio de R\$ 2.414.191,09 (dois milhões, quatrocentos e quatorze mil, cento e noventa e um reais e nove centavos), e expedido alvará para levantamento de R\$ 323.336,67 (trezentos e vinte e três mil, trezentos e trinta e seis reais e sessenta e sete centavos) antes da citação da ré. Além disso, no mesmo caso, à notícia da efetivação de bloqueios em contas da ré, o juiz, de ofício, determinava o reiterado levantamento de valores, chegando-se a um total de R\$ 3.357.426,36 (três milhões, trezentos e cinquenta e sete mil, quatrocentos e vinte e seis reais e trinta e seis centavos), mais do que o pedido pelos autores.

Ao analisar a atuação do magistrado neste caso, o CNJ a considerou *“temerária e violadora do disposto no art. 273, § 2º, do CPC, eis que na hipótese havia grave perigo de irreversibilidade da medida”*.

Especificamente com relação a outro processo no qual o juiz teria determinado a penhora de valores sem determinar a intimação da parte contrária, o acórdão do CNJ avalia que o juiz *“violou regras processuais expressas”*. Também neste processo administrativo disciplinar não se tem qualquer prova de corrupção judicial ou da existência de razões concretas para a quebra do dever de imparcialidade, embora ele seja alegado como razão de decidir.

O quadro até aqui apresentado não difere do que foi constatado nos autos do processo administrativo disciplinar nº 0005003-77.2011.2.00.0000 no qual uma magistrada respondeu por ter, no plantão judiciário e desconsiderando que a parte passara 51 (cinquenta e um) meses com os autos retidos em carga, deferido liminar para determinar o bloqueio e levantamento de R\$ 13.355.803,58 (treze milhões, trezentos e cinquenta e cinco mil oitocentos e três reais e cinquenta e oito centavos) , com ordem de arrombamento dos cofres da instituição bancária, sem que houvesse qualquer notícia de resistência ao cumprimento da ordem judicial.

O valor seria devido a título de astreintes em razão do descumprimento de ordem para exclusão do nome dos autores dos cadastros de órgãos de proteção ao crédito, a qual teria sido cumprida pelas empresas processadas dias depois de comunicadas da decisão. O objeto do processo era um contrato de *leasing* de automóvel, avaliado em R\$ 78.000,00 (setenta e oito mil reais).

Diz o acórdão do Conselho Nacional de Justiça a respeito do caso que:

Percebe-se que a Magistrada “emprestou” caráter de urgência à situação, de modo a que a petição fosse decidida no plantão judiciário. Considerando que este juízo prévio de urgência constituiu pressuposto para que a Requerida proferisse decisão teratológica, abrindo mão das cautelas necessárias previstas na legislação processual, criando situação de iminente irreversibilidade, entendo violado o Provimento 010/2000 da Corregedoria local e descumprimento das cautelas previstas no art. 273 do CPC, além do dever de “cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e atos de ofício”

Voltam a exercer papel preponderante para o juízo condenatório do CNJ as ideias de teratologia e descumprimento das leis processuais por parte da juíza. Tais argumentos reconstituem o momento da prolação da decisão e censuram, sem sombra de dúvidas, a interpretação do Direito realizada pela magistrada e veiculada em sua decisão.

Vale mencionar, ainda, como um exemplo derradeiro deste predominante conjunto de decisões do Conselho Nacional de Justiça no qual os juízes são efetivamente punidos pelo que decidiram em determinados casos, o processo administrativo disciplinar nº 0006017-28.2013.2.00.0000.

Nele o juiz foi acusado de proferir uma série de decisões que beneficiariam o titular de um cartório de títulos e documentos de uma capital do País. O juiz acabou condenado por ter proferido, por exemplo, decisão liminar na qual determinou que todas as alienações fiduciárias e contratos de *leasing* de veículos automotores celebrados no Estado fossem submetidos a registro nos cartórios da referida capital antes de averbados pelo DETRAN.

Mas a decisão mais paradigmática, objeto de censura pelo CNJ, foi proferida em uma ação cautelar incidental na qual o titular do registro de títulos e documentos alegava a necessidade da fixação de uma tabela de emolumentos baseada na média nacional dos valores cobrados pelos cartórios por atos de registro, uma vez que a tabela fixada na lei estadual que cuidava da matéria previa valores defasados e que não remuneravam a atividade.

O magistrado julgou procedente a cautelar e arbitrou, segundo critérios próprios, uma nova tabela de emolumentos para o Estado. O acórdão do Conselho Nacional de Justiça assim se pronunciou sobre a referida decisão:

Como ponderou o Estado (*omissis*) no agravo de instrumento que suspendeu a decisão liminar, considerando o pacífico entendimento do E. STF de que os emolumentos têm natureza jurídica de taxa, e são tributos, portanto, o Magistrado violou frontalmente várias regras elementares do Sistema Tributário Nacional, desrespeitando os limites constitucionais ao poder do Estado de tributar e, conseqüentemente, os direitos fundamentais dos contribuintes (*omissis*).

Violou o princípio constitucional da legalidade tributária, pois os tributos só podem ser criados e majorados mediante lei, agindo como legislador positivo, usurpando a competência do Poder Legislativo para editar normas (art. 150, I). Também foi violado o princípio constitucional da anterioridade tributária, que estipula que nenhum tributo será cobrado no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu e/ou aumentou (art. 150, III, b).

Por fim, o arbitramento dos emolumentos pelo Magistrado ocorreu em ação cautelar, em decisão de natureza satisfativa, apesar de inexistentes quaisquer dos requisitos autorizadores da medida, em especial o *periculum in mora*, pois a lei que instituía os emolumentos era de 2002. Deve-se ressaltar ainda a utilização de critérios subjetivos do Magistrado para a efetivação do arbitramento dos valores, apesar da importância da questão, e dos efeitos deletérios ao interesse público e dos contribuintes.

Novamente, o acórdão do Conselho Nacional de Justiça apresenta um forte foco na adequação ou compatibilidade do teor da decisão proferida pelo juiz processado com o Direito, decidindo, a partir de um juízo de reprovação, pela punição do magistrado. Neste caso, como nos demais, não há prova de que o magistrado estivesse corrompido, mas há referências ao fato de todas as suas decisões terem o sentido de beneficiar o titular do cartório de registro de títulos e documentos, muito embora não haja prova efetiva da existência de vínculos extraprocessuais entre eles, o juiz e o oficial de registro.

Como dito em algumas passagens anteriores, em algumas destas 14 (quatorze) decisões condenatórias do Conselho Nacional de Justiça nas quais a sanção administrativa foi aplicada exclusivamente pelo conteúdo de decisões judiciais, surge o argumento da quebra do dever de imparcialidade, muito embora o único elemento no qual o CNJ se baseia para mencionar essa falta seja o proveito financeiro desproporcional gerado para uma das partes.

É necessário reforçar que este não é um critério razoável para se aferir a quebra do dever de imparcialidade dos juízes na prolação de suas decisões, porquanto até mesmo em decisões de legalidade inquestionável é possível, e até provável, que a sentença, ainda que legítima, gere para uma das partes um grande proveito financeiro e para outra um correspondente prejuízo.

Na verdade, em casos como o do processo administrativo disciplinar nº 0006017-28.2013.2.00.0000, fica a dúvida a respeito do que surgiu primeiro: a relação de proximidade entre o magistrado e a parte determinou ou foi determinada pelas decisões judiciais consideradas ilegais pelo CNJ? Em outras palavras, havia uma relação pretérita de proximidade entre a parte beneficiada pelas decisões e o magistrado que acabou influenciando sua atuação na condução dos processos de sua competência, como que numa situação de suspeição não reconhecida? Ou a partir da notícia de que o magistrado tem uma

propensão a proferir decisões a partir de outros elementos de persuasão que não o Direito, começam a lhe ser dirigidas ações milionárias e, então, surge o vínculo entre juiz e parte beneficiada pelas decisões?

No primeiro caso, é correto falar-se em quebra do dever de imparcialidade, no segundo, o problema é outro, é corrupção, no sentido criminal e no sentido sistêmico, o que exige a atuação corretiva do Conselho Nacional de Justiça a bem da diferenciação funcional do Direito.

Em suma, não há, nos referidos casos, prova da parcialidade do magistrado, mas é o caráter abusivo, arbitrário, contrário ao Direito, das decisões proferidas, que permite ao Conselho Nacional de Justiça inferir, por silogismo, que há, no mínimo, uma falta de imparcialidade no procedimento do juiz.

A referência à parcialidade do magistrado surge, nas decisões em comento, como um eufemismo para que se evite concluir que houve corrupção judicial, uma vez que, ainda que tal aspecto esteja latente nos referidos casos, falta ao CNJ meios de prova idôneos para se chegar a tal conclusão.

Em 11 (onze) dos 22 (vinte e dois) processos nos quais o Conselho Nacional de Justiça aplicou sanções pelo conteúdo de decisões judiciais, a “anatomia” da falta funcional sancionada é a mesma: distribuições dirigidas, atuações em plantão e outras formas de burla aos critérios objetivos de fixação de competência e juiz natural, concessão de decisões em juízo de cognição sumária, em cautelares, execuções provisórias ou pedidos de antecipação de tutela, cerceamento dos meios de defesa e impugnação pela parte contrária, geração, a partir das referidas decisões, da possibilidade de fruição, por uma das partes, de uma disponibilidade financeira ou de valor financeiro relevante e, por fim, alegação de que tudo foi feito sob o manto da independência judicial e seus corolários como o livre convencimento motivado.

Diante desses casos, o Conselho Nacional de Justiça, constrangido pela ineficácia dos meios ordinários de impugnação das decisões judiciais – voltaremos a este aspecto de maneira mais pormenorizada em outro Capítulo – e impossibilitado de produzir provas conclusivas da ocorrência de crime envolvendo a atividade jurisdicional por questões já abordadas, acaba por exercer *accountability* judicial decisional, punindo os magistrados pelo caráter absurdo e antijurídico de suas decisões.

É difícil argumentar, diante dos casos discutidos, que o Conselho Nacional de Justiça deveria ter adotado um alto grau de *self-restraint* e deixado os magistrados

processados impunes ao argumento de defesa de sua independência. Há, em todos eles, fortes evidências de que o juiz decidiu animado por outros estímulos que não somente os argumentos das partes e normas jurídicas.

Na avaliação destas decisões do CNJ há uma tendência natural de se legitimar a atuação sancionatória do Conselho porquanto há uma situação de corrupção judicial pulsando abaixo do nível superficial de análise que foi efetivamente realizado pelo Conselho. Para se verificar se é possível ou viável ao CNJ realizar o controle disciplinar da atividade jurisdicional era necessário encontrar um caso de exercício de *accountability* judicial decisional depurado deste aspecto econômico-financeiro.

E é exatamente pela necessidade de isolar a discussão acerca da necessidade/viabilidade do controle disciplinar da atividade jurisdicional pelo Conselho Nacional de Justiça desse elemento financeiro - que perpassa e domina as análises de todos os casos anteriores -, que prosseguiremos, a partir daqui, com a discussão de apenas 3 (três) das 22 (vinte e duas) decisões nas quais o CNJ exerceu *accountability* judicial decisional.

#### **1.4. Processo administrativo disciplinar nº 0005370-72.2009.2.00.0000: um caso especial**

As decisões proferidas pelo Conselho Nacional de Justiça nos processos administrativos disciplinares nº 0000788-29.2009.2.00.0000, 0005370-72.2009.2.00.0000 e 0004931-56.2012.2.00.0000 também se enquadram dentre aquelas nas quais foi exercido *accountability* judicial decisional pelo órgão de controle.

Nos três casos, os magistrados receberam penalidades administrativas por sua atuação na esfera jurisdicional. Eles se diferem dos demais processos até aqui comentados por não haver, nem mesmo remotamente, qualquer indício, ainda que mínimo, de que os magistrados adotaram as condutas censuradas pelo CNJ para propiciar qualquer vantagem econômica ou financeira a quem quer que seja.

Como dito em passagem anterior, a análise do exercício de *accountability* judicial decisional pelo CNJ em caso no qual a ocorrência de corrupção judicial não esteja tão latente permite que a discussão acerca da possibilidade/viabilidade de controle disciplinar da atividade jurisdicional não seja enviesada pela presença de elementos de convicção que forcem, quase intuitivamente, à conclusão pela necessidade de punição do magistrado processado.

No primeiro dos casos considerados imunes a este tipo de contaminação pela perspectiva de proveito econômico, a magistrada respondeu por ter mantido, por 26 (vinte e seis) dias, a prisão em flagrante de uma menor em cela única existente na carceragem da Comarca, compartilhada por outros 26 (vinte e seis) detentos do sexo masculino e, também, por ter, em seguida, adulterado a data de documentos para justificar a morosidade na soltura da menor.

No julgamento realizado em 20 de abril de 2010, o Conselho Nacional de Justiça considerou “*espantoso*” o fato de:

(...) a Magistrada, mesmo tendo inspecionado a cadeia apenas três dias antes da lavratura do mencionado auto de flagrante, tendo constatado a total inadequação daquele estabelecimento, tenha mantido uma pessoa do sexo feminino no meio de 26 homens. Tal fato, incontestemente, por si só já demonstra o descumprimento dos deveres funcionais da requerida.

O acórdão critica fortemente o entendimento da magistrada à luz da Constituição, da Lei de Execuções Penais, da Declaração Universal de Direitos Humanos e do próprio princípio da dignidade humana para, ao final, condenar a juíza à pena de aposentadoria compulsória.

Essa decisão veio a ser reformada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 28.816/DF. A Suprema Corte entendeu que o gênero e a idade da menor custodiada não estavam suficientemente claros no auto de prisão em flagrante submetido à juíza, isentando-a de responsabilidade pela manutenção da prisão da jovem junto aos presos do sexo masculino. Curiosamente, no dispositivo, o Supremo Tribunal Federal determinou novo julgamento pelo Conselho Nacional de Justiça, com a exclusão da possibilidade de aplicação da pena de aposentadoria compulsória.

No voto condutor do julgamento do referido Mandado de Segurança há a indicação de que o CNJ teria transbordado suas competências constitucionais ao emitir juízo de valor acerca da homologação da prisão em flagrante, imiscuindo-se na atividade judicante, o que lhe seria vedado:

Ao meu ver, o Conselho Nacional de Justiça, quando atuou, presente o aspecto a que me referi, ou seja, homologando o auto de prisão em flagrante, adentrou uma seara, como ressaltou Vossa Excelência, que constitucionalmente a ele não é reservada – a judicante, a judiciária -, porque é órgão estritamente administrativo.

Faz-se presente na decisão do Supremo uma visão acerca da independência judicial e das competências do Conselho Nacional de Justiça que tem o condão de fazer inconstitucionais todas as decisões do Conselho na qual se aplica a penalidade administrativa

aos magistrados pelo conteúdo de decisões judiciais, o que, como visto, seria capaz de aniquilar quase metade de todas as decisões condenatórias proferidas pelo órgão administrativo em uma década de exercício de suas competências disciplinares.

Seguindo a orientação do STF, o caso foi novamente julgado no dia 11 de outubro de 2016 e, pela inação da magistrada no sentido de remediar a situação de risco a que estava submetida a menor, da qual foi indubitavelmente notificada em 7 de novembro de 2007, e, ainda, por ter adulterado a data de encaminhamento de ofício à Corregedoria local para adoção de providências, lhe foi aplicada a pena de disponibilidade.

O segundo julgamento não mais considerou, por ordem expressa do Supremo Tribunal Federal, eventual equívoco no entendimento da magistrada no exercício da jurisdição, mas os ilícitos administrativos que teriam sido por ela praticados. De *accountability* judicial decisional não se cuida mais, portanto.

Além disso, a nova decisão foi proferida no ano de 2016, fugindo ao recorte temporal delimitado para a análise documental realizada, razão pela qual foi desconsiderada nos resultados.

Mas mesmo considerada somente a primeira decisão do Conselho Nacional de Justiça, há um aspecto de inegável influência para a discussão que se pretende desenvolver. A magistrada não foi responsabilizada pelo teor de uma decisão por ela proferida, mas sim pela falta de providência que deveria ter adotado e não adotou. Não há a manifestação de um entendimento considerado equivocado, esdrúxulo, descabido pelo CNJ, mas a omissão de um dever de, analisando o auto de prisão em flagrante, ter determinado o relaxamento da prisão ou a imediata remoção da moça para entidades de acolhimento de menores em conflito com a lei adequadas à sua condição de mulher.

A situação, neste particular, se assemelha à que foi objeto do processo administrativo disciplinar nº 0004931-56.2012.2.00.0000. Neste último, a juíza foi punida com a pena mínima prevista na Lei Orgânica da Magistratura Nacional por ter deixado de apreciar, no plantão judiciário, pedido para que fossem adotadas providências para cumprimento de decisão liminar, por ela mesma proferida no dia anterior, para que a autora fosse transferida da sala de pós-operatório de hospital municipal para um leito de UTI.

A magistrada foi considerada imprudente por não ter comparecido ao fórum para apreciar pessoalmente o pedido, mas ter se limitado a orientar a servidora plantonista no sentido de que não apreciaria pedido idêntico ao que já havia sido deferido no dia anterior. O acórdão aponta equívoco na interpretação da magistrada exatamente quanto a este ponto:

Por óbvio, não se tratava de uma mera reiteração de pedido, como insiste a magistrada, mas sim de um pedido diverso do anterior, embora houvesse certa conexão entre eles. O pedido deferido no dia 7/11/2009 foi no sentido de que houvesse a intimação da parte *omissis*; por sua vez, o pedido feito no dia 8/11/2009 era para que a magistrada tomasse as medidas cabíveis para a decisão prolatada no dia anterior fosse cumprida. Veja que se tratavam de dois pedidos com objetos distintos.

Apesar do acórdão do CNJ ter atacado a compreensão do pedido pela juíza, não há juízo de valor acerca de um entendimento externado em uma decisão judicial, mas à semelhança do caso anterior, a repulsa a um *non-facere*, a uma conduta judicial omissiva. Deste modo, ainda que se possa apontar o exercício de *accountability* judicial decisional pelo CNJ e que seja de fácil constatação que não há qualquer elemento financeiro ou econômico subjacente aos fatos, é o caso do processo administrativo disciplinar nº 0005370-72.2009.2.00.0000 o mais bem acabado exemplo de exercício, pelo Conselho Nacional de Justiça, de *accountability* judicial decisional.

No caso, o magistrado acusado proferiu uma decisão na qual declarou inconstitucionais e negou vigência aos artigos 1º a 9º, artigo 10, parágrafo único, artigo 11, inciso V, artigo 12, inciso III, artigos 13 e 14, artigos 18 e 19, artigos 22 a 24 e artigos 30 a 40, todos da Lei 11.340, de 2006, conhecida popularmente como Lei “Maria da Pena”.

Nos fundamentos da referida decisão, o magistrado sustenta a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos legais em pretensa afronta ao preâmbulo, ao princípio da isonomia e § 8º do artigo 226 da Constituição, na esteira dos seguintes argumentos:

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

(...) Por causa da maldade do “bicho” Homem, a Verdade foi então por ele interpretada segundo as suas maldades e sobreveio o caos, culminando – na relação entre homem e mulher, que domina o mundo – nesta preconceituosa lei.

Mas à parte dela, e como inclusive já ressaltado, o direito natural, e próprio em cada um destes seres, noz conduz à conclusão bem diversa. Por isso – e na esteira destes raciocínios – dou-me o direito de ir mais longe e em definitivo! O mundo é masculino! A ideia que temos de Deus é masculina!

(...) Ora, para não se ver eventualmente envolvido nas armadilhas desta lei absurda, o homem terá de se manter tolo, mole – no sentido de se ver na contingência de ter de ceder facilmente às pressões – dependente, longe portanto de ser um homem de verdade, másculo (contudo gentil), como certamente toda mulher quer que seja o homem que escolheu para amar.

(...) Enfim! Todas estas razões históricas, filosóficas e psicossociais, ao invés de nos conduzir ao equilíbrio, ao contrário vem para culminar com esta lei absurda, que mais se assemelha a uma bomba. Aquele que ama mentira, a dissimulação, a perfídia e a confusão, certamente está rindo à toa! Porque a vingar este conjunto normativo de regras diabólicas, a família estará em perigo, como inclusive já está: desfacelada, os filhos sem regras – porque sem pais; o homem subjugado (...)

Não! O mundo é e deve continuar sendo masculino, ou de prevalência masculina, afinal.

O acórdão proferido pelo Conselho Nacional de Justiça está repleto de passagens nas quais há direta refutação do posicionamento externado pelo magistrado em sua decisão. Em dada passagem, a decisão do CNJ afirma peremptoriamente a constitucionalidade da Lei Maria da Penha e o desacerto de qualquer decisão judicial em sentido contrário:

Daí por que a Lei nº 11.340/2006 é perfeitamente compatível com o princípio constitucional da isonomia. Ela surgiu para combater discriminações sociais gravíssimas contra a mulher, dirigidas a negar-lhe ou obstaculizar-lhe o exercício de direitos fundamentais. Em relação a essas discriminações sociais negativas contra a mulher, a chamada “Lei da Maria da Penha” surgiu como norma que serve a um tratamento compensatório destinado a viabilizar a integração jurídica igualitária da mulher à sociedade, nos termos do princípio constitucional da isonomia. Toda proposta de negar validade constitucional ao tratamento processual diferenciado instituído pela Lei nº 11.340/2006 afirma-se, ao contrário, como tentativa de privar a mulher da igualdade efetiva de direitos, orientando-se para a manutenção de um *status quo* social contrário à Constituição.

Em outro ponto, o acórdão afirma que “*a ordem constitucional de um Estado democrático de direito não admite, por exemplo, que juízes afirmem posições fascistas, nazistas ou racistas em seus julgados, ofendendo instituições estatais e grupos étnicos ou religiosos*”. Partindo do exemplo da responsabilização de um professor que negou a ocorrência do holocausto pelo crime de racismo, mantida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.424/RS, o acórdão realiza algumas analogias, substituindo termos utilizados na decisão do magistrado por outras expressões igualmente discriminatórias:

E também caberia o enquadramento nesse dispositivo quando se configurasse a hipótese em que um Magistrado, em sua decisão judicial, devidamente publicada, afirmasse a supremacia do “branco” sobre o “negro”, nos seguintes termos: “*O mundo é e deve continuar sendo branco, ou de prevalência branca*”. Também seria crime de racismo a seguinte afirmação em sentença ou em informação prestada por Magistrado a Órgão de controle disciplinar: “*Suponhamos uma situação de absoluto impasse entre o branco e o negro, com posições inconciliáveis. Qual delas então deverá prevalecer até que, civilizadamente, a Justiça decida? De minha parte não tenho dúvida alguma que deverá prevalecer a decisão do branco*”. Da mesma maneira, caberia enquadrar criminalmente a seguinte afirmação de um Magistrado: “*Se os negros ou os judeus fossem postos no seu devido lugar, não teriam ocorrido os conflitos raciais do Século XX.*” Os termos podem variar, utilizando-se ‘nordestino’ versus ‘sudestino’, ‘caipira’ versus ‘paulistano’ etc.

Ainda em outra passagem da decisão, o Conselho Nacional de Justiça deixa clara a reprovabilidade da linha de raciocínio sustentada pelo magistrado apenado. Em referência a um ponto específico da decisão, o CNJ afirmou:

Esse trecho traz insinuações perigosas no sentido de que, se a mulher se ‘pusse no seu devido lugar de subordinação ao homem’, os conflitos modernos decorrentes da independência da mulher não existiriam. No contexto da retórica engendrada pelo Magistrado ora julgado, insinua-se que, se a mulher ‘se pusse no seu devido lugar, não seria vítima das discriminações e violências que a herética Lei Maria da Penha visa a coibir’.

A decisão do CNJ ainda cita diversos dados estatísticos acerca da gravidade da violência contra a mulher experimentada no Brasil e o acerto da política de enfrentamento representada pela Lei nº 11.340, de 2006, tudo com o sentido claro de qualificar a decisão judicial como incorreta, inadequada e inaceitável pelos seus fundamentos.

Apesar disso, se recorreu à subsunção da conduta do juiz à ressalva contida na parte inicial do artigo 41 da Lei Complementar nº 35, de 1.979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN), que assim estabelece: “*Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir*”

Diante de um juízo de reprovação tão veemente em relação ao conteúdo da decisão judicial – o fato chegou a ser considerado análogo ao crime de racismo - o enquadramento da conduta do juiz como um caso de “*excesso de linguagem*” pareceu uma estratégia para evitar questionamentos de que teria ocorrido a punição sem a existência de tipicidade infracional.

A jurisprudência do próprio Conselho Nacional de Justiça mostra que a imputação de excesso de linguagem no exercício da jurisdição se refere à utilização de termos ou expressões ofensivas à honra subjetiva de partes, advogados e/ou instituições<sup>23</sup>, o que não ocorreu no caso em comento.

Na decisão do magistrado apenado, muito embora se defenda a existência de uma ordem imanente de inferiorização da mulher em relação ao homem, o que é discriminatório em relação ao gênero, as afirmações são colocadas com palavras polidas, sem ofensas particularmente dirigidas a quem quer que seja.

---

<sup>23</sup> Vide BRASIL, CNJ. Recurso Administrativo em Reclamação Disciplinar 0000623-40.2013.2.00.0000 - Rel. FRANCISCO FALCÃO - 180ª Sessão - j. 02/12/2013; BRASIL, CNJ. Procedimento de Controle Administrativo 0001923-76.2009.2.00.0000 - Rel. Leomar Amorim - 108ª Sessão - j. 29/06/2010; BRASIL, CNJ. Processo de Revisão Disciplinar 0001727-43.2008.2.00.0000 - Rel. RUI STOCO - 81ª Sessão - j. 31/03/2009.

Não se tem, portanto, “*excesso de linguagem*” em sentido literal, mas sim uma reação do Conselho Nacional de Justiça ao quão inaceitável é que um juiz possa externar esse tipo de convicção personalíssima em um ato de poder estatal. O juiz foi punido, principalmente, pelo teor de sua decisão.

O caso se difere dos outros dois que tratamos neste tópico porque aqui há um ato jurisdicional sob escrutínio do CNJ e não uma postura, uma conduta omissiva. Por outro lado, ele não pode ser visto como uma exceção em meio a um conjunto de 22 (vinte e duas) decisões, de um total de 48 (quarenta e oito) decisões condenatórias, nas quais o Conselho Nacional de Justiça efetivamente rediscutiu o mérito, as regras processuais aplicáveis, a oportunidade e acerto das decisões dos juízes sancionados.

Na verdade, o processo administrativo disciplinar nº 0005370-72.2009.2.00.0000 é um caso especial de exercício, pelo Conselho Nacional de Justiça, de *accountability* judicial decisional.

Isto porque, se for possível identificar razões jurídicas e sociológicas que justifiquem o controle disciplinar da atividade jurisdicional neste caso, no qual, o que está em jogo é a convicção do magistrado apenado, livre de qualquer sombra de corrupção, no sentido jurídico-penal do termo, quanto mais se justificaria a atuação do Conselho na sanção de situações nas quais se presente a formação de uma sociedade informal entre magistrado e parte para a fruição dos dividendos ilícitos da atuação judicial abusiva e ilegal.

Para se ter sucesso em tal empreendimento, há que se remover um agulhão. Ao comentar alguns casos julgados pelo Conselho Nacional de Justiça, dentre os quais os processos administrativos disciplinares nº 0000788-29.2009.2.00.0000 e 0005370-72.2009.2.00.0000, Guerra (2011, p. 155-156) apresenta o seguinte diagnóstico acerca da atuação institucional do Conselho:

O que se pode constatar empiricamente é que o CNJ vem experimentando essa mesma dinâmica de protagonizar decisões públicas fundamentais, tal como ocorreu com a edição das resoluções que proibiram o nepotismo e declararam vagos as serventias de cartórios de registros públicos cujos titulares foram nomeados sem concurso público, após a CRFB/1988. Nessa senda, adotando posições agressivas para fazer valer o projeto republicano e os pactos institucionais por um judiciário célere e acessível, as práticas do CNJ se agigantam de modo a engolfarem a sagrada esfera da independência judicial, em um exercício de forças que não respeita, por vezes, a integridade da magistratura, sendo a única forma de se eliminar esse risco o estabelecimento de um modelo de autocontenção (*self-restraint*) da instituição.

Robl Filho (2013, p. 132) deixa claro que toda modalidade de *accountability* judicial decisional deve ser manejada com especial cuidado para que não haja afronta ao

conceito de independência judicial decisional ou motivacional, chegando a afirmar, com os olhos na estrutura normativa do sistema judicial brasileiro, que as únicas modalidades legítimas de *accountability* judicial decisional em nosso ordenamento seriam o sistema recursal, os mecanismos de apontamento de Ministros dos tribunais superiores pelo Poder Executivo, com sabatina pelo Senado e a discussão crítica das decisões pela sociedade e doutrina (ROBL FILHO; 2013, p. 207).

Este posicionamento parece encontrar guarida no Supremo Tribunal Federal. Além da decisão proferida pelo Plenário nos autos do já mencionado Mandado de Segurança 28.816/DF ter tangenciado a ofensa à independência judicial pelo CNJ, a decisão proferida pelo Conselho no caso paradigma (PAD nº 0005370-72.2009.2.00.0000) encontra-se suspensa por liminar concedida pelo Relator do Mandado de Segurança nº 30.320/DF no Supremo Tribunal Federal.

Na decisão consta que:

(...) é inconcebível o exercício da arte de julgar sem a independência. Se aquele que personifica o Estado no implemento da soberania interna, substituindo de modo coercitivo a vontade das partes, vier a claudicar, contra o pronunciamento caberá recurso, para haver eventual revisão. É possível que não se concorde com premissas da decisão proferida, com enfoques na seara das ideias, mas isso não se resolve afastando o magistrado dos predicados próprios da atuação como ocorre com a disponibilidade.

(...) Espera-se do juiz que atue curvando-se apenas à ciência e à consciência possuídas, procedendo de modo técnico, presente a formação humanística angariada no correr dos anos. Consigno mesmo que o punir o magistrado pela concepção que revele sobre certa lei, sobre os gêneros masculino e feminino, é passo nefasto que não contribui em nada o avanço cultural, para o aperfeiçoamento das instituições.

Após manifestação da Procuradoria-Geral da República pela denegação da ordem, o referido Mandado de Segurança encontra-se concluso ao relator, não havendo, portanto, decisão de mérito. A despeito disso, é preciso reconhecer que a decisão liminar do Ministro do Supremo Tribunal Federal e as posições de Guerra (2011) e Robl Filho (2013) a respeito da independência judicial não são isoladas.

O que veremos a seguir é que essas concepções de independência judicial são tributárias de um momento histórico-institucional ultrapassado e de um modelo de magistratura incompatível com o papel exercido pelo Poder Judiciário nos dias atuais. Veremos, ainda, os desdobramentos particulares das matrizes teóricas da independência judicial e do crescimento dos poderes do Judiciário no Brasil.

## Independência Judicial e Poder Judiciário na Atualidade

**Sumário:** 2.1. O Poder Judiciário na teoria clássica da separação de poderes e a independência judicial – 2.2. Independência judicial externa, interna e decisional – 2.3. Independência judicial na Europa continental: da estrutura bonapartista e do modelo burocrático de magistratura a uma nova realidade no pós-Guerra – 2.4. Independência judicial no Brasil: do modelo tecnoburocrático de magistratura ao “oba-oba” pós-positivista.

### 2.1. O Poder Judiciário na teoria clássica da separação de poderes e a independência judicial

O acesso a um poder judiciário independente encontra previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Artigo 10 Todas as pessoas têm direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública julgada por um tribunal independente e imparcial em determinação dos seus direitos e obrigações e de qualquer acusação criminal contra elas.

A independência judicial é também reconhecida como um princípio constitucional, com garantias institucionais ou estruturais, como o autogoverno e autonomia orçamentária e financeira, previstos, respectivamente, nos artigos 96 e 99 da Constituição de 1988 e outras garantias funcionais dos juízes, de caráter individual, como a vitaliciedade, a irredutibilidade de subsídios e a inamovibilidade, inscritas nos incisos do artigo 95 do texto constitucional brasileiro.

No plano infraconstitucional, o Código de Processo Civil de 1973 previa<sup>24</sup> como princípio orientador da atividade judicial o chamado *livre convencimento motivado* e a Lei Complementar nº 35, de 1979, traz uma espécie de imunidade disciplinar do magistrado em relação ao conteúdo de suas decisões, com destaque para a parte final do seu artigo 41, no ponto em que dispõe que *o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir*.<sup>25</sup>

Este concerto de normas constitucionais e legais que ora fortalecem a instituição, ora protegem os magistrados propriamente ditos, visa dotar o poder judiciário de condições estruturais e conceder aos juízes autonomia para que o exercício da jurisdição se

---

<sup>24</sup> A Lei nº 13.105, de 2015 (Novo Código de Processo Civil) aboliu todas as referências expressas ao princípio do livre convencimento motivado.

<sup>25</sup> Art. 41 - Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir.

dê de forma desembaraçada da interferência dos demais poderes e das ingerências da própria estrutura hierárquica interna ao aparato judicial.

Muito embora esse conjunto de normas se refira a aspectos da atuação judicial de diferentes matizes, todas elas são consideradas como garantias e instrumentos de densificação de um único princípio: o da independência judicial.

Canotilho (2003, p. 659) qualifica a independência judicial como um dos *kampfbegriffe* (conceitos de luta) em razão de sua função de resistência ao poder absoluto dos soberanos que inspirou as revoluções do final do Século XVIII e o Estado de Direito liberal.

De fato, o déficit de reconhecimento do judiciário como um dos poderes estatais pode ser identificado nas mais relevantes teorias da separação de poderes, como se percebe em Locke (2001) e Montesquieu (2000).

Segundo Locke (2001, p. 163), o poder legislativo é o poder supremo em toda e qualquer comunidade, o qual estaria imune às tendências arbitrárias porque na assembleia de legisladores estariam reunidos representantes cujo poder seria limitado desde seu nascedouro, uma vez os indivíduos representados já teriam abdicado do estado de natureza para viver em sociedade.

Para Locke (2001, p. 170), o poder de legislar devia estar separado do poder de executar as leis justamente porque os autores da lei devem a ela se sujeitar depois que a instituem, o que poderia ficar ameaçado caso eles tivessem a prerrogativa de se auto isentarem do cumprimento das leis que eles mesmos fizeram, adequando seu conteúdo às suas vontades circunstanciais.

Curioso é observar que, embora tenha conseguido estabelecer a razão da separação entre as funções de legislar e aplicar as leis, Locke (2001, p. 170-172) não cogita a existência de um poder judiciário, atribuindo a tarefa de aplicação da lei ao poder executivo. Ele chega a mencionar outro poder, ao qual dá o nome de poder federativo, o qual não seria responsável por atos de jurisdição como conhecemos hoje, mas de representação política da comunidade em matérias típicas de Estado, como a declaração de guerra e a defesa do território.

Assim, embora Locke (2001) já fale em separação de poderes de maneira bem aproximada das noções que temos a respeito do princípio nos dias de hoje, não há, em sua proposta teórica, maior atenção devotada à função estatal de solução de litígios. Ela está categorizada sob a rubrica genérica “aplicação da lei”, confiada ao poder executivo. Em

Locke (2001), há a ideia de submissão de todos, inclusive dos agentes do Estado, à lei, mas a garantia desta supremacia não é confiada ao poder judiciário, aliás, a sua visão de separação de poderes sequer contempla o poder judiciário como o conhecemos.

Já Montesquieu (2000, p. 89) se dedica de forma mais detida aos riscos decorrentes da concentração dos poderes de julgar e governar nas mãos de um só personagem. Ele diz textualmente:

Nos Estados despóticos, o próprio príncipe pode julgar. Não o pode nas monarquias: a constituição seria destruída, os poderes intermediários dependentes varridos: ver-se-ia o fim de todas as formalidades dos julgamentos; o temor tomaria todos os espíritos; ver-se-ia a palidez em todos os rostos; não mais confiança, não mais honra, não mais amor, não mais segurança, não mais monarquia.

Em seguida, ele apresenta a sua proposta de divisão dos poderes do Estado na qual atribui a função de julgar os litígios entre os particulares e os crimes ao que chama de *poder executivo das coisas que dependem do direito civil* (MONTESQUIEU, 2000, p. 167-168).

Muito embora, à semelhança de Locke, ele se refira à função de julgar como própria do poder executivo, é certo que Montesquieu (2000, p. 168) divisa com mais clareza a função jurisdicional propriamente dita e, com base nisto, lança a raiz teórica da independência judicial ao afirmar:

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, os dos nobres, ou do povo, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas entre os particulares.

Não é possível, contudo, dissociar, no pensamento de Montesquieu (2000), a independência institucional dos órgãos estatais encarregados da função jurisdicional de sua compreensão acerca de qual é o papel reservado aos juízes na elaboração de seus vereditos e sua função em relação à lei.

Em *O Espírito das Leis*, o poder de julgar é, de certa forma, marginalizado em relação às demais funções do Estado. Montesquieu (2000, p. 169) chega a propor que ele tenha um funcionamento intermitente, composto por pessoas comuns do povo que se reuniriam ocasionalmente para solução de determinados casos, dissolvendo-se quando não for mais necessário, de modo que ele o considera - o poder jurisdicional -, como *invisível e nulo*.

É importante desmitificar pré-conceitos no sentido de que, já em Montesquieu, se falava de *três poderes independentes e harmônicos entre si*, todos dotados de autonomia administrativa e financeira e aparelhados com uma série de garantias e imunidades de defesa em relação uns aos outros. Pelo contrário, se os poderes legislativo e executivo eram vistos com maior relevância, por exercerem, na visão de Locke e Montesquieu, parcelas efetivas do poder político, o poder de julgar era tido como uma função estatal necessária, mas ancilar.

A proposta de tribunais que funcionassem *ad hoc* - que nos soa tão incompatível com o Estado Democrático de Direito -, não causava espanto a Montesquieu justamente em razão do papel que ele reservava aos juízes em sua teoria e da função que ele atribuía ao *poder executivo das coisas que dependem do direito civil* – poder judiciário – em relação ao Direito e à lei.

Montesquieu (2000; 170-175) afirma:

(...) se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos.

(...) Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos, rigorosa demais. Mas os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor.

A independência judicial nasce, aqui, efetivamente, como um conceito de luta, como uma força de atrito, uma resistência, um vetor oposto a uma tendência natural de hipertrofia e ingerência dos demais poderes, o que está invariavelmente ligado e até mesmo condicionado pela compreensão de que o judiciário deveria ser um poder asséptico, neutro, ou como qualificou Montesquieu, nulo, de mera aplicação ou reprodução da vontade da lei: *la bouche de le loi*.

Não há como não identificar a influência dessa visão de um judiciário enfraquecido, constantemente ameaçado pelos outros poderes e limitado funcionalmente no ensaio nº 78 dos *Federalist Papers*. Hamilton (1999; 464-465) afirma que:

Quem quer que considere atentamente os diferentes departamentos de poder pode perceber que, em um governo em que eles são separados uns dos outros, o judiciário, em razão da natureza de suas funções, sempre será o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição; porque ele será o mais fraco em capacidade de perturbá-los ou machucá-los. (...)

Esta simples visão da matéria sugere várias consequências importantes. Ela prova, incontestavelmente, que o judiciário é, além de qualquer comparação, o mais fraco dos três poderes; que ele não pode atacar com sucesso nenhum dos outros dois; e

que todo cuidado possível é necessário para possibilitar que ele possa defender a si mesmo dos ataques dos demais.<sup>26</sup>

Nesta linha, é possível afirmar que a ideia de independência judicial originária da teoria liberal da separação dos poderes se firmava em dois aspectos essenciais que se reforçavam mutuamente: como o papel do poder judiciário era o de mero aplicador da vontade da lei aos conflitos particulares e questões criminais, ele não possuía representatividade, estrutura orgânica e poder comparável aos demais, necessitando de um instrumento de defesa que assegurasse a sua independência, indispensável para que ele pudesse julgar as questões que lhe eram apresentadas com autonomia e obsequiosa obediência ao comando da lei e não aos desígnios dos detentores ocasionais dos demais poderes.

Em outras palavras, um poder judiciário fragilizado, organicamente vulnerável e funcionalmente castrado reclamava uma concepção de independência judicial forte e inflexível que pudesse resistir às ameaças vindas dos poderes políticos por excelência, bem como de outros atores sociais.

Veremos a seguir como a discussão se desenvolveu, partindo das condições estruturais necessárias à promoção da independência judicial para a ideia de independência judicial decisional.

## **2.2. Independência judicial externa, interna e decisional**

A independência judicial surge nas matrizes teóricas da separação de poderes como a necessidade de alforria do poder judiciário em relação às influências dos poderes executivo e legislativo. Depois, ela se desenvolveu para abranger, também, garantias aos magistrados contra as investidas dos níveis hierárquicos mais elevados da própria estrutura judicial e ganhou outras dimensões ou categorias teóricas, como a independência judicial decisional.

---

<sup>26</sup> Tradução livre do autor do original em inglês: “Whoever attentively considers the diferente department of power must perceive, that, ina a governement in which they are separated fro each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. (...)”

This simple view of the matter suggests several important consequences. It proves, incontestably, that the judiciary is beyond comparison the weakest of the three department of power; that it can never attack with success either of the other two; and that all possible care is requisite to enable it to defend itself against their attacks.”

Diante do caráter fragmentário das pesquisas e estudos sobre o tema, Russell (2001, p. 2) defende a necessidade de se construir uma teoria geral da independência judicial que não esteja condicionada às práticas e precedentes de determinadas culturas jurídicas, mas que possa servir de baliza para a compreensão do conceito em si, livre de paroquialismos.

Para isso, ele adota a dicotomia entre independência judicial em sentido relacional e independência judicial em sentido comportamental. A primeira refere-se às características dos relacionamentos estabelecidos entre os membros do poder judiciário, e do próprio poder, coletivamente considerado, com os demais poderes. Já a segunda se ligaria às características comportamentais do juiz que indicariam se ele está ou não gozando de autonomia decisória e em que medida. (RUSSELL, 2001, p. 6)

Em seguida, ele conclui (RUSSELL, 2001, p. 8):

O ponto a ser enfatizado é que, ao tentar precisar o grau ou o tipo de independência judicial que os juízes realmente gozam ou deveriam gozar, o foco deve estar no sentido relacional do conceito e não no seu sentido comportamental. (...) O foco de qualquer proposta prática que pretenda assegurar independência judicial deve estar nos arranjos institucionais desenhados para proteger e fomentar independência. A independência judicial da mente e do comportamento não pode ser reproduzida. Já os arranjos institucionais considerados como propiciadores de um Judiciário mentalmente independente podem ser determinados e mantidos.<sup>27</sup>

Zaffaroni (1995, p. 87-90) classifica a independência judicial em externa e interna, sendo aquela a que livra o magistrado de pressões oriundas de poderes externos à magistratura e a independência interna aquela que o imuniza das ingerências “*dos órgãos considerados ‘superiores’ no interior da estrutura judiciária.*”

Ele considera, assim como Russell, que a independência do juiz no momento da interpretação e aplicação das normas não pode ser imposta, mas apenas possibilitada, porquanto, “*o juiz é uma pessoa, dotada, portanto, de consciência moral e, em consequência, não se lhe pode impor a independência ética ou moral, porque é algo complementarmente individual e de sua própria consciência.*”

Sampaio (2007, p. 130-139 e 140-150) também adota a distinção entre: a) independência *externa* ou *orgânica*, que seria assegurada mediante garantias constitucionais

---

<sup>27</sup> Tradução livre do autor do original em inglês: “The point to be emphasized is that in trying to ascertain the degree or kind of judicial independence judges actually enjoy or ought to enjoy, the focus should be on the relational meaning of the concept rather than on its behavioral meaning. (...) The focus of any practical endeavors to secure judicial independence must be on institutional arrangements designed to protect and foster independence. Judicial independence of mind and behavior cannot be manufactured. But institutional arrangements considered to be conducive to an independent-minded judiciary can be established and maintained”.

específicas como a autonomia orçamentária e financeira e o autogoverno administrativo, materializado na autonomia para a organização interna dos tribunais por meio de regimentos com força de lei em sentido formal e iniciativa legislativa para as matérias relativas à sua infraestrutura, e; b) independência *interna* ou *funcional*, que seria salvaguardada por outras normas constitucionais como a irredutibilidade de subsídios, a vitaliciedade e estabilidade no cargo e a inamovibilidade dos juízes.

Muito embora dedique um tópico específico à liberdade e responsabilidade do juiz, no qual realiza o cotejo do princípio da independência judicial com a necessidade de mecanismos de controle dos abusos que eventualmente membros da magistratura possam vir a cometer no afã de obter aceitação social e reconhecimento da mídia, Sampaio (2007, p. 140-141) recorre à mesma fórmula com a qual os autores, em geral, abordam a dimensão decisional da independência judicial:

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

A mesma combinação de consciência ou entendimento pessoal e Direito faz-se presente em Zaffaroni (1995, p. 89-90):

(...) ambas as formas de independência do juiz – a externa e a interna – são igualmente necessárias para possibilitar sua independência moral, ou seja, para dotá-lo do espaço de decisão necessário a que resolva conforme seu entendimento do direito.

Nota-se que a independência judicial decisional aparece, no mais das vezes, como simplesmente o resultado de arranjos institucionais e garantias funcionais que integram o conceito clássico de independência judicial. Aliás, Facchini Neto (2009, p. 127) chama esta dimensão decisional da independência judicial, de independência “psicológica” do juiz, afirmando, contudo, que é a independência institucional e suas condições de possibilidade que dominam o debate acerca da matéria. Facchini Neto (2009, p. 125):

Essa é a espécie de independência tratada há mais tempo e que até algumas décadas atrás era praticamente a única preocupação de quem se debruçava sobre o tema da independência da magistratura. Era essa “a” independência, e não uma de suas manifestações.

Com efeito, as discussões acerca de independência judicial presentes em Prillaman (2000, p. 6) e Ginsburg e Melton (2014, p. 195-196), por exemplo, focam, basicamente, no arranjo institucional necessário para que a atividade jurisdicional não seja

contaminada por pressões advindas de agentes externos ao poder judiciário ou das cúpulas diretivas dos próprios órgãos judiciais.

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

Por mais simplória que seja, a explicação fornecida por Russell (2001, p. 10) para as razões pelas quais se deseja a independência judicial decisional parecem suficientes:

Nós queremos juízes que gozem de um alto grau de autonomia, de modo que, quando disputas - que não podem ser resolvidas informalmente - surgirem a respeito dos direitos e deveres que temos uns para com os outros e em relação às autoridades públicas, nós possamos submetê-las a juízes cuja autonomia ou independência nos deem razões para acreditar que eles as resolverão de maneira justa, de acordo com o entendimento que eles têm do Direito, e não por medo de recriminação ou esperança de recompensa.<sup>28</sup>

Há, contudo, na explicação da independência judicial decisional fornecida pelos referidos autores, uma repetição de esquemas linguísticos como “*não podendo sofrer pressões ou influências, além de SUA CONSCIÊNCIA e do direito*”, “*dotá-lo do espaço de decisão necessário a que resolva conforme SEU ENTENDIMENTO do direito*” ou, ainda, “*independência nos deem razões para acreditar que eles as resolverão de maneira justa, de acordo com o entendimento QUE ELES TÊM do Direito*”, o que lança sobre o conceito uma carga de subjetivismo desnecessária e deletéria.

Assim, a tarefa de imunizar o processo decisório de influências externas fica prejudicada em prol de uma confiança, sem razão conhecida – e, bem por isso, meramente dogmática - que os juízes são dotados de um equilíbrio pessoal especial que os permite, no exercício da jurisdição, fazer a perfeita dosagem entre suas consciências pessoais e os ditames do Direito.

É necessário indagar em que proporção as duas variáveis desta equação que resulta na independência judicial – consciência pessoal e Direito – devem se combinar.

---

<sup>28</sup> Tradução livre do autor do original em inglês: “We want judges to enjoy a high degree of autonomy so that, when disputes arise about our legal rights and duties too ne another and in relation to public authorities and these disputes cannot be settled informally, we can submit them for resolution to judges whose autonomy or independence gives us reason to believe they will resolve the issues fairly, according to their understanding of the law, and not out of fear of recrimination or hope of reward.”

Especificamente no caso do processo administrativo disciplinar nº 0005370-72.2009.2.00.0000, a tese central da defesa do magistrado acusado foi no sentido de que:

Em se analisando a legislação aplicável, bem como as provas trazidas à colação (documentais e especialmente testemunhais, em face da relevância e da incontestável credibilidade de todas as testemunhas ouvidas), e ainda a ausência de dolo de ofender a quem quer que seja, não é recomendável a aplicação de punição disciplinar ao Magistrado, sob pena de restar gravemente violado o Princípio da Independência da Magistratura e comprometida a prestação jurisdicional.

O magistrado apenado entende que a utilização de uma sentença judicial para veicular sua percepção pessoal ou mesmo as conclusões que sua mentalidade religiosa ofereça a respeito da relação entre homem e mulher não vulnera sua independência, mas sim uma eventual decisão do órgão de controle que viesse a puni-lo por ter dado uma interpretação à Lei nº 11.340, de 2006, com muito do “*seu entendimento*” ou da “*sua consciência*” e muito pouco do Direito.

Muito embora não seja a intenção revolver todos os demais processos administrativos disciplinares citados no Capítulo anterior, não se pode deixar de constatar que em boa parte daqueles casos de manipulação de distribuição, concessão de liminares, determinação de penhoras, expedição de alvarás para levantamento de fortunas sem medidas de contracautela ou oportunidade de defesa para a outra parte, o argumento central de defesa dos juízes quando chamados a responder por suas decisões perante o Conselho Nacional de Justiça é exatamente este: a inviolabilidade da independência judicial e exercício do livre convencimento motivado.

A visão da independência judicial que subjaz essa forma de pensamento é a de que se trata de uma cláusula intransponível de proteção da atuação do magistrado. Esta é a concepção de independência judicial decisional presente em Robl Filho (2013, p. 132) quando afirma que ela corresponde à faculdade de o juiz analisar os casos que lhe são submetidos de acordo com a “*livre interpretação dos fatos, das leis e da Constituição*”. Também a encontramos na decisão proferida pelo Relator do Mandado de Segurança nº 30.320/DF, quando fala na impossibilidade de se exercer jurisdição sem independência, em alusão à decisão do CNJ no processo administrativo disciplinar nº 0005370-72.2009.2.00.0000 ou, ainda, que o juiz deve atuar “*curvando-se à ciência e consciência possuídas*” atuando de modo técnico, “*presente a formação humanística angariada*”, sem que se possa saber o que efetivamente se quer dizer com expressões como “*ciência e consciência*” ou “*formação humanística*”.

Na verdade, essa versão forte de independência judicial é correspondente a um cenário de fragilidade institucional do poder judiciário. Como veremos a seguir, a questão do espaço de que o juiz dispõe para interpretar e criar o Direito não está dissociada do arranjo institucional no qual o poder judiciário está inserido.

Ao contrário, a postura dos juízes frente à lei e o papel que se atribuem no Direito determinam e são determinados, numa relação contínua de interdependência, pela estrutura do sistema judicial e pelo modelo de magistratura adotado.

### **2.3. Independência judicial na Europa continental: da estrutura bonapartista e do modelo burocrático de magistratura a uma nova realidade no pós-Guerra**

Dizer que das ideias de Montesquieu a respeito do poder judiciário decorreu a implantação imediata do sistema judicial napoleônico na França pós-Revolucionária e, em seguida, nos demais países da Europa Latina ocidental, ou que o *Reschtsstaat* e o modelo burocrático de magistratura implantado pelo Império Germânico são uma consequência direta do Estado de Direito liberal representa uma simplificação histórica à qual não se deve recorrer.

Na França, por exemplo, durante a década que separou a Revolução e a ascensão de Napoleão Bonaparte ao poder, o poder judiciário chegou a ter reconhecimento formal em Constituição, mas a desconfiança com relação aos seus membros e a intenção de vinculá-los de maneira rígida às decisões do Legislativo são traços comuns entre o ideário iluminista e o regime bonapartista.

Quando se implantava o regime de Bonaparte na França, a Alemanha ainda sofria com a desagregação política. A união territorial sob o Império Germânico ocorreu quase um século depois da Revolução Francesa quando, enfim, houve a estruturação de um sistema judicial que soube se adaptar e sobreviver à República de Weimar, ao regime nacional-socialista e ao positivismo do pós-Guerra.

Se a posição do juiz frente à lei e o Direito foi bastante modificada desde o período prussiano até a implantação da Lei Fundamental, o modelo burocrático de magistratura bem serviu a todas as correntes jusfilosóficas que influenciaram cada um desses momentos históricos.

Assim, o foco da abordagem deste tópico do trabalho não é percorrer a história de cada um dos sistemas judiciais de França, Espanha, Itália e Portugal e menos ainda esmiuçar a evolução do poder judiciário na Alemanha, mas apenas destacar, dentro

deste processo, os pontos de encontro e desajuste entre a estrutura judicial escolhida e o espaço para interpretação/criação do Direito concedido ao juiz nas principais transições históricas, especialmente aquelas que repercutiram no sistema brasileiro.

Ao tratar da independência judicial nos países latinos da Europa Ocidental, Guarnieri (2001; 111) identifica uma linhagem comum aos sistemas judiciais de França, Itália, Espanha e Portugal:

Os quatro países da Europa Latina – França, Itália, Portugal, e Espanha – são relativamente homogêneos. Todos pertencem à União Europeia; subscrevem a Convenção Europeia para Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, com todas as suas garantias, e compartilham a mesma organização democrática. Embora haja algumas diferenças entre eles na configuração institucional, eles compartilham mais ou menos o mesmo desenvolvimento socioeconômico. Seus judiciários gozam de um grau de segurança relativamente elevado: juízes são, em regra, protegidos de ameaças externas. Mais do que isso, os judiciários da Europa Latina compartilham a mesma herança organizacional. Todos pertencem ao *civil law*, ao tipo burocrático de sistema judicial e, especificamente, ao assim chamado “sistema napoleônico”, marcado por uma profunda separação entre a função judicial e as outras profissões jurídicas assim como por um papel mais forte dos poderes políticos na gestão judiciária.<sup>29</sup>

Em estudo específico sobre o caso espanhol, Roesler (2007; 6-7) explica os fundamentos e características próprios dos sistemas judiciais que seguem o modelo napoleônico de poder judiciário:

Esse modelo pode ser descrito, conforme aponta García Pascual (1997), como uma combinação da doutrina revolucionária francesa e da institucionalização de um quadro funcional técnico mais bem vinculado com a visão burocrática de Estado do que com as suas raízes revolucionárias e liberais. O juiz era entendido (e recrutado) para ser um funcionário do Estado encarregado da aplicação da legislação posta pelo Poder Legislativo. O controle de seu recrutamento e a administração de sua carreira eram incumbência do Poder Executivo, mostrando assim que, apesar da teoria de separação de poderes ser utilizada como lugar comum a designar a natureza e os vínculos entre os poderes do Estado, de fato o Poder Judiciário tinha pouco mais que o nome como poder efetivamente independente.

(...) A caracterização de um juiz, portanto, seguia o que se convencionalmente passou à tradição do pensamento jurídico como “juiz boca da lei”, ou seja, um paradigma de atuação em tudo mecânico e subordinado à legalidade estrita, que garantiria a neutralidade e apoliticidade (aparentes) necessárias ao bom funcionamento do Estado.

---

<sup>29</sup> Tradução livre do autor do original em inglês: “The four countries of Latin Europe – France, Italy, Portugal, and Spain – are relatively homogeneous. All belong to the European Union; subscribe to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, with all its guarantees; and share the same democratic setting. Although there are some differences among them in institutional configuration, they share roughly the same levels of socioeconomic development. Theirs judiciaries enjoy a relatively high level of security: judges are original protected from outside threats. Moreover, the judiciaries of Latin Europe share the same organizational heritage. All belong to the civil law, bureaucratic type of judicial system and, specifically, to the so-called ‘Napoleonic system’, which is marked by a deep separation between the judiciary and other legal professions as well by a somewhat stronger role of the political branches in judicial management.”

Guarnieri (2001) indica que algumas diferenças históricas permitem destacar o poder judiciário francês como aquele que mais carece de independência institucional em relação aos judiciários ibéricos e italiano. Na verdade, segundo o autor, desde o Antigo Regime, a desconfiança com a magistratura fez com que a despolitização da função judicante fosse um objetivo constante para os franceses. Além disso, não se verificou, na França, um processo de redemocratização e constitucionalização tardia no qual as garantias do poder judiciário tenham sido reforçadas, como ocorreu nos demais países da Europa latina ocidental, especialmente Espanha e Portugal, após o declínio dos regimes de exceção franquista e salazarista, respectivamente, já na segunda metade do Século XX.

Isso pode explicar porque Bell (2006, p. 73) considera o estilo de julgamento francês peculiar até os dias de hoje. Segundo o autor, o juiz francês “*invoca sua autoridade e objetiva apresentar um resultado, sem explicações mais profundas. É impessoal e tem um estilo típico de um serviço público civil, que apela para a autoridade da norma ao invés da autoridade do prolator da decisão*”.<sup>30</sup>

Apesar de tais diferenças, Guarnieri (2001, p. 115) os analisa, de forma geral, da seguinte maneira:

Em geral, os judiciários do *civil law* basicamente não se diferem da máquina burocrática do Estado. Eles estão fundados na concepção clássica do juiz como um mero executor da lei baseado em conhecimento técnico-jurídico. Portanto, o modelo burocrático que caracteriza a administração da Justiça na Europa expressa a antiga e radical distinção entre Direito e política. Em outras palavras, os juízes, como outros servidores públicos civis, somente aplicam normas legais preexistentes, sem interferir nas prerrogativas dos poderes políticos.<sup>31</sup>

Seguindo a linha de Roesler (2007; 7), a difusão do modelo napoleônico de sistema judicial nos países do *civil law* pode ser atrelada a fatores como: a) a codificação do Direito e sua pretensão de completude e sistematicidade, garantidas pela rigidez dos cânones hermenêuticos clássicos; b) a disseminação de categorias dogmáticas e conceitos doutrinários rígidos, característicos, por exemplo, da Escola da Exegese, e; c) a forte

---

<sup>30</sup> Tradução livre do autor do original em inglês: “The style of French judgments is particular. It claims authority and aims to present an outcome, but without deeper explanations. It is impersonal and is typical of a civil service style, which appeals to the authority of the rule, rather than the authority of the decision-maker.”

<sup>31</sup> Tradução livre do autor do original em inglês: “In general, civil law judiciaries do not basically differ from the bureaucratic machinery of the state. They are grounded on the classic European conception of the judge as a mere executor of the law, based on technical knowledge. Therefore, the bureaucratic arrangements characterizing the European administration of justice expresses the old and sharp distinction between law and politics. In other words, judges, like other civil servants, merely apply preexisting legal rules without interfering in the prerogatives of the political branches.”

hierarquização do judiciário, com o controle da gestão judiciária pelo executivo e a exclusão das discussões que envolviam o Estado dos foros judiciais.

Se, como dito em passagem anterior, não se pode simplificar a história afirmando-se que a teoria da separação de poderes gerou o modelo napoleônico de poder judiciário, não há como negar que este último se abeberou no repositório teórico presente em Locke e Montesquieu para se afirmar, aproveitando-se, ainda, do positivismo legalista do Século XIX.

Assim é que não há como entender a independência judicial sem contextualizá-la no tempo e nas condições político-institucionais que justificaram seu surgimento. Nos países filiados ao *civil law*, a independência judicial orgânica ou estrutural surge em um momento de debilidade institucional do poder judiciário em relação aos demais poderes políticos, e a independência decisional do juiz aparece como escudo de proteção de uma atividade estatal específica, de caráter meramente tecnoburocrática, de aplicação estrita da lei a litígios que não envolviam mais do que interesses individuais das partes, com a ajuda de recursos de interpretação limitados.

Veremos, a seguir, se esse quadro ainda se faz presente nos dias de hoje. Por ora, cabe mencionar alguns aspectos da estrutura judicial alemã, que também exerceu e exerce decisiva influência sobre o sistema jurídico brasileiro.

Na Alemanha do Século XVIII, a posição do juiz era de vinculação em relação à lei e pouco ou nenhum espaço para a criatividade. Bell (2006, p. 137) registra que, a partir de 1794, vigorou na Prússia o chamado *Allgemeines Landrecht* que determinava aos magistrados que eles deviam submeter os casos de interpretação duvidosa a uma Comissão Jurídica para que ela fornecesse a solução interpretativa. Na ausência de uma disposição legal específica para um caso, o juiz deveria se socorrer dos princípios gerais do Direito ou da analogia em relação a outras disposições legais.

Após a unificação da Alemanha sob o Império Germânico (1871), o poder judiciário ganhou a condição de instituição garantidora do *Rechtsstaat*, isto é, de uma forma de Estado sob a cláusula do Estado de Direito, fortemente marcado pela supremacia do direito legislado (*Gezetz [Lei] ou gesetz [legislado, posto]*).

Segundo relata Kommers (2001, p. 134):

Na jurisprudência dominante do Império Germânico (1871-1918), o estado representava uma unidade suprema e indivisível – uma *potesta suprema* – sujeita a nenhum outro poder que não o da própria lei. O Judiciário foi parte integrante deste sistema. Muito embora os juízes fossem parte do serviço público civil, a legislação assegurava-lhes independência do controle da monarquia bem como de seus superiores. (...) O *Rechtsstaat*, em suma, vinculava o Estado e seus agentes à

lei. Por lei, contudo, os alemães se referiam às leis gerais baixadas pela legislatura soberana, a maior autoridade do Estado e mais alta expressão de sua vontade. Por isso, o papel das Cortes era somente o de aplicar as leis como escritas, uma tarefa que exigia, acima de tudo, um Judiciário independente. A independência judicial, neste sentido, implicava na presença de um modo de pensamento que requeria dos juízes que eles se isolassem das forças, ideias, ou até mesmo noções de justiça localizadas fora da estrutura formal do sistema normativo.<sup>32</sup>

Como visto, a caracterização do juiz como um burocrata é um traço comum aos sistemas judiciais dos países da Europa latina ocidental e à Alemanha muito embora o caminho percorrido por cada país seja singular.

A relação entre o sistema judicial napoleônico, o modelo tecnoburocrático de magistratura e a independência judicial decisional ou funcional dos juízes é clara, e assim caracterizada por Bell ao comentar o sistema germânico (2006, p. 144-145):

O ideal do juiz burocrata possui elementos positivos e negativos. Positivamente, ele [o juiz] se compromete a operar dentro do sistema no qual trabalha. Este é o aspecto que foi destacado por Weber no início do Século XX. O produtor de decisões burocrático, racional e imparcial aplicava as normas de forma previsível e equânime. Numa sociedade democrática, isto envolve um compromisso com a separação de poderes e a prioridade das legislaturas eleitas democraticamente. Negativamente, a ideia contém valores de impessoalidade e de falta de juízo crítico a respeito das ordens que são dadas. Este último aspecto vai ao encontro do positivismo jurídico e da *Begriffsjurisprudenz* [Jurisprudência dos conceitos]. O ideal burocrático se refletiu nas tradições da investidura e vida judiciais. Tratava-se de mais um cargo do serviço público civil e muitas das normas aplicáveis aos *Beamten* [servidores] aplicavam-se aos juízes, excetuados os casos de disposição legal específica. A impessoalidade das decisões coletivas (somente quebradas no *Bundesverfassungsgericht*) enfatizava o papel da instituição, não o da pessoa, na concepção da decisão, e o indivíduo podia escapar de qualquer responsabilização. A ideia de *Rechtsstaat* como governo do Direito e não dos homens parecia reforçar isto.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Tradução livre do autor do original em inglês: “In the prevailing jurisprudence of the German Empire (1871-1918), the state represented a supreme and indivisible unity – a *potestas suprema*-subject to no power other than law itself. The judiciary was an integral part of this system. Although judges were part of the civil service, legislation sought to secure their independence from monarchical control as well as from their administrative superiors. (...) The *Rechtsstaat*, in short, bound the state and its agents to the law. By law, however, Germans meant those general laws laid down by the sovereign legislature, the state’s ultimate authority and the highest expression of its will. Accordingly, the role of courts was one of applying these laws as written, a task that required, above all, an independent judiciary. Judicial independence in this sense implied the presence of a mind-set that virtually required judges to insulate themselves from forces, ideas, or even notions of justice located outside the formal structure of the legal system.”

<sup>33</sup> Tradução livre do autor do original em inglês: “The ideal of the bureaucratic judge has both positive and negative elements. Positively, he is willing to commit himself to operating the system in which he works. It is this aspect of the ideal that was stressed by Weber at the beginning of the twentieth century. The bureaucratic, rational and impartial decision-maker applied the rules in a predictable and even-handed way. In a democratic society, this involves a commitment to the separation of powers and the priority of the democratically elected legislature. Negatively, the idea contains values of impersonality and a lack of critical judgement with respect to the orders that are given. This latter aspect was supported by ideas of legal positivism and *Begriffsjurisprudenz*. The bureaucratic idea was reflected in the traditions of judicial appointment and judicial life. It was a public service position and many of the rules applying to *Beamten* applied to judges, unless specific provision was made. The impersonality of the collegial decision (broken only in the *Bundesverfassungsgericht*) emphasised the role of the institution, not the person, in coming to decisions, and

Com efeito, como já afirmado em passagens anteriores, a independência judicial está correlacionada à necessidade de se proteger um poder judiciário amesquinhado institucional e organicamente em face de tentativas - aparentemente iminentes e inevitáveis - de interferência de poderes executivos e legislativos, extremamente fortes desde a sua gênese.

Além disso, a independência decisional do juiz para proferir suas decisões, vista de forma absoluta, como uma imunidade material indevassável que resguarda o juiz de quaisquer responsabilidades pelas decisões que profere, surge como um consectário lógico das imensas limitações e constrangimentos impostos ao magistrado pelo próprio sistema judicial napoleônico, inerentes ao modelo tecnoburocrático de magistratura.

Como afirma Guarnieri (2001, p. 126):

Em regimes democráticos, o relacionamento entre o Judiciário e as outras instituições políticas tem sido organizado tradicionalmente em duas vertentes: nos países do *civil law*, os poderes políticos exercem considerável influência sobre as burocracias judiciais, enquanto nos países Anglo-Saxões, a influência do Executivo e do Legislativo se focam, primariamente, no processo de recrutamento de magistrados. Apesar disso, essas duas famílias jurídicas têm abordado a tradicional tensão entre juízes independentes e democracia de forma não tão diferente. De modo geral, nos sistemas do *civil law* da Europa Continental, o papel do juiz tem sido definido como aquele do simples executor da vontade legislativa, suprimindo, portanto, a referida tensão na sua raiz. Em outras palavras, não há tensão, porque os juízes, embora independentes, somente executam a vontade da maioria democrática.<sup>34</sup>

De fato, assim como o engenheiro que faz os cálculos estruturais de uma obra não deve ser condicionado, no tratamento dos números e das fórmulas matemáticas que determinam a capacidade de carga suportada pelas estruturas, pelos interesses econômicos do dono da obra e o cirurgião não pode ser induzido a utilizar esse ou aquele instrumento ou técnica cirúrgica no seu paciente em razão dos interesses do proprietário do hospital, o juiz burocrático, ao aplicar as leis aos fatos com a ajuda de cânones hermenêuticos clássicos do

---

the individual could escape blame. The idea of the *Rechtsstaat* as the rule of law and not men seemed to reinforce this. ”

<sup>34</sup> Tradução livre do autor do original em inglês: “In democratic regimes, the relationships between the judiciary and other political institutions have traditionally been arranged in two ways: in civil law countries, the political branches exercise considerable influence over judicial bureaucracies, while in Anglo-Saxon countries, the influence of the executive and legislative primarily focuses on the judicial recruitment process. Nonetheless, these two legal families have approached the traditional tension between independent judges and democracy in not-so-different ways. Generally speaking, in the civil law systems of continental Europe, the role of the judge has been defined as that of a simple executor of the legislative will, therefore suppressing at its roots the aforementioned tension. In other words, there is no tension, because judges, although independent, just execute the will of the democratic majority.”

positivismo jurídico, seria responsável por uma atividade dotada de um nível tão específico de tecnicidade, abstração, neutralidade e apoliticidade, que sua autonomia técnica deveria ser garantida.

A desnecessidade ou inutilidade de qualquer forma de controle da atividade judicial aparece, aqui, como uma decorrência da visão de que o juiz é um especialista na aplicação direta e objetiva da vontade do legislador aos casos concretos. O problema é que da condição de poder marginalizado, alheio às discussões políticas centrais para a vida em sociedade, o poder judiciário foi catapultado pelo constitucionalismo contemporâneo ao centro da vida política do Estado.

Ginsburg (2003; 2-6) indica que nos anos que se seguiram ao fim da II Guerra Mundial o mundo assistiu a uma onda de constitucionalização de direitos fundamentais e à consolidação, também nas constituições nacionais, de mecanismos de controle judicial dos atos normativos oriundos dos demais poderes. Segundo o autor, percebia-se, naquela quadra histórica, a necessidade garantir a prevalência de patamares mínimos de dignidade humana mesmo contra eventuais movimentos majoritários, delegando-se ao “*terceiro poder*” essa tarefa de controle da conformidade dos atos praticados pelos órgãos de participação democrática com a Constituição, o que deu impulso a uma “*onda de democratização*” acompanhada pela expansão generalizada do poder dos juízes.

Tate e Vallinder (1995) se referem a um fenômeno de escala mundial de *expansão do poder judicial* e há autores que identificam até mesmo um processo de transformação do poder judiciário em projeção do superego de uma sociedade infantilizada (MAUS, 1989).

A descrição deste fenômeno não é o objetivo deste trabalho, o que importa considerar é quão anacrônica a descrição que até aqui fizemos da independência judicial, fundada teoricamente na doutrina tradicional da separação dos poderes e conectada a sistemas judiciais napoleônicos, compostos por magistrados do tipo tecnoburocrático, inspirados no positivismo jurídico da escola da exegese e da jurisprudência dos conceitos, se mostra no contexto da sociedade atual.

Ao tratar da independência judicial nos países da Europa latina ocidental, Guarnieri (2001, p. 125-127) descreve a ruína do modelo napoleônico:

Ainda assim, admita-se, tratar a atual independência do Poder Judiciário na Europa Latina não é fácil. Em primeiro lugar, o fato é que todos mantem as estruturas judiciárias burocráticas, que um dia estiveram sob o controle dos Executivos ou das elites judiciais. Contudo, o crescimento da independência institucional e a erosão das hierarquias judiciais têm libertado juízes das formas tradicionais de controle. Ademais, a instituição de órgãos judiciais dotados de autogoverno tem

aumentado o papel desempenhado por associações judiciais, permitindo o surgimento de fortes diferenças dentro do próprio Judiciário. Em outras palavras, o enfraquecimento das dependências tradicionais, externas e internas, parece ter aumentado a relevância dos relacionamentos dos juízes com os meios sociais e políticos. Nos quatro países, um novo e forte relacionamento tem se desenvolvido entre os juízes (e promotores) e a mídia: Baltazar Garzòn na Espanha, Thierry Jean-Pierre na França, Antonio di Pietro na Itália são apenas alguns exemplos de magistrados cujas iniciativas têm sido fortemente apoiadas pela opinião pública e pela mídia. Na verdade, a mídia, cujos interesses frequentemente coincidem com aqueles do Judiciário, é especialmente capaz de apoiar e chamar atenção para as ações de juízes e promotores públicos.

(...) Em resumo, nos países da Europa Latina o dismantelamento gradual mas constante do modelo napoleônico de organização judicial tem estado associado com a judicialização da política, marcada tanto pelo crescimento da produção de políticas pelo Poder Judiciário quanto pelo desenvolvimento de um tipo de criminalização das responsabilidades políticas.<sup>35</sup>

De modo semelhante, na Alemanha, desde a República de Weimar, houve uma mudança de postura dos juízes frente à lei. Ainda que inseridos num contexto de forte influência do positivismo clássico, Bell (2006, p. 127-128) indica que foi a conjunção de fatores como a estrutura profissional e hierarquizada da magistratura idealizada por Bismarck, e o progressivo crescimento da liberdade dos juízes para agregar, em alguns casos, valores e princípios substanciais às provisões legislativas, que gerou a mentalidade do *Obrigkeitsstaat*, manipulada pelo regime nacional socialista para a ascensão e manutenção do nazismo sob os auspícios da magistratura.

Situações como esta conduziram a uma nova mudança de rumos com a promulgação da Lei Fundamental. Segundo Kommers (2001, p. 135):

Como a experiência da República de Weimar mostrou, juízes podiam abrigar seus instintos antidemocráticos ao mesmo tempo em que insistiam em sua independência e se diziam fiéis à letra da lei. A experiência de Weimar também demonstrou que o *Reschtsstaat* formal era tão importante quanto qualquer constituição política. Com efeito, o positivismo jurídico que prevaleceu na Alemanha naquela época colocava a lei ordinária no mesmo nível da Constituição.

---

<sup>35</sup> Tradução livre do autor do original em inglês: “Still, admittedly, assessing the actual independence of the judiciary in Latin Europe is not easy. First of all, the fact remains that all maintain bureaucratic judiciaries, once under the control of the executive and of the judicial elite. Nonetheless, the growing institutional independence and the erosion of the judicial hierarchy has freed judges from some of the traditional forms of control. In addition, the institution of self-governing judicial bodies has enhanced the role of judicial associations, allowing the emergence of even strong differences inside the judiciary. In other words, the weakening of traditional dependencies, both external and internal, appears to have increased the relevance of the relationships between judges and political and social environment. In all four countries, a new and strong relationship has developed between judges (as well as prosecutors) and the media: Baltasar Carzòn in Spain, Thierry Jean-Pierre in France, Antonio di Pietro in Italy are only a few examples of magistrates whose initiatives have been strongly supported by public opinion and by the media. In fact, the media, whose interests often coincide with those of the judiciary, is especially able to support and draw attention to the actions of judges and public prosecutors. (...)”

On the balance, in Latin European countries the slow but steady dismantling of the Napoleonic model of judicial organization has been associated with the judicialization of politics, marked by both growing judicial policy making and the development of a sort of criminalization of political responsibility.”

Tudo isso mudou com a adoção da Constituição de 1949, conhecida como a Lei Fundamental. A nova ordem constitucional continua a anunciar o tradicional *Rechtsstaat*, mas o correlacionou a um vínculo constitucional democrático, nas palavras do Artigo 20, por ambos “lei e *justiça*” (grifado). Além disso, a Lei Fundamental sujeitou o Judiciário assim como o Legislativo à lei maior da Constituição. A Lei Fundamental se auto define como a norma suprema do País e cria um tribunal especial com poderes para controlar a constitucionalidade de leis e outros atos estatais.<sup>36</sup>

Bell (2006, p. 138-139) assim descreve o atual papel desempenhado pelo poder judiciário na Alemanha:

Se o papel do juiz foi concebido de maneira estreita no passado, a jurisdição constitucional afetou a criatividade judicial de duas formas. Em primeiro lugar, o próprio papel do *Bundesverfassungsgericht* faz seus juízes proativos na salvaguarda da democracia e no desenvolvimento das demandas da constituição em face da situação contemporânea. Os juízes daquela Corte são deliberadamente voltados contra os órgãos eletivos no sentido de prevenir excessos da maioria democrática. Os juízes percebem a tensão entre o modelo da “fidelidade às normas” (*Normgebundenheit*) e um modelo mais criativo ao descreverem o que estão fazendo. (...) Como Caldwell nota, a história da Alemanha levou a um ceticismo em relação ao poder legislativo e à soberania popular. Ao judiciário foi dado um papel especial de guardião da ordem democrática. Finalmente, a metodologia da Corte pode ser criticada com relação à forma como tem usado suas fontes e o argumento racional. (...)

Em segundo lugar, a filosofia do *Grundgesetz* encoraja todos os juízes a buscar fazer justiça e não somente aplicar a lei de forma estreita e positivista. A criatividade judicial por parte de juízes ordinários é vista como algo apoiado e estimulado pelo *Bundesverfassungsgericht* (...)<sup>37</sup>

É dizer, muito embora tenham mantido, sob o ponto de vista estrutural, ligações com os modelos napoleônico de sistema judicial e tecnoburocrático da magistratura, o poder judiciário goza, hoje, nas principais democracias ocidentais europeias, de uma

---

<sup>36</sup> Tradução livre do autor do original em inglês: “As the experience of the Weimar Republic showed, judges could harbor anyidemocratic instincts while insisting on their independence and remaining faithful to the letter of the law. Weimar’s experience also showed that the formal *Rechtsstaat* was as important as any political constitution. All this changed with the adoption of the 1949 constitution, known as the Basic Law. The new constitutional order continued to herald the traditional *Rechtsstaat* but yoked it to a constitutional democracy bound, in the words of Article 20, by both “law and *justice*” (emphasis added). In addition, the Basic Law subjected the judiciary as well as the legislature to the higher law of the constitution. The Basic Law defined itself as the supreme law of the land and created a special tribunal empowered to review the constitutionality of laws and other state actions”.

<sup>37</sup> Tradução livre do autor do original em inglês: “If the judicial role had been narrowly conceived in the past, constitutional adjudication has affected judicial creativity in two ways. First of all, the very role of the *Bundesverfassungsgericht* makes its judges proactive in safeguarding democracy and developing the requirements of the constitution to a contemporary situation. The judges of that court are deliberately set against the elected chambers to prevent the excesses of a democratic majority. The judges sense the tension between the ‘fidelity to norms’ model (*Normgebundenheit*) and a more creative model to describe what they are doing. (...) As Caldwell notes, German history has led to a scepticism in relation to both legislative and popular sovereignty. The judiciary is given a special role as guardian of the democratic order. Finally, the methodology of the court can be criticised in terms of its uses of sources and rational argument. (...)

Secondly, the philosophy of the *Grundgesetz* encourages all judges to seek to do justice and not just apply the law in a narrow, positivistic fashion. Judicial creativity by ordinary judges is now seen as encouraged and supported by the *Bundesverfassungsgericht* (...)

posição de destaque em relação aos demais poderes e os juízes não se comportam como aplicadores robóticos dos comandos legais, mas como protagonistas da concretização de direitos fundamentais e definições de políticas públicas.

Essa mudança deve se refletir, também, na compreensão que se tem da independência judicial. Se ela surge para contrabalançar uma debilidade institucional do poder judiciário e proteger um ofício meramente tecnoburocrático de subsunção de fatos a normas desempenhado por seus juízes, desaparecido o déficit institucional e alargados os limites da competência judicial a ponto de se falar em protagonismo judicial, há de se fazer o movimento pendular para o outro extremo, o da *accountability* judicial.

Na própria Alemanha, há dois registros históricos que demonstram essa mudança de concepção acerca da independência judicial. Segundo o relato de Bell (2006, p. 128-129), em 1968, o judiciário alemão lidou com o caso Rehse. O juiz Rehse foi acusado e condenado em primeira instância pelos crimes de homicídio e tentativa de homicídio por ter participado, como membro do *Volksgesicht*, da prolação de sete sentenças de morte sob pressão do regime nazista. O magistrado acabou absolvido pelo *Bundesgerichtshof* ao argumento da chamada “cegueira legal”, segundo o qual, ainda que de forma equivocada, o juiz proferira as decisões a partir de sua convicção a respeito do que era determinado pela lei naquele momento.

Percebe-se, aqui, um conceito forte de independência judicial decisional umbilicalmente ligado à compreensão de que o juiz exerce uma atividade apolítica, técnica e impessoal.

A situação se inverteu no caso do juiz Rainer Orlet (KOMMERS, 2001, p. 132-133). Ele participou do julgamento de um militante antisemita por apologia ao ódio, no qual, apesar da condenação, a penalidade foi abrandada por ter se considerado que se tratava de um “*cidadão correto*” e um “*bom homem de família*”. Além disso, o juiz Orlet, em sua decisão, teceu comentários no sentido de que seria compreensível a impaciência do réu com as constantes demandas dos judeus por reparação mesmo depois de cinquenta anos passados da Segunda Guerra e admirável, ainda que equivocada, a sua militância e dedicação à campanha antisemita.

A reação pública à decisão foi imediata e feroz. O parlamento contra-atacou os argumentos constantes da decisão com a aprovação de uma lei, denominada Estatuto da “Mentira de Auschwitz”, proibindo expressamente qualquer forma de negação do Holocausto. A mídia realizou uma verdadeira campanha de crítica à Corte Criminal de

Mannheim e, em especial, ao juiz Orlet. Os representantes parlamentares de Baden-Württemberg ameaçaram retirar o magistrado do judiciário se ele não fosse punido internamente. A própria Corte determinou a remoção do juiz para outra Turma de Julgamento e ele se afastou temporariamente em razão de uma licença para tratamento de saúde.

No seu retorno, mais ameaças de *impeachment* ocorreram e alguns juízes leigos se negaram a trabalhar com ele, o que só cessou com a antecipação de sua aposentadoria. Note-se que, embora não tenha sido formalmente punido pelo conteúdo de sua decisão, a intolerância social às ideias antissemitas alcançou um nível tão agudo que as pressões por *accountability* acabaram sobrepujando qualquer pretensa ofensa à independência judicial.

Em pouco menos de 30 (trinta) anos, a situação se inverteu completamente, passando-se da absolvição de um juiz por efetivamente ter condenado pessoas à morte no regime nazista em razão da independência judicial para o exercício de uma pressão insuportável por *accountability* contra um magistrado que simplesmente manifestou certa simpatia por um militante antissemita.

Essa mudança do poder de que desfruta o judiciário, tanto em termos institucionais como decisoriais e a sensibilidade de cada sociedade às suas mazelas exigem uma revisitação da ideia de independência judicial. Assim como na Alemanha o Holocausto cala cada vez mais fundo na sociedade, gerando mudanças de posicionamento como a descrita, no Brasil, não há mais como conceber a independência judicial como a mesma dos tempos em que se alijava a mulher da partilha patrimonial e guarda de filhos em razão de um juízo de culpa pelo divórcio.

Não é mais tolerável que o Estado-juiz se alie ao marido ou companheiro na tarefa de subjugar financeira, emocional e fisicamente a mulher. A decisão do CNJ no processo administrativo disciplinar nº 0005370-72.2009.2.00.0000, tal qual as pressões exercidas para afastamento do juiz Orlet da Corte Criminal de Mannheim, nada mais foi do que uma resposta a uma postura judicial inaceitável em relação a um flagelo que aflige a sociedade brasileira: a violência contra a mulher. Voltaremos a este ponto em outro Capítulo.

## 2.4. Independência judicial no Brasil: do modelo tecnoburocrático de magistratura ao “oba-oba” pós-positivista

Vimos que tanto nos países latinos da Europa ocidental como na Alemanha, o sistema judicial, na forma como originalmente concebido, apostava na figura do juiz profissional, um especialista em dogmática jurídica capaz de exercer com exatidão a tarefa de aplicação da lei concebida pelo legislativo.

Agora vamos analisar o caso brasileiro com especial enfoque nos riscos de se conceder à independência judicial decisional - que nasceu atrelada à ideia de completa vinculação do juiz à lei - força imunizadora, mesmo nos casos em que os juízes operam dentro da amplíssima “paleta de cores” oferecida pelo atual estado do Direito no Brasil.

Como já antecipado, o sistema judicial brasileiro foi diretamente influenciado pelos modelos europeus descritos neste trabalho. Segundo Zaffaroni (1995, p. 125):

O modelo brasileiro apresenta uma longa tradição de ingresso e promoção por concurso, estabelecida na época do “Estado Novo”, correspondendo à coerência política deste quanto à criação de uma burocracia judiciária de corte bonapartista, mas que, definitivamente, tem tido como resultado um judiciário semelhante aos modelos europeus da segunda metade do século passado e primeiras décadas do presente.

A concepção de independência judicial que inspirou a inclusão do princípio do livre convencimento motivado no Código de Processo Civil de 1973 e a imunidade material dos magistrados pelo conteúdo de suas decisões na Lei Orgânica da Magistratura Nacional é, portanto, aquela que tem como correlato o modelo napoleônico de sistema judicial e a magistratura tecnoburocrática.

É claro que a forma de atuação do juiz tecnoburocrático e o espaço de independência de que goza perante a lei está apoiada em uma proposta jusfilosófica: o positivismo jurídico do Século XIX, assim descrito por Müller (2005, p. 156):

(...) o positivismo pensa axiomáticamente e quer conceber as codificações como sistema fechado, ao qual devem caber unidade bem como coerência, entendida em sentido de completude bem como no de ausência de contradições. Procede pela dedução lógica a partir da totalidade sem lacunas do sistema legal. A aplicação do direito não deve consistir de nada mais. Ao direito racional todo e qualquer comportamento humano em sociedade se afigura normatizável e antecipável. A ciência das Pandectas, o positivismo e a *jurisprudência dos conceitos* não mais compreenderam ingenuamente o direito positivo, mas o seu próprio sistema conceitual enquanto fechado em si mesmo, derivável e isento de contradições. Todos os casos jurídicos pareciam solucionáveis pela subsunção silogística, os conceitos jurídicos deviam colocar à disposição um número fixo de axiomas.

Esta descrição não é mais condizente com o espaço de atuação reservado ao Poder Judiciário. O processo de expansão do poder judicial descrito por Ginsburg (2003),

Tate e Vallinder (1995) também se fez sentir no Brasil, em especial, no período que se seguiu à promulgação da Constituição de 1988.

Conforme aponta Cittadino (2004, p. 106), as causas deste fenômeno são as mais variadas: ele passa pela normatização de direitos de diferentes matizes (individuais, coletivos, difusos, sociais, civis e etc.), tem relação com a instalação de um regime democrático focado no reforço de instituições responsáveis pela garantia do Estado de Direito - notadamente, Ministério Público e magistratura -, mas também envolve a instituição de instâncias judiciais ou judicialiformes na esfera internacional ou transnacional e um forte discurso acadêmico de defesa da atuação do poder judiciário como espaço de desenvolvimento da cidadania.

Como já esclarecido, não é o propósito deste trabalho explorar essas causas e tampouco o significado deste processo de deslocamento da vida política da sociedade para os foros e fóruns judiciais. O certo é que, como diz Cittadino (2004, p. 105):

No Brasil, do mesmo modo, também se observa uma aplicação do controle normativo do Poder Judiciário, favorecida pela Constituição de 1988, que, ao incorporar direitos e princípios fundamentais, configurar um Estado Democrático de Direito e estabelecer princípios e fundamentos do Estado, viabiliza uma ação judicial que recorre a procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais.

É claro que este processo gerou uma alteração na forma como juízes passaram a se comportar em relação ao Direito, o que também tem seus reflexos na concepção de independência judicial.

Na prática jurídica atual, a adoção do princípio da independência judicial decisional, “funcional”, “moral” ou “psicológica” do juiz em sua acepção mais dogmática oferece perigos latentes. É que teorias estrangeiras tidas como “pós-positivistas”, especialmente as de Alexy e Dworkin, se tornaram alvos preferenciais de confusões conceituais com sérias repercussões para o nosso Direito.

Em *Levando os Direitos à Sério*, Dworkin (2002, p. 42) afirmou que os princípios jurídicos possuem uma dimensão de peso, de modo que a não aplicação de um princípio a um caso não implica na sua invalidade, mas somente que outro princípio atuou, naquela operação de aplicação do Direito, com um peso maior para a decisão tomada. Foi o bastante para que o autor fosse recebido no Brasil como referência de relativismo conceitual e abertura para todo e qualquer tipo de invocação principiológica, mesmo para casos cuja solução está oferecida por regras jurídicas expressas.

Na verdade, a teoria de Dworkin (2007 e 2011) é antes de tudo uma reação ao ceticismo moral e ao pragmatismo jurídico que justificam a grande parcela de discricionariedade conferida aos juízes por positivismos como os de Kelsen e Hart.

Em sua *Teoria Pura do Direito*, Kelsen (2003, p. 272 e 390) deixa claro que o juiz, na qualidade de intérprete autêntico do Direito, dispõe de discricionariedade para conceber a solução interpretativa que lhe pareça melhor dentro das que se lhe apresentam na moldura ou quadro normativo propostos pela lei a ser aplicada, podendo, inclusive, selecionar alternativas de fora da moldura, que se consolidam como direito positivo desde que não sejam anuladas ou rechaçadas pelos órgãos competentes.

É a fórmula de Kelsen que permite aos magistrados se valerem do relativismo conceitual que a ideia de quadro ou moldura inspira para, associando-o à concepção tradicional de independência judicial, legitimar todo e qualquer tipo de decisão como um ato de vontade.

Esse amplíssimo espaço de discricionariedade judicial incensurável fomentado pelas concepções mais tradicionais da independência judicial decisional encontra sustentação em Hart (2012, p. 352):

Não obstante, haverá aspectos sobre os quais o direito existente não aponta nenhuma decisão como correta; e, para julgar essas causas, o juiz tem de exercer seu poder de criar o direito. Mas não deve fazê-lo arbitrariamente: isto é, deve ser sempre capaz de justificar sua decisão mediante algumas razões gerais, e deve atuar como faria um legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções e valores. Mas, desde que satisfaça a essas condições, o juiz tem o direito de seguir padrões ou razões que não lhe são impostos pela lei e podem diferir dos utilizados por outros juízes diante de casos difíceis semelhantes.

Essa modalidade de independência judicial que desvencilha o juiz não só dos obstáculos impostos por outros poderes ou pela estrutura burocrática judicial, mas principalmente do próprio Direito, oportunizando decisões *ad hoc* em sequência, nada tem a ver com Dworkin (2007, p. 203):

Será útil dividir as exigências da integridade em dois outros princípios mais práticos. O primeiro é o princípio da integridade na legislação, que pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios. O segundo é o princípio de integridade no julgamento: pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente neste sentido. O segundo princípio explica como e por que se deve atribuir ao passado um poder especial próprio no tribunal, contrariando o que diz o pragmatismo, isto é, que não se deve conferir tal poder. Explica por que os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante.

Robert Alexy também foi recebido como um verdadeiro gatilho bibliográfico para toda espécie de ponderação de interesses, aplicável a qualquer caso que aporte em um tribunal. De uma nunciação de obra nova à uma investigação de paternidade, passando pelas ações cominatórias e inventários, a maioria das discussões judiciais no Brasil desemboca na sua teoria dos direitos fundamentais e no recurso desmedido a um principialismo pródigo em soluções que passam por “razoabilidade” e “dignidade humana”, a despeito da solução específica indicada pela lei, muito embora o próprio Alexy afirme que o nível das regras deve ter primazia em relação ao dos princípios na solução dos casos jurídicos.

É o fenômeno bem descrito por Neves (2013; 192):

Embora Alexy admita exceções, exemplificando com um caso em que teria havido primazia do princípio sobre a regra em julgamento do Tribunal Constitucional Federal alemão, cumpre observar que se tratava “de um caso não correspondente à primazia das regras – *definidas por meio do teor literal da Constituição* – diante do nível dos princípios”. A questão era de relação entre texto e norma. Não se tratava de ponderação, mas antes de uma simples “interpretação extensiva” (do dispositivo, mas restritiva do direito) no sentido clássico. Portanto, definida a regra (completa, não suscetível de sopesamento) além do seu teor literal, ela tem primazia sobre os princípios que se encontram formalmente no mesmo nível hierárquico. Caso sempre se pudesse recorrer a princípios constitucionais, em nome da justiça, para afastar regras constitucionais, chegaríamos a um modelo em que o critério direto e definitivo seria sempre afastável *ad hoc* pelo critério mediato de solução do caso, levando à falta de consistência da ordem jurídica, diluída no social com base em um substantivismo principiológico, desastroso em uma sociedade complexa.

Esse rigor com as teorias “pós-positivistas” não é, contudo, a marca da prestação jurisdicional no Brasil. Muito ao contrário, ela se aproxima, com muito mais exatidão da descrição presente em Sarmento (2006: 199-200):

(...) a outra face da moeda [do uso desmesurado dos princípios] é o lado do decisionismo e do ‘oba-oba’. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem justiça – ou o que entendem por justiça —, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso de seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, convertem-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador consegue fazer quase tudo o que quiser.

O mais perturbador é pensar no resultado da mistura de todas as influências até aqui descritas sobre a práxis judicial de um País. Em resumo, tem-se um sistema judicial de nítida inspiração napoleônica, com magistrados profissionais, recrutados segundo o modelo tecnoburocrático que, tendo deixado para trás o paradigma da máquina de subsunção lógico-formal do positivismo oitocentista, aderiu à discricionariedade judicial própria dos

positivismos modernos sob o pretexto de o estar fazendo em nome da “tábua axiológica da Constituição”, do “princípioalismo” ou “pós-positivismo”.

Temos uma magistratura extremamente hierarquizada - com a gestão judiciária (as questões relativas ao ingresso, movimentação na carreira, definição de competências dos juízes e etc.) concentrada nas mãos das cúpulas judiciais - que opera, no seu afazer cotidiano, sem quaisquer âncoras à imaginação.

E tudo isso sob o pálio, a proteção e os auspícios de uma visão de independência judicial decisional que remonta àqueles tempos do judiciário de imagem esqualida perante os demais poderes e a sociedade e de juízes alijados das principais discussões políticas da sociedade.

Se, como vimos, a independência judicial nasceu como um conceito de luta porque as estruturas institucionais e o papel esvaziado do juiz frente ao Direito reclamavam um vetor que se opusesse à tendência de esmagamento do judiciário, hoje, ela é o vento de popa que sopra nas velas hasteadas de um judiciário bem estruturado orgânica e financeiramente e do protagonismo do juiz na cena política nacional.

Outro problema é que as visões a respeito da independência judicial provêm, em geral, de seus destinatários imediatos. São juízes ou juristas que se debruçam sobre o tema para defendê-la veementemente, por meio de bravatas como a frase que já se tornou célebre e é atribuída a Eduard Couture: *“No dia em que os juízes tiverem medo, nenhum cidadão poderá dormir tranquilo”*.

É por isso que se faz premente uma abordagem da independência judicial que parta de um ponto de vista externo ao dogmatismo jurídico para tratar do papel do Direito para a sociedade e do juiz para o Direito e para a sociedade.

O que não se pode deixar de considerar pelo que expomos até aqui são os perigos que a atual conjuntura enseja ao fornecer aos juízes amplíssima capacidade criativa sem responsabilidades correspondentes, os quais não podem ser remediados a contento enquanto estivermos vinculados ao mesmo conceito de independência judicial em vigor há mais de dois séculos.

## Teoria dos Sistemas, o Direito e os seus Juízes

**Sumário:** 3.1. Corrupção Sistêmica e Teoria dos Sistemas: afinal, o que é um sistema? – 3.2. A estrutura de expectativas e a função do Direito na sociedade – 3.3. O problema da legitimidade e o papel dos juízes e Tribunais no Direito – 3.4. Decisão judicial e legislação: proibição do *non liquet*, o centro e a periferia do sistema, fechamento operacional e abertura cognitiva, programas condicionais e finalísticos.

### 3.1. Corrupção Sistêmica e Teoria dos Sistemas: afinal, o que é um sistema?

Muito se falou até aqui de “corrupção”, “corrupção judicial” e “corrupção sistêmica” sem que se tenha estabelecido com clareza o que se quer dizer com cada um destes termos. Conforme explica Neves (2013):

A corrupção sistêmica não deve ser compreendida em termos penais, nem simplesmente no campo da conduta individual. Ela decorre de uma sobreposição destrutiva de critérios de uma esfera de ação sobre outras. No campo do Direito, isso envolve não só a compra de sentença ou a troca de benefícios econômicos por um julgamento, mas também a decisão judicial definida primariamente por determinação do poder político conforme a diferença entre governo e oposição, das boas relações, da troca de favores, da parentela, da amizade etc. E a corrupção sistêmica não tem conceitualmente a ver com a quantidade dos que, direta ou indiretamente, nela atuam e dela se beneficiam. Pode ser um número pequeno.

Assim, ao contrário do que se poderia intuir a partir do significado das palavras combinadas na expressão “corrupção sistêmica”, ela não se refere ao cometimento reiterado e disseminado de crimes de corrupção na forma dos artigos 317 e 333 do Código Penal<sup>38</sup>, muito embora possa ocorrer, e frequentemente ocorre, por meio desse tipo de prática criminosa<sup>39</sup>.

Esse primeiro esclarecimento é importante para que se possa evitar a impressão de que, por meio de todos os casos de exercício de *accountability* judicial

---

<sup>38</sup> Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:  
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

<sup>39</sup> Ocorre corrupção do sistema do Direito quando um magistrado decide uma causa não levando em conta o caráter lícito/ilícito das condutas ou dos pleitos sob apreciação, mas sim de acordo com a perspectiva de auferir uma vantagem financeira ilícita com a decisão, o que também configura o crime do artigo 317 do Código Penal. Há, contudo, corrupção sistêmica quando um padre decide excomungar da igreja uma pessoa por se casar com alguém por quem ele tenha um amor platônico e isso nada tem a ver com os crimes de corrupção.

decisional pelo Conselho Nacional de Justiça apresentados no Capítulo 1, se pretenda falar da proliferação incontida e epidêmica da prática de corrupção, no sentido jurídico-penal, no exercício da jurisdição no Brasil.

Assim, muito embora nas referências à existência de uma ideia de “corrupção” ou “corrupção judicial” subjacente a um número significativo de casos nos quais magistrados foram punidos e suas decisões judiciais foram recriminadas pelo CNJ os termos tenham sido empregados no seu sentido penal, não é isto que se quer explorar a partir da análise da ocorrência de “corrupção sistêmica”.

Corrupção sistêmica é um termo cunhado por Neves (2008, p. 240-241) para criticar a correlação entre sociedade moderna e diferenciação funcional dos sistemas sociais a partir da realidade vivida nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento. Segundo Neves (2008, p. 241), *“a chamada “corrupção sistêmica” tem tendência à generalização em experiências jurídicas típicas da modernidade periférica, atingindo o próprio princípio da diferenciação funcional e resultando na alopoiese do direito.”*

O próprio Niklas Luhmann (2003, p. 55) reconheceu a pertinência da crítica feita por Neves à sua proposta teórica e a existência de *“sistemas jurídicos em estado de corrupção”*<sup>40</sup>.

“Corrupção sistêmica’ é, portanto, um termo pertinente a uma matriz teórica específica: a teoria dos sistemas, cujo principal mérito talvez seja o de efetivamente fazer do Direito um objeto de observação, buscando compreender seu sentido e sua função a partir de um ponto de vista externo, que foge aos discursos simbólicos e legitimatórios que se encontram nos instrumentos de auto-observação do Direito, como a teoria do Direito, a dogmática jurídica, os princípios e os conceitos jurídicos (LUHMANN, 2003, p. 4).

Assim é que a teoria dos sistemas exerce, com relação ao Direito, justamente por tê-lo como um objeto de observação, um papel constitutivo. Ela indica o que é o Direito ao diferenciá-lo (LUHMANN, 2003, p. 6). Trata-se de um paradoxo. Mas paradoxos são comuns na teoria dos sistemas, a partir da própria definição do que é um sistema, afinal.

Segundo Luhmann (1996, p. 77):

A teoria dos sistemas na sociologia toma como ponto de partida um princípio de diferenciação: o sistema não é simplesmente uma unidade, mas uma diferença. A dificuldade desta disposição da teoria está em poder imaginar-se a unidade da referida diferença. Para poder se localizar um sistema (unidade) ele precisa ser

---

<sup>40</sup> Luhmann aceita a ocorrência de corrupção sistêmica. Eis trecho em que cita o trabalho de Neves em nota de rodapé do original em espanhol: “Un sistema jurídico expuesto frecuentemente a las intromisiones - y quién negaría que esto sucede a menudo? -, opera en estado de corrupción.”

distinguido. Portanto, trata-se de um paradoxo: o sistema consegue produzir sua própria unidade na medida em que realiza uma diferença.<sup>41</sup>

Especificamente quando se faz referência ao sistema jurídico, ou sistema do Direito, o termo “sistema” é bastante inespecífico e sua unidade, apesar desta incapacidade de distinção, é presumida sem que se coloque em questão como o sistema pode adquirir esta unidade, o que se revela teoricamente insatisfatório (LUHMANN, 1988, p. 12-13).

Além disso, especificamente os juristas tem por hábito designar as remissões recíprocas existentes entre os textos jurídicos – as leis, a doutrina e a jurisprudência - como um “sistema”, quando, nestes casos, o que há é simplesmente intertextualidade (LUHMANN, 2003, p. 242).

Na verdade, o paradoxo da teoria dos sistemas só pode ser resolvido a partir de um critério que defina os limites do sistema, que delimite sua unidade e também sua diferença em relação ao ambiente. Como dizem Luhmann e Giorgi (1992, p. 17) “*se realiza uma distinção traçando-se uma demarcação que separe duas partes, de modo que não se possa passar de uma parte a outra sem se atravessar essa demarcação*”.<sup>42</sup>

Na teoria dos sistemas, o que determina a distinção sistema/ambiente é um código operacional próprio do sistema, interno a ele. “*Em outras palavras, o sistema pode distinguir a si próprio do seu ambiente: isto, contudo, somente como uma operação que tem lugar no próprio sistema*”<sup>43</sup> (LUHMANN; GIORGI, 1992, p. 19-20). Ou, ainda, “*o sistema estabelece seus próprios limites, mediante operações exclusivas, e unicamente devido a isto pode ser observado*”<sup>44</sup> (LUHMANN, 1996, p. 77).

Assim, pode-se afirmar que “sistema”, na teoria sociológica de Luhmann, é todo e qualquer conjunto de processos comunicacionais que se orienta a partir de um código operacional próprio, exclusivo e estruturado de forma binária, ou seja, com um valor positivo e outro negativo.

Este modo de se auto reproduzir a partir de um código operacional próprio, que traça a fronteira do sistema e do ambiente, é o que se chama, na teoria dos sistemas, de

---

<sup>41</sup> Tradução livre do autor do original em espanhol: “La teoría de sistemas en la sociología toma como punto de partida un principio de diferenciación: el sistema no es simplemente una unidad, sino una diferencia. La dificultad de esta disposición de teoría estriba en poder imaginar la unidad de dicha diferencia. Para poder ubicar un sistema (unidad) necesita ser distinguido. Por tanto, se trata de una paradoja: el sistema logra producir su propia unidad en la medida en que lleva a efecto una diferencia”.

<sup>42</sup> Tradução livre do autor do original em italiano: “Si opera una distinzione tracciando una demarcazione che separa due parti, per cui non si può passare de una parte all'altra senza attraversare la demarcazione.”

<sup>43</sup> Tradução livre do autor do original em italiano: “In altre parole i sistemi possono distinguere se stessi dal loro ambiente: questo, però, solo come operazione che ha luogo nel sistema stesso.”

<sup>44</sup> Tradução livre do autor do original em espanhol: “el sistema establece sus propios limites, mediante operaciones exclusivas, y que unicamente debido a eso puede ser observado”.

fechamento operacional, uma característica comum a sistemas biológicos e sociais. Como explica Luhmann (1996, p. 78):

Esta forma de proceder tão específica é explicada com o conceito de fechamento operacional e pretende estabelecer que o sistema produz um tipo de operações exclusivas: por exemplo, um ser vivo que reproduz a vida que o mantém vivo, enquanto pode permanecer com vida...<sup>45</sup>

Voltaremos a este conceito de fechamento operacional em outro momento, por ora, o que é necessário considerar é que, especificamente com relação ao Direito, seu fechamento operacional e sua conseqüente diferenciação de seu ambiente dependem de (LUHMANN, 2003, p. 40):

(...) outros dois desenvolvimentos que se estimulam mutuamente: 1) a especificação da função do Direito, isto é, sua orientação para um problema social específico, e 2) a codificação binária do sistema que se operacionaliza mediante um esquema formado por um valor positivo (lícito) e um negativo (ilícito).<sup>46</sup>

Em resumo, o código operacional próprio ao Direito, que o constitui e o diferencia de seu ambiente é o que trabalha com o esquema binário “*conforme o Direito/não conforme o Direito*”. Este código e a função do Direito para a sociedade são, como visto, os aspectos que determinam o fechamento operacional do Direito e sua diferenciação funcional. Trataremos de ambos a seguir.

### **3.2. A estrutura de expectativas e a função do Direito na sociedade**

Como destacado no último trecho de Luhmann transcrito acima, para se falar em fechamento operacional e diferenciação funcional do Direito, é necessário compreender a que problema social o Direito se dirige. Para isso, é preciso retornar a conceitos ainda mais elementares da teoria dos sistemas.

Segundo Luhmann (1983, p. 45-46), há uma desproporção entre as possíveis experiências de sentido e ações que o mundo oferece ao homem e sua capacidade de percepção, assimilação e ação. A complexidade estaria, assim, neste número de

---

<sup>45</sup> Tradução livre do autor do original em espanhol: “Este modo de proceder tan específico queda indicado com el concepto de *clausura de operación* y pretende establecer que el sistema produce um tipo de operaciones exclusivas: por ejemplo, un ser vivo que reproduce la vida que lo mantiene vivo, mientras puede permanecer con vida...”

<sup>46</sup> Tradução livre do autor do original em espanhol: “Para la diferenciación y la clausura operativa del sistema del derecho se vuelven relevantes otros dos desarrollos que se estimulan mutuamente: 1) la especificación de la función del derecho, esto es, la orientación hacia un problema social específico, y 2) la codificación binaria del sistema que se lleva a cabo mediante un esquematismo que provee de un valor positivo (derecho) y de uno negativo (no derecho).”

possibilidades a na necessidade de escolha, de modo que, quanto mais abrangentes e infinitas as possibilidades de ação, maior seria a complexidade social. Por outro lado, a contingência aparece justamente no fato de uma possibilidade apontar para uma experiência diferente da que se poderia esperar, ela se materializa com o risco e a decepção.

A experimentação da vida cotidiana teria, contudo, muita dificuldade para lidar com a realidade hipercomplexa e hipercontingente dos dias de hoje. São infinitas as possibilidades de ação e informação relacionadas aos mais diferentes temas da vida e são igualmente comuns e prováveis os riscos e desapontamentos decorrentes das escolhas realizadas, de maneira que são necessárias estruturas que nos possibilitem realizar as seleções de maneira simplificada: as expectativas.

Nos apropriamos de uma rede de sentidos formadas por conceitos, coisas, símbolos, normas, palavras e também na experiência do outro como uma extensão do eu para formar uma estrutura de expectativas a respeito das pessoas e do mundo com uma certa pretensão de estabilidade. Como diz Luhmann (1983, p. 47):

Frente à contingência simples erigem-se estruturas estabilizadas de expectativas, mais ou menos imunes a desapontamentos – colocando as perspectivas de que à noite segue-se o dia, que amanhã a casa ainda estará de pé, que a colheita está garantida, que as crianças crescerão...

O problema começa a se densificar quando se considera a chamada *dupla contingência*. É que a experimentação social enseja a conclusão de que também o outro atua seletivamente em face de uma realidade igualmente complexa à que se nos apresenta. Não somente lidamos com as possibilidades com as quais nos defrontamos e as expectativas que temos em relação às nossas escolhas, mas com a certeza - que não pode ser mais incerta quanto ao seu conteúdo -, de que também o outro está diante de uma vastidão de possibilidades, de modo que ao realizar minha seleção, levo em consideração também a seletividade do outro. O risco de desapontamento, neste contexto, é multiplicado.

Essa relação que toma em consideração não somente a minha expectativa a respeito do comportamento do outro, mas também a expectativa da expectativa, é apenas o começo da explicação de como ocorre a experimentação na sociedade atual. Como aponta Luhmann (1983, p. 49):

É necessário considerar ainda que existem um terceiro, um quarto, e outros planos da reflexividade, ou seja expectativas sobre expectativas de expectativas...E isso tudo com relação a uma multiplicidade de temas, frente a uma multiplicidade de pessoas, e com uma relevância constantemente em alteração conforme cada situação.

Seria paralisante se orientar levando em consideração esse nível de complexidade e contingência em toda e cada interação social. É possível se enganar quanto ao comportamento do outro, é possível se enganar quanto à expectativa do outro, é possível se enganar quanto à expectativa que o outro tinha a respeito de sua expectativa e daí por diante. São necessárias reduções desse nível de contingência – risco de desapontamento – realizadas, por exemplo, pelas normas.

Luhmann (1983, p. 53) explica que:

A vigência de normas fundamenta-se na impossibilidade fática de realizar isso em todos os momentos e para todas as expectativas de todas as pessoas. Dessa forma, a vigência de normas reside em última análise na complexidade e na contingência do campo da experimentação, onde as reduções exercem sua função.

O exemplo dado pelo próprio Luhmann (1983, p. 52) não poderia ser mais simples e elucidativo a este respeito:

“Horário de visitas: domingos entre 11 e 12,30 horas” – essa regra é anônima e impessoal, ou seja, tem uma validade independente de quem espera ou não espera. Ela é estável no tempo, aplicável de domingo a domingo sem necessitar de certificações renovadas, e ela é objetivamente tão abstrata que pode compatibilizar as expectativas recíprocas de visitantes e visitados com uma mais ou menos grande amplitude de modos comportamentais. Ela não serve apenas, e nem mesmo principalmente, para tornar os comportamentos previsíveis – quem saberia se alguém virá e a quem visitará? – mas também para regular a expectativa sobre expectativas: sabe-se, escudado nessa regra, que se pode fazer visitas (mesmo que só para deixar um cartão de visitas); pode-se esperar um comportamento correspondente por parte dos visitados, ou pelo menos esperar que eles esperem essa expectativa de expectativas...

A existência de formas de redução da complexidade e contingência como a descrita acima não impede a ocorrência de desapontamentos. E é exatamente como lidar com a ocorrência de decepção que estabelece a diferença entre expectativas *normativas* e *cognitivas*.

A respeito desta distinção, Luhmann (1983, p. 56) esclarece que:

Nessa acepção (inconvencional), a diferenciação entre o cognitivo e o normativo não é definida em termos semânticos ou pragmáticos, nem referenciada aos sistemas afirmativos que as fundamentam ou à contradição entre afirmações informativas e diretivas – mas sim em termos funcionais, tendo em vista a solução de um determinado problema. Ela aponta para o tipo de antecipação da absorção de desapontamentos, sendo assim capaz de fornecer uma contribuição essencial para o esclarecimento dos mecanismos elementares de formação do direito. Ao nível cognitivo são experimentadas e tratadas as expectativas que, no caso de desapontamentos, são adaptadas a realidade. Nas expectativas normativas ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém as transgride.

Em outra passagem, Luhmann (2003, p. 92) explica a distinção de forma mais direta:

De modo distinto de como se faz na literatura teórica do Direito amplamente difundida, o conceito de norma não se define lançando mão de características essenciais da norma, mas mediante uma distinção, a distinção: possibilidades de comportamento em caso de frustração da expectativa; ou se renuncia à expectativa por causa da decepção, ou se mantém a expectativa, apesar da decepção. Se alguém antecipa esta bifurcação e se compromete, de antemão, com uma das duas possibilidades, as expectativas se determinam, no primeiro caso, como cognitivas; e no segundo, como normativas.<sup>47</sup>

Como se vê, essa distinção entre expectativas *normativas* e *cognitivas* é extremamente importante para a compreensão do fenômeno da normatividade em Luhmann, na medida em que, como visto, para ele, só se pode falar em norma caso seja possível se reafirmar e manter a expectativa de comportamento ainda que ela seja desapontada.

Mas com esta definição ainda estamos a meio caminho de saber a função primordial do Direito na teoria dos sistemas, afinal, o próprio Luhmann (1988, p. 27) reconhece que:

Mas isso não é o suficiente, uma vez que expectativas normativas também existem fora do Direito – por exemplo na moral e na religião, nas normas que regulam a orientação funcional dos sistemas e suas implicações para os outros sistemas. O sistema jurídico pode no máximo reclamar um uso específico da normatividade para si.<sup>48</sup>

Não basta, portanto, para se falar em Direito, que se tenha expectativas normativas, elas precisam ser ainda qualificadas pela estabilidade geral e congruente. Isto significa que devem se dirigir primordialmente às expectativas normativas em geral e apenas mediatamente a aspectos comportamentais particulares – generalidade.

Quer dizer, também, que devem possuir mecanismos coativos de correção do comportamento desviante e manutenção da expectativa frustrada – aplicação de sanções (dimensão temporal) –, meios institucionalizados de manifestação de frustrações – existência de processos formais de reforço da expectativa (dimensão social) – e formas de concretização na dimensão material – papéis e programas decisórios (LUHMANN, 1983, p. 115-118).

É a isto que Luhmann (1988, p. 27) se refere ao dizer que:

---

<sup>47</sup> Tradução livre do autor da versão em espanhol: “De modo distinto a como se define en la literatura teórica del derecho ampliamente difundida, el concepto de norma no se define echando mano de características esenciales de la norma, sino mediante una distinción, la distinción: posibilidades de comportamiento en caso de que la expectativa se frustre; o se renuncia a la expectativa a causa de la decepción, o se mantiene la expectativa, a pesar de la decepción. Si alguien anticipa esta bifurcación y se compromete de antemano con una de esas posibilidades, las expectativas se determinan, en el primer caso, como cognitivas; en el segundo, como normativas.”

<sup>48</sup> Tradução livre do autor da versão em inglês: “But it is not in itself suficiente, since normative expectations also exist outside the law – for example in morals and religion, in the norms regulating the functional orientation of system and their implications for other systems. The legal system can at best claim a specific use of normativity for itself.”

A função do Direito não é simplesmente um propósito ou uma ideia regulativa. Se fosse um propósito, ele poderia ser realizável com o tempo e o Direito iria, por consequência, deixar de existir. Se fosse uma ideia regulativa, ele poderia ser posto como irrealizável desde o início, o que iria levar o Direito ao descrédito ou, pelo menos, levantar questões a respeito da função real do Direito real. Ao invés disso, nós interpretamos o Direito em termos de um princípio de seleção estrutural. O Direito consiste da exploração da perspectiva do conflito para a formação e reprodução de expectativas comportamentais generalizadas congruentemente (temporalmente, socialmente e materialmente).<sup>49</sup>

A estabilização congruente de expectativas normativas generalizadas é, portanto, a função que o Direito exerce na sociedade para Luhmann. Ela substitui um improvável, supercomplexo e supercontingente consenso entre presentes em cada interação social, aliviando a sociedade de tamanha pressão seletiva e gerando segurança nas relações.

É o que Luhmann (2003, p. 91) explica na seguinte passagem:

De uma perspectiva abstrata, o Direito tem a ver com os custos sociais envolvidos nos entrelaçamentos realizados pelas expectativas no tempo. Em concreto, se trata da função de estabilização das expectativas normativas através da generalização temporal, material e social. O Direito permite saber quais expectativas têm respaldo social (e quais não têm). Existindo esta segurança que as expectativas conferem, se pode enfrentar os desencantos da vida cotidiana; ou, pelo menos, se pode estar seguro de que não é necessário desacreditar de suas próprias expectativas. (...) E isto significa que é possível viver em uma sociedade mais complexa, na qual já não bastam os mecanismos personalizados ou de interação para se obter a segurança da confiança.<sup>50</sup>

Tentemos ilustrar o papel desempenhado pelo Direito dentro da ótica luhmaniana com um exemplo. Imagine-se um cruzamento de vias no qual, a todo momento, chegam quatro veículos vindos das quatro direções para atravessar para ao lado oposto ou mesmo convergir à direita ou esquerda. Imagine-se, agora, que cada condutor chega ao cruzamento com a sua expectativa normativa a respeito do comportamento e das expectativas dos demais. Um pode pensar que, por ter chegado primeiro ao cruzamento, todos os demais esperam que ele tome a iniciativa de fazer a sua manobra em primeiro lugar. Outro, contudo, possui a expectativa de que, não havendo condutores idosos no cruzamento,

---

<sup>49</sup> Tradução livre do autor do original em inglês: “The function of law is not simply a purpose or a regulative idea. If it were a purpose it would be realizable in time and law would therefore end. If it were a regulative idea it would be posited as unrealizable from the outset, which would discredit law or at least raise the question of the real function of the real law. Instead we interpret law in terms of a principle structural selection. Law consists of the exploitation of conflict perspectives for the formation and reproduction of congruently (temporally/objectively/socially) generalized behavioral expectations.”

<sup>50</sup> Tradução livre do autor do original em espanhol: “Desde una perspectiva abstracta, el derecho tiene que ver con los costos sociales que se desprenden de los enlazamientos del tiempo que efectúan las expectativas. En concreto, se trata de la función de estabilización de las expectativas normativas a través de la regulación de la generalización temporal, objetual y social.224 El derecho permite saber qué expectativas tienen un respaldo social (y cuáles no). Existiendo esta seguridad que confieren las expectativas, uno se puede enfrentar a los desencantos de la vida cotidiana; o por lo menos se puede estar seguro de no verse desacreditado en relación a sus expectativas. (...) Y esto significa que es posible vivir en una sociedad más compleja en la que ya no bastan los mecanismos personalizados o de interacción para obtener la seguridad de la confianza.”

a preferência deve ser de veículos de carga como o que ele mesmo conduz. Um terceiro pode entender que, por estar transportando crianças, os demais devem esperar que ele faça o seu movimento com prioridade e o quarto motorista pode não ter nenhuma expectativa mais elaborada, apenas acredita que, com bastante gentileza no trato com os demais na hora do encontro, poderá passar a qualquer momento.

Agora imagine-se que este cenário se protraia no tempo – não será a última vez que estes condutores passarão por ali - e se complexifica na medida em que em outros momentos podem aparecer outros condutores com outras expectativas a respeito do comportamento devido pelos outros e outras expectativas das expectativas que os demais motoristas têm do seu comportamento.

Se todos e cada um motorista tiver que esperar o momento de passar o cruzamento para se orientar quanto às suas expectativas, a pressão que lhes é imposta para selecionar o comportamento devido/esperado em meio à tanta complexidade e contingência é insuportável. Tudo isso pode ser simplificado e aliviado com a instalação de um semáforo e o conhecimento, por todos, das regras de trânsito segundo as quais a luz vermelha indica uma obrigação de parar, a amarela, de extrema cautela e a verde, de prosseguir.

Veja que a regra de trânsito determina, de forma generalizada, quais expectativas devem ser mantidas e quais devem ser abandonadas. Através da aplicação de multas ou mesmo do dever de indenizar no caso de uma colisão, os condutores, em geral, saberão que expectativas tem força normativa e quais são apenas cognitivas (sanção - dimensão temporal).

Por meio de processos formais de responsabilização administrativa por infrações de trânsito, reclamações perante a autoridade de trânsito ou mesmo de processos judiciais, condutores podem exteriorizar suas frustrações, o que torna desnecessários os xingamentos e gestos no próprio cruzamento (processos - dimensão social).

Há autoridades competentes para decidir esses casos que exercem, em relação aos envolvidos, um papel especial de terceiro observador a quem cabe aplicar a norma de trânsito que estabelece as condutas devidas para cada sinal do semáforo instalado (papéis e programas – dimensão material).

Essa é uma ilustração bastante simplória da função que Luhmann atribui ao Direito na sociedade. Resta saber, dentro desta perspectiva, que funções os juízes e tribunais exercem no Direito. É o que abordaremos no próximo tópico.

### 3.3. O problema da legitimidade e o papel dos juízes e Tribunais no Direito

Vimos que, para a teoria dos sistemas, o papel do Direito não é, pelo menos primariamente, voltado à regulação de comportamentos ou ao uso legítimo da força e, menos ainda, imbuído de um propósito ou finalidade como a promoção da paz social. Para Luhmann, todas essas são características que acompanham eventualmente o fenômeno da normatividade, mas o papel do Direito, na verdade, é a estabilização generalizada e congruente de expectativas normativas.

Para isto, o Direito lança mão de processos institucionalizados por meio dos quais terceiros observadores atuam decidindo vinculativamente acerca das expectativas, o que faz surgir uma outra importante questão na visão de Luhmann (1985, p. 62):

O problema da formação social de expectativas, assim como também sua solução, baseia-se na necessidade e na possibilidade de esperar-se expectativas contingentes dos outros. Esse esperar expectativas abrange não apenas aqueles com os quais se mantenha uma interação em cada situação, mas refere-se também a terceiros que não participam nem convivem na situação do momento. Através do mecanismo da institucionalização formam-se expectativas referentes às expectativas de terceiros, independentemente dessas expectativas se concretizarem ou não. Os que participam da situação supõem (e esperam reciprocamente essa suposição) o que terceiros deles esperariam. Essa expectabilidade das expectativas de terceiros torna-se problemática quando os terceiros são simbolizados através de porta-vozes representativos que possam determinar, formular ou até mesmo modificar tais expectativas. Com isso, aquilo que antes era apenas uma realidade simbólica torna-se palpável em atos de comunicação, que assumem a pretensão de gerar um efeito vinculativo como o das instituições. A partir daí se coloca também a questão da legitimidade de tais atos comunicativos que decidem vinculativamente.

O homem que está se separando refreia sua crítica a respeito da esposa em suas conversas com os filhos porque espera que ela aja da mesma forma, porque espera que ela espera dele esse tipo de conduta, mas também porque espera que os seus sogros, amigos, vizinhos (terceiros), por exemplo, que sempre o tiveram em alta conta, esperariam dele esse tipo de lealdade. Ele também pode supor que, em eventual discussão judicial acerca da guarda dos filhos, um comportamento mais comedido lhe pode ser benéfico.

Quando se institucionaliza um processo formal em que se discute a guarda das crianças na qual a mulher alega, contra ele, a prática de alienação parental, a expectativa se materializa e um outro terceiro com autoridade para tomar decisões vinculativas praticará um ato comunicativo – um veredito, uma sentença, uma ordem – com potencial de alterar ou formular expectativas. Aqui se coloca um problema relativo à legitimidade deste terceiro específico de produzir essas decisões vinculativas.

Para Luhmann (1985, p. 65-66), essa legitimação só pode vir pela adoção de papéis processuais neutralizantes:

Os processos são, como já visto anteriormente (vol. I, p. 177 *s.*), sistemas sociais especiais, que são constituídos de forma imediata e provisória para elaborar decisões vinculativas. Para exercerem essa função, eles são mais ou menos diferenciados do contexto geral dos papéis sociais. Sua função legitimadora fundamenta-se nessa separação em termos de papéis sociais. Nos processos, os participantes são dotados de papéis especiais enquanto eleitores, representantes do povo, acusadores, acusados, requerentes, testemunha, etc. dentro dos quais eles devem poder comportar-se livremente, mas apenas segundo as regras do sistema processual – e não enquanto marido, sociólogo, sindicalista, etc. Com isso, seu comportamento é destacado do contexto natural de sua vida cotidiana. Seus outros papéis são neutralizados por seus papéis processuais, e só podem ser introduzidos no processo enquanto tema ou objeto processual.

Há, aqui, também, alguma incompreensão com relação a Luhmann (1980) em razão da obra *Legitimação pelo Procedimento*. Presume-se, a partir da leitura apressada do título, que Luhmann defende uma espécie de formalismo puro e simples, como se toda e qualquer decisão jurídica (legislativa ou judicial) se legitime pelo só fato de serem observados os ritos formais previstos para sua produção.

Quem quer que assim considere olvida do quão importante é, para a visão luhmaniana de procedimento, a ideia de *role-taking* ou adoção de papéis. (LUHMANN, 1980, p. 72 e ss)

Especificamente com relação ao processo judicial, o papel especial do juiz se diferencia substancialmente do exercido pelos demais participantes como autores, réus e testemunhas, de modo que, enquanto estes últimos devem atuar da forma menos profissional possível, levando para o processo jurídico sua personalidade, ao juiz se impõe e se protege a chamada impessoalidade legítima.

Luhmann (1980, p. 82-83) explica que:

Um juiz não deve comprometer qualquer sentimento ou relações, atitudes ou informações no processo jurídico; deve deixar ao processo jurídico o seu caráter como sistema social regido apenas pela lei. Por outro lado, seria estranho e poderia até levar a sanções se ele quisesse, na sua vida particular, fazer troça do seu papel oficial, designar a sentença de morte como uma piada, dar a conhecer a sua própria opinião mesmo derrotada, ou afirmar que ele poderia fundamentar tudo o que quisesse. Segundo esta orientação ele fica obrigado à apresentação de consistência e à contínua identificação com a sua atuação e respectivas premissas.

Assim, se o papel do Direito é estabilizar, de maneira generalizada e congruente, expectativas normativas e o juiz desempenha o papel de um terceiro com capacidade de produzir decisões vinculativas relativamente a essas expectativas, sua legitimidade está atrelada à sua capacidade de ser, no exercício de seu ofício, o mais

impessoal possível, procurando neutralizar os seus outros papéis sociais – capelão da paróquia do bairro, solteiro convicto, militante da ultra direita, micro empresário e etc – por meio de seu papel processual e do apego às disposições do Direito.

É neste ponto que, depois de termos perpassado o papel do Direito na sociedade e começado a abordar o papel dos juízes e Tribunais no Direito, que nos encontramos, novamente, com a questão do fechamento operacional do Direito e sua diferenciação funcional.

Isto porque o atrelamento do juiz ao seu papel processual, garantido pela sua vinculação ao Direito no momento de produção de suas decisões é que produz a sua legitimidade para atuar como um terceiro observador, com voz decisiva e vinculante a respeito das expectativas normativas em geral.

A questão da legitimidade, contudo, se põe sempre que há a necessidade de uma decisão jurídica, o que ocorre, indistintamente, no âmbito judicial ou legislativo. Legislação e decisão judicial são funcionalmente equivalentes enquanto momentos de reprodução do Direito, devendo, ambas, ser orientadas pelo código operacional que diferencia o sistema jurídico de seu ambiente.

Luhmann (1988, p. 21) afirma que:

(...) em termos de normatividade, há uma estrita simetria até mesmo entre a lei e as decisões dos juízes. Leis só são consideradas como normas porque tem a pretensão de serem utilizadas em decisões, assim como as decisões só funcionam como normas porque as leis assim preveem. Em termos de normatividade, a relação entre a regra e sua aplicação é circular.<sup>51</sup>

Em outras palavras, lei e decisão judicial tem em comum o fato de consubstanciarem uma decisão jurídica (LUHMANN, 1985, p. 8). Se diferenciam, contudo, pelo caráter obrigatório ou postergável da decisão, o que permite estabelecer uma diferença entre qual função está no centro e qual está na periferia do sistema jurídico, onde é o *locus* do fechamento operacional e onde se abre o sistema para a abertura cognitiva e, também, pelos programas decisórios próprios de cada esfera.

---

<sup>51</sup> Tradução livre do autor do original em inglês: “In terms of normativity a strict symmetry exists even between the Law and the judge’s decision. Laws are regarded as norms because they are intended to be used in decisions, just as decisions can only function as norms because this is provided in laws. In terms of normativity, the relationship the rule and its application is circular.”

### 3.4. Decisão judicial e legislação: proibição do *non liquet*, o centro e a periferia do sistema, fechamento operacional e abertura cognitiva, programas condicionais e finalísticos

A decisão judicial, a aprovação de uma medida legislativa e mesmo decisões administrativas exercem, dentro do sistema do Direito, a mesma função. São decisões jurídicas e representam um momento crítico para o fechamento operacional e consequente diferenciação funcional do Direito na sociedade.

Há, contudo, distinções extremamente importantes entre a atividade judicial e as demais instâncias decisórias do sistema jurídico para Luhmann. Talvez a mais marcante seja o fato de que a decisão jurídica é obrigatória e impostergável no âmbito judicial, o que não necessariamente ocorre no âmbito administrativo e menos ainda na esfera legislativa.

Aquilo que se costuma denominar princípio da inafastabilidade da jurisdição ou mesmo proibição do *non liquet* coloca os juízes e Tribunais em uma posição única, de produzir determinação a partir do que é indeterminado, certeza a partir do duvidoso, nas palavras do próprio Luhmann (2003, p. 228):

Assim, voltamos a repetir: nem as leis, nem os contratos se encontram submetidos à obrigação de se decidir. A validade do Direito pode mudar (ou não mudar) com a seleção destas formas. Neste particular, só os tribunais vivem uma situação de exceção. Pode ocorrer que leis e contratos, por razões políticas ou econômicas, se vejam submetidos a uma obrigatoriedade de decisão. Mas estas coações são de outro tipo e o sistema do Direito tem liberdade para decidir se elas são juridicamente relevantes ou não. Ao contrário, os tribunais – por razões jurídicas – devem decidir sobre qualquer demanda que se lhes apresente. Somente a eles incumbe o manejo do paradoxo do sistema – independentemente de como se queira denominar isso. Só eles devem, onde quer que seja necessário, transformar a indeterminação em determinação. Só eles estão obrigados à decisão e, por conseguinte, somente eles têm o privilégio de transformar a compulsoriedade em liberdade. Nenhum outro órgão de administração da justiça tem uma posição semelhante.<sup>52</sup>

Luhmann (2003, p. 238) argumenta que não é somente no sistema do Direito que se tem um determinado órgão com a prerrogativa especial de manejar o paradoxo do sistema. Do mesmo modo que os tribunais ocupam uma posição especial em relação ao

---

<sup>52</sup> Tradução livre do autor do original em espanhol: “Por de pronto volvemos a repetir: ni las leyes, ni los contratos se encuentran bajo la forzosidad de decidir. La validez del derecho se puede cambiar (o dejar de cambiar) con la selección de estas formas. A este respecto, sólo los tribunales viven una situación de excepción. Puede que las leyes y los contratos por razones políticas o económicas estén obligadas a tomar una decisión. Pero estas son coacciones de otro tipo, ante las cuales el sistema del derecho está en libertad de decidir si son jurídicamente relevantes. En cambio, los tribunales -por razones jurídicas- deben decidir sobre cualquier demanda que en ellos se presente. Sólo a ellos les incumbe el manejo de la paradoja del sistema - independentemente de cómo se quiera denominar eso en concreto. Sólo ellos deben, donde sea necesario, transformar la indeterminación en determinación. Sólo ellos están obligados a la decisión y, por consiguiente, sólo ellos gozan del privilegio de poder transformar la forzosidad en libertad. Ningún otro órgano de la administración de justicia tiene una posición semejante.”

sistema por lidarem com a necessidade de produzir uma decisão mesmo em meio às incertezas, em outros sistemas sociais também há paradoxos semelhantes enfrentados por determinadas instituições.

Assim é que na economia, os bancos vendem as dívidas com juros, transformam insolvência em solvência, estimulam a poupança e financiam o gasto, são eles que regulam a quantidade de dinheiro disponível e com isso exercem uma função extremamente importante para o sistema econômico. De maneira análoga atua o Estado para o sistema político. É o Estado que tem a prerrogativa de tomar as decisões coletivas e, depois, se submeter a elas ou então dissolver esse compromisso.

Essas situações especiais induzem uma diferenciação entre o centro e a periferia do próprio sistema social considerado. No caso do sistema político, por exemplo, o Estado ocupa o centro e os movimentos sociais, os partidos políticos e outros grupos de interesses a periferia. Não há, nesta consideração, uma diferença de importância, mas de função. O Estado não opera com a mesma liberdade das instâncias políticas situadas na periferia do sistema político, ele não pode transformar qualquer opinião, qualquer interesse, qualquer tipo de pressão em decisão coletiva vinculante (LUHMANN, 2003, p. 239).

Especificamente com relação ao Direito, a relação entre centro e periferia é assim proposta por Luhmann (2003, p. 229):

Se é adequada a representação de que aos tribunais corresponde a tarefa de superar o paradoxo do sistema do Direito (como se exige e, às vezes, se esconde com a proibição de denegação da justiça), isto dissolve a possibilidade de se descrever a diferenciação do sistema do Direito como uma cadeia ordenada de indicações: os tribunais não dão ordens ao legislador. Na melhor das hipóteses, lhes antepõem as condições pelas quais os tribunais podem entender, aceitar e praticar – o que não é nada além de fazer valer sua própria existência. Mas isso faz necessário substituir o modelo hierárquico por um da diferenciação entre centro e periferia.<sup>53</sup>

A distinção entre centro e periferia do sistema do Direito implica, por sua vez, em uma diferença no modo de atuação próprio do juiz e do legislador (LUHMANN, 2003, p. 230):

Na periferia as irritações se formalizam (ou não se formalizam) juridicamente. Na periferia o sistema garante sua autonomia ao não-ter que decidir: desta maneira se

---

<sup>53</sup> Tradução livre do autor do original em espanhol: “Si es adecuada la representación de que a los tribunales les corresponde la tarea de superar la paradoja del sistema del derecho (como se exige y se esconde -a la vez-, con la prohibición de la denegación de la justicia), esto disuelve la posibilidad de describir la diferenciación del sistema del derecho como una cadena ordenada de indicaciones: los tribunales no le dan ninguna orden al legislador. A lo sumo, le anteponen las condiciones con las que los tribunales pueden entender, aceptar y practicar - esto no es otra cosa que hacer valer su propia existencia. Por eso queda a la mano sustituir el modelo jerárquico por el de una diferenciación entre centro y periferia.”

garante que o Direito não funcione simplesmente como uma extensão, sem vontade, de operações externas ao Direito. O centro precisa desta proteção uma vez que a premissa com que opera vai em sentido oposto. Por isso, os tribunais, se comparados aos legisladores e contratantes, trabalham em um isolamento cognitivo muito mais drástico.<sup>54</sup>

Luhmann quer dizer que o sistema do Direito sofre as irritações provenientes de seu ambiente e dos outros subsistemas sociais na periferia e, então, as processa como Direito ou não, decisão que serve de blindagem e orientação para as operações que se passam no centro – decisões judiciais – as quais irradiam seus efeitos de dentro para fora do sistema e não o contrário, daí porque se falar em “*isolamento cognitivo*”.

É importante considerar que nosso foco esteve, até aqui, no fechamento operacional do Direito - ou seja, em sua capacidade de se auto reproduzir a partir de seu código operacional exclusivo -, porque este é o atributo que o diferencia funcionalmente de seu ambiente. Isto não quer dizer completo desligamento em relação ao ambiente, até porque o sistema está constantemente processando irritações produzidas pelo ambiente e pelos outros sistemas sociais por meio de mecanismos de abertura cognitiva.

Como leciona Neves (2008, p. 81):

Nesse sentido, a positividade é conceituada como “autodeterminabilidade” [*selbstbestimmtheit*] ou fechamento operacional do direito. Assim como em relação aos outros sistemas sociais diferenciados, não se trata aqui de autarquia, de (quase) privação de ambiente ou isolamento (causal). Se o fato de dispor exclusivamente do código-diferença “lícito/ilícito” conduz ao fechamento operacional, a escolha entre lícito e ilícito é condicionada pelo ambiente. Por outro lado, a autodeterminação do direito fundamenta-se na distinção entre expectativas normativas e cognitivas, que só se torna clara a partir da codificação binária da diferença entre lícito e ilícito exclusivamente pelo sistema jurídico. Com base na distinção entre o normativo e o cognitivo, o fechamento operativo do sistema jurídico é assegurado e simultaneamente compatibilizado com sua abertura com o ambiente.

Nas palavras de Luhmann (1988, p. 20), “*o Direito é um sistema normativamente fechado e cognitivamente aberto*”<sup>55</sup>. Não se quer defender um fechamento operacional hermético do Direito, que negue a sua abertura cognitiva, mas apenas que na distinção produzida por Luhmann entre o centro – juízes e Tribunais – e a periferia –

---

<sup>54</sup> Tradução livre do autor do original em espanhol: “En la periferia las irritaciones se formalizan (o no se formalizan) jurídicamente. En la periferia el sistema garantiza su autonomía al no-tener-que-decidir: de esta manera se garantiza que el derecho no funcione simplemente como extensión, sin voluntad, de operaciones externas al derecho. El centro requiere precisamente de esta protección dado que la premisa con la que opera va en dirección opuesta. Por eso, los tribunales, si se los compara con los legisladores y los contratantes, trabajan en un aislamiento cognitivo mucho más drástico”.

<sup>55</sup> Tradução livre do autor do original em inglês: “In other words law is a normatively closed but cognitively open system”.

legisladores, contratantes e etc. – do sistema jurídico, cada um destes aspectos tem o seu *locus preferencial*, por assim dizer.

Ainda de acordo com Luhmann (1985, p. 38-39):

O âmbito da jurisprudência cuida da exposição do direito vigente, da manutenção e da sanção de certas expectativas normativas, de manifestar a determinação a não assimilar apreensivamente as transgressões ao direito. Quando expectativas juridicamente normatizadas são contrariadas, o juiz deve resguardar a expectativa, e não adaptá-la aos fatos. Para o legislador, no entanto, as normas e os fatos se apresentam em uma outra ótica e em outro contexto. O efeito real das normas, a proporção da sua não aceitação e os custos da sua imposição, suas disfunções, os conflitos comportamentais aos quais elas levam, as ações substantivas por elas provocadas, tudo isso pode ser registrado cognitivamente pelo legislador, sem maiores indignações.

Como terceiro observador que assegura as expectativas normativas congruentemente generalizadas e retira de sua “*impessoalidade legítima*” a legitimidade para produzir uma decisão vinculante, decisão esta que, por ser inevitável e impostergável, o coloca no centro do sistema jurídico, o juiz deve ser, primordialmente, o agente do fechamento operacional.

A abertura cognitiva do sistema jurídico deve ocorrer “pelas beiradas”. É na periferia representada pelo processo legislativo que os influxos de outros subsistemas sociais e do ambiente devem ser processados. A fagocitose ocorre por um movimento da membrana celular, não de seu núcleo.

Por isso é que, ao considerar o papel processual neutralizante do juiz, Luhmann afirma (1980, p. 56):

Para uma, a influência social sobre o procedimento tem de encontrar um escape, pois a diferenciação não pode, naturalmente, significar falta de consideração ou inductilidade aos procedimentos jurídicos. A influência é agora dirigida sobre decisões de configuração jurídica e finalmente sobre opções expressamente legislativas e desta forma concentrada e especificada. A canalização e controle das influências sociais através da legislação, portanto a positivação do direito, constitui uma condição prévia essencial da autonomia social da evolução legal da decisão. O juiz retira o seu parecer do direito escrito, onde se definem quais são os fatos e qual o sentido em que são relevantes para a decisão e não já diretamente a ideia do verdadeiro e do justo que lhe foram impostas numa organização visualizada da vida social. Assim ele pode operar com um afastamento maior e não está obrigado, em todos os assuntos muito diversificados sobre os quais tem que decidir, a poder adivinhar os princípios morais do parecer que sejam susceptíveis de consenso. Ele pode e deve decidir como um estranho.

A passagem transcrita acima nos permite identificar uma outra característica da atuação judicial que a distingue da atividade legislativa. O fato de se situar no centro do sistema do Direito e de ser o lugar do fechamento operacional do sistema mediante a aplicação de seu código operacional “conforme o Direito/não-conforme o Direito” faz com que os juízes se utilizem de um programa decisório diverso do utilizado pelo legislador.

Juízes atuam por meio de programas condicionais, enquanto aos legisladores é próprio atuar por meio de programas decisórios finalísticos. Segundo Luhmann (1988, p. 24):

É por isso que a estrutura do sistema jurídico – considerando-se que ele adote a forma de programas decisórios – consiste em programas condicionais (Luhmann, 1985), que estabelecem uma relação “se *a*/então *b*” entre as condições (as quais devem estar acertadas cognitivamente) e a concessão de qualidade normativa. Muito embora seja logicamente concebível que a validade poderia depender de eventos futuros e, portanto, ser deixada incerta no presente, esse tipo de condicionamento ao sucesso é incompatível com a função de orientação de expectativas generalizadas. Programas finalísticos como meio de concessão de qualidade normativa são excluídos – se não logicamente, então pela função do Direito. Eles desestabilizariam e particularizariam o Direito a uma medida intolerável. Toda orientação finalística do Estado deve ser reivindicada por instrumentos políticos, i. e., ao poder de se tomar decisões coletivas vinculantes.<sup>56</sup>

Nos programas condicionais, as consequências jurídicas estão pré-determinadas ao preenchimento de certas condições eleitas pela lei as quais cabe ao juiz reconhecer, o foco de observação está no passado e no *input* recebido pelo sistema do Direito. Nos programas finalísticos, o foco está nas consequências da decisão a ser tomada, que passa por avaliações de sucesso e adequação que só podem ser realizadas *a posteriori*, o foco de observação está no futuro e no *output* da decisão a ser proferida.

Luhmann (1985, p. 31) explica como programas condicionais aliviam o exercício do papel dos juízes no Direito:

É necessário reconhecer que o estilo da decisão jurídica submetida a programações condicionais implica necessariamente que junto com o “se” estatui-se também o “então”, aceitando suas consequências sem calculá-las ou valorá-las. O suicídio de um prisioneiro não pode ser imputado ao juiz que tinha que condená-lo tendo em vista as determinações legais, da mesma forma que o juiz de falências não tem que verificar ou avaliar se os filhos de um devedor terão que abandonar seus estudos, ou se sua mulher dele irá separar-se. A sustentação da decisão não é uma relação valorativa entre as consequências, mas a própria vigência da norma, e é apenas no seu âmbito que ela pode ser interpretada no sentido de que as consequências genericamente esperadas por sua aplicação sejam avaliadas como razoáveis e sustentáveis. Isso desafia o juiz da necessidade de examinar todas as consequências valorativamente relevantes da sua decisão, todas as probabilidades futuras, de verificar a propriedade dos recursos e alternativas à disposição e de avaliar valorativamente suas consequências secundárias, ou seja: libera-o de considerações decisórias, cuja complexidade, dificuldade e necessidade de simplificação nos é demonstrada pela teoria decisória da economia moderna.

---

<sup>56</sup> Tradução livre do autor do original em inglês: “This is why the structure of the legal system – insofar as it takes the form of decision-making programs – consists of conditional programs (Luhmann, 1985), which establish an if “a”/then “b” relation between the conditions (which have to be cognitively ascertained) and the conferment of norm quality. Although it is logically conceivable that validity could be made dependent on future events and therefore left uncertain in the present, such a conditioning of success is incompatible with the orientation function of expectations generalizations. Purposive programs as a means of transfer of norm quality are excluded – if not logically then by the function of law. They would destabilize and particularize law to an intolerable extent. Any purpose orientation of the state must always lay claim to political instruments, i. e., to the power to make collectively binding decisions”.

Somente assim, livre da responsabilidade sobre as consequências concretas, é que fazem sentido os princípios da independência do juiz e da igualdade perante a lei – e esses princípios só são sustentáveis onde o direito e os juízes não estejam demasiadamente envolvidos em um sistema de planejamento objetivo de futuro.

Luhmann também estabelece uma correlação entre o que ele chama de “programas decisórios condicionais”, bem próximos de uma visão positivista clássica do Direito, da estrutura judicial napoleônica e do juiz tecnocrata e o chamado princípio da independência judicial, a ponto de afirmar que onde juízes estão por demais envolvidos com as consequências econômico-político-sociais e, até mesmo religiosas, de suas decisões, o princípio perde o sentido ou sua sustentação.

A grande questão é que o próprio Luhmann (2003, p. 272-273) identifica um movimento, por parte dos Tribunais, de abandono dos programas decisórios condicionais em favor de programas de decisão predominantemente finalísticos:

Basta refletir no quão difícil é deduzir causas a partir de consequências (por exemplo, a partir de consequências extraídas de estatísticas de acidentes, deduzir a velocidade que se deve dirigir), para ver o caminho escorregadio sobre o qual o juiz caminha. Os prognósticos assegurados empiricamente são, caso se tome como base os padrões científicos, quase sempre impossíveis ou de resultado insignificante. É difícil imaginar que o juiz pode provar razoavelmente uma lei por meio do esquema de um meio para se atingir um fim, ou que sequer possa interpretá-la desta maneira. Não obstante, os tribunais têm a propensão a fazer exatamente isso e permanece indiscutível que eles têm poder para dotar suas próprias suposições de validade jurídica. Orientar-se pelas consequências nada mais é do que, a partir dos padrões da investigação empírica, emprestar força jurídica à imaginação.<sup>57</sup>

As consequências deste movimento para o sistema do Direito são, na visão de Luhmann (2003, p. 273), drásticas, uma vez que elas tornam o sistema mais suscetível à variedade do que capaz de gerar redundância e, também por isso, mais inclinado às mutáveis preferências sociais do que à geração de justiça. Ainda de acordo com Luhmann (2003, p. 273) o sistema reage de maneira perversa a este desolcamento dos programas decisórios condicionais aos programas finalísticos: “*Quanto mais o argumento enfrenta o paradoxo da*

---

<sup>57</sup> Tradução livre do autor do original em espanhol: “Sólo hay que reflexionar en lo difícil que es deducir causas a partir de consecuencias (por ejemplo, a partir de consecuencias extraídas de estadísticas de accidentes, deducir la velocidad a la que se debe manejar), para ver el camino tan resbaloso sobre el que el juez camina. Los pronósticos asegurados empíricamente son, en caso de que se tomen como base los estándares científicos, casi siempre imposibles<sup>704</sup> o llevan a resultados insignificantes.<sup>705</sup> Es difícil imaginar que el juez pudiera probar razonablemente una ley desde el punto de vista del esquema del medio para conseguir un fin, o siquiera que así pudiera interpretarla. No obstante, los tribunales tienen la propensión de hacer precisamente eso y permanece indiscutible el hecho de que ellos tienen la competencia de dotar de validez a sus propias suposiciones. Orientarse por las consecuencias no es otra cosa que, visto desde los estándares de la investigación empírica, dotar a la imaginación de fuerza jurídica.”

*argumentação e a impossibilidade de fundamentar as razões, mais se troca o seguro pelo inseguro, o passado pelo futuro, o certo pelo somente provável”<sup>58</sup>.*

As consequências também são sentidas pela sociedade, uma vez que essa propensão de virada para o futuro traz consigo uma forte insegurança jurídica na medida em que, estando o sistema voltado para as previsões das consequências de suas decisões, ao cidadão que constrói suas expectativas com base no que prevê dessas decisões, passa a se esperar que possa prever, também, as previsões (LUHMANN, 1983b, p. 68).

O que importa considerar do que foi exposto até aqui é que, sob o ponto de vista sistêmico, o papel do Direito na sociedade e o papel que os juízes e Tribunais exercem no Direito estão imbricados. Conforme os juízes atuem de acordo com programas condicionais ou finalísticos, atrelados ao seu papel processual neutralizante ou mais engajados com ideias políticos e/ou religiosos, no centro - produzindo fechamento operacional - ou na periferia - abrindo-se cognitivamente para o ambiente - do sistema, diferentes consequências podem ser sentidas para a diferenciação funcional do Direito.

O próprio Luhmann (1985, p. 41-42) alerta para parte dessas influências e para a necessidade de acompanhamento destes desenvolvimentos:

Existe atualmente nos países socialistas e também nos Estados Unidos uma série de indícios de um desenvolvimento do papel dos juízes no sentido de terapeutas sociais, liberando-os ainda mais de programas condicionais. Uma solução semelhante apresenta-se especialmente na jurisprudência penal, na jurisdição de menores e no tratamento de questões de direito de família. As consequências ampliadas desse desenvolvimento, no entanto, raramente são intencionais: elas podem significar uma considerável perda de segurança jurídica (e dessa forma também da capacidade do direito orientar o comportamento na vida cotidiana), mas por outro lado uma pressão política mais acentuada sobre a justiça, pois sua neutralidade política torna-se menos justificável na medida em que ela assume tarefas de conformação do direito.

A base atual do conhecimento não permite elaborar-se uma prognose do desenvolvimento concreto. Mas a compreensão sociológica da positividade do direito nos fornece a convicção de que as formas de solução dos problemas não são arbitrariamente combináveis entre si, de tal forma que os deslocamentos no âmbito da diferenciação sistêmica terão suas consequências.

Como dito e reiterado, não há o propósito de se relutar contra esse movimento de mudança no perfil de atuação do poder judiciário, mas apenas demonstrar as consequências deste processo para a diferenciação sistêmica do Direito na realidade brasileira à luz do caso paradigma do julgamento, pelo CNJ, do processo administrativo

---

<sup>58</sup> Tradução livre do autor do original em espanhol: “Mientras el argumentar se enfrenta la paradoja de la argumentación y a la impossibilidade de fundamentar las razones, más cambia de lo seguro a lo inseguro, del pasado al futuro, de lo firme a sólo lo probable”.

disciplinar nº 0005370-72.2009.2.00.0000, da posição do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria e o que ela representa.

## Corrupção Sistêmica e Controle Disciplinar da Atividade Jurisdicional

**Sumário:** 4.1. PAD 0005370-72.2009.2.00.0000 e corrupção sistêmica – 4.2. A necessidade de controle e seus mecanismos – 4.3. O CNJ como órgão do Poder Judiciário e sua vinculação aos limites legais: tipicidade infracional aberta - 4.4. O CNJ em crise

### 4.1. PAD 0005370-72.2009.2.00.0000 e corrupção sistêmica

Depois de havermos explorado parte do arcabouço conceitual da teoria dos sistemas de Luhmann, veremos como ele nos serve de ferramenta de análise do caso do processo administrativo disciplinar nº 0005370-72.2009.2.00.0000.

Apenas para fins de rápida recuperação do substrato fático daquele procedimento, discutiu-se nele a responsabilização administrativa de um magistrado que havia declarado a inconstitucionalidade da Lei nº 11.340, de 2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, sob vários argumentos, dentre os quais o de que a referida lei é “herética”, contrária à “lógica de Deus”, que a “ideia que temos de Deus é masculina”, que a “mulher moderna – dita independente...assim só o é porque se frustrou como mulher, como ser feminino”, e, ainda, que “para não se ver envolvido nas armadilhas desta lei absurda o homem terá de se manter tolo, mole (...) dependente, longe portanto de ser um homem de verdade, másculo”, e que o “o mundo é e deve continuar sendo masculino, ou de prevalência masculina, afinal”.

O Conselho Nacional de Justiça, em decisão de 9 de novembro de 2010, decidiu, por unanimidade, pela punição do magistrado e por maioria pela aplicação da pena de disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço. Impetrado o Mandado de Segurança nº 30.320 perante o Supremo Tribunal Federal, foi concedida a liminar para a suspensão da eficácia do julgamento realizado pelo CNJ com o retorno do magistrado à atividade judicante, sob o argumento da independência judicial e liberdade de expressão. A decisão liminar, de 20 de fevereiro de 2011, permanece vigente até o presente.

O CNJ exerceu, na oportunidade, controle disciplinar da atividade jurisdicional do magistrado apenado, ou, conforme a classificação de Robl Filho (2013), *accountability* judicial decisional, o que pode, conforme a leitura que se faça do princípio,

fustigar a independência judicial. Vejamos se há apoio, na teoria dos sistemas, para que o CNJ assim o tenha feito.

A decisão judicial objeto de censura pelo Conselho Nacional de Justiça tem em sua estrutura uma característica muito peculiar do Direito brasileiro que é a possibilidade de controle difuso, por qualquer membro da magistratura, de qualquer instância judicial, da constitucionalidade das leis. Foi sob a prerrogativa de declarar leis inconstitucionais que o juiz sancionado afastou a aplicação de diversos dispositivos da Lei nº 11.340, de 2006.

Como indicado por Ginsburg (2003, p. 3-11), Tate e Vallinder (1995) e Cittadino (2004), o exercício do *judicial review* é uma das causas mais diretas da hipertrofia dos poderes judiciais na realidade contemporânea, uma vez que permite ao magistrado extravasar os limites de suas funções tradicionais para ingressar e interferir diretamente nas decisões políticas fundamentais da sociedade.

Isso significa, em termos de teoria dos sistemas, a periferização de operações que deveriam ocorrer somente no centro do sistema do Direito, a possibilidade de *judicial review* de atos do Poder Legislativo por todos os juízes importa em um nível de abertura cognitiva do processo de tomada de decisões judiciais que confere à magistratura a possibilidade de rediscutir a diagnose de fatos sociais realizada pelo legislador com um nível de liberdade argumentativa que cabe, prioritariamente, ao sistema político.

No caso específico do PAD nº 0005370-72.2009.2.00.0000, conforme apontado no acórdão do Conselho Nacional de Justiça, o magistrado declarou a inconstitucionalidade de uma lei exigida por tratados internacionais, amplamente apoiada pela opinião pública e que veio para remediar um problema social grave de violência doméstica e discriminação contra a mulher<sup>59</sup>, a partir de uma visão de mundo

---

<sup>59</sup> No acórdão do processo administrativo disciplinar nº 0005370-72.2009.2.00.0000, há expressa referência à Lei nº 11.340, de 2006, como cumprimento, por parte do Estado brasileiro, de obrigações assumidas no plano internacional por meio da Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, veiculada pela Resolução 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 1979 e ratificada pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984 e Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 2005. Além disso, o acórdão também menciona dados empíricos alarmantes acerca da violência doméstica contra a mulher: “(...) as Estatísticas trazidas pela Anistia Internacional, dão-nos conta da problemática a ser enfrentada:

1. A violência doméstica é a principal causa de lesões em mulheres entre 15 e 44 anos;
2. 20% das mulheres do mundo foram vítimas de abuso sexual na infância;
3. 69% das mulheres já foram agredidas ou violadas;
4. As mulheres cumprem carga horária 13% superior à cumprida pelos homens e recebem, em média, 25% menos;
5. Dois terços dos analfabetos do mundo são do sexo feminino, e 80% dos refugiados são mulheres e crianças;
6. Nos Estados Unidos, uma mulher é espancada por seu marido ou parceiro a cada 15 segundos em média, enquanto uma é estuprada a cada 90 segundos;

particularíssima, nitidamente apoiada em dogmas religiosos a respeito de uma pretensa superioridade masculina.

Mas não é só. Percebe-se na construção do argumento do magistrado em sua decisão a clara adoção de um programa decisório finalístico, que pode ser sintetizado na seguinte passagem:

Porque a vingar este conjunto normativo de regras diabólicas, a família estará em perigo, como inclusive já está: desfacelada, os filhos sem regras – porque sem pais; o homem subjugado; sem preconceito, como vimos, não significa sem ética – a adoção por homossexuais e o “casamento” deles, como mais um exemplo. Tudo em nome de uma igualdade cujo conceito tem sido substituído em nome de uma sociedade igualitária.

Está o magistrado realizando um prognóstico do que será, no futuro, da sociedade e da família, caso a Lei Maria da Penha permaneça em vigor, sem qualquer dado empírico a sustentar sua hipótese. Como disse Luhmann (2003, p. 273) ele está a “*emprestar força jurídica à sua imaginação*”.

O enveredamento do juiz pelo cálculo das consequências sociais de sua decisão serve, no mais das vezes, para trazer ainda mais incerteza para o Direito, além de personalizá-lo de modo a dotar a antevisão do futuro de uma pessoa – o juiz – de uma força vinculante absolutamente única. Isso se torna especialmente grave se o magistrado não se desvencilha de seus outros papéis sociais para o exercício de seu papel de terceiro garantidor das expectativas normativas congruentemente generalizadas.

Como aponta Luhmann (1980, p.57):

Ele [o juiz] tem, por outras palavras, de ser eximido da consideração dos outros papéis que o podem motivar para decisões definidas como membro de uma família ou camada social, duma igreja ou seita, de um partido, de um clube, de um bairro. Se esta isenção for institucionalizada como obrigação para um parecer objetivo e imparcial, com o tratamento de todos os assuntos com igualdade e apartidarismo, então neutralizam-se as relações particulares para com a pessoa do decisor. Pelo menos já não servem [as relações particulares] à formulação de reivindicações legítimas e expectativas; o decisor já não pode ser abordado ou influenciado no caminho da troca como companheiro, veterano ou vizinho, mas sim e apenas, através da aceitação dum papel dentro do próprio procedimento. Qualquer outra influência é desacreditada como corrupção.

---

7. Na Inglaterra, duas mulheres por semana são mortas por seus parceiros;

8. Todos os anos, dois milhões de meninas entre 5 e 15 anos são obrigadas a se prostituir. O tráfico de mulheres movimenta atualmente US\$ 7 bilhões por ano, segundo a Anistia;

9. Cerca de 70% dos assassinatos de mulheres brasileiras são praticados por seus parceiros masculinos;

10. Na Zâmbia, cinco mulheres são assassinadas por semana por seus parceiros ou por algum amigo da família;

11. No Egito, 35% das mulheres declararam ter apanhado do marido;

12. No Paquistão, 42% das mulheres aceitam a violência como parte de seu destino.”

Além de desestruturar as expectativas normativas congruentemente generalizadas irrompendo as normas com projeções próprias a respeito dos fatos e dos reflexos de suas decisões, essa indiferenciação de papéis sociais pelo juiz retira sua legitimidade e o confunde com um agente do sistema político.

Este tipo de agigantamento do poder judicial e forte envolvimento nas decisões políticas fundamentais da sociedade não passou despercebido a Luhmann (1985, p. 31, 41-42; 1980), ele apenas o relacionava à necessidade de revisitação da ideia tradicional de independência judicial. Não é o que ocorreu no caso em discussão na medida em que o Supremo Tribunal Federal entendeu que o veredito do CNJ, que fez o magistrado responsável por uma decisão tão controversa, violava sua independência judicial.

Estamos em que, muito ao contrário, o que ameaça a independência judicial não é a possibilidade de sanção do magistrado que se vale da toga para manifestar suas idiosincrasias ou para fazer da secretaria de sua Vara um “balcão de negócios”, mas sim, sua suscetibilidade aos argumentos religiosos ou à uma perspectiva de divisão de lucros polpudos, gerados por suas próprias decisões, com uma das partes.

A independência judicial é uma prerrogativa da magistratura para defendê-la das ingerências dos poderes políticos, dos favorecimentos e perseguições que ocorrem amiúde na coxia das cúpulas diretivas das cortes brasileiras, não para libertar o juiz da lei, como parece querer fazer crer a decisão liminar proferida no Mandado de Segurança 30.320.

Luhmann (2003, p. 236) indica que a organização e a profissionalização do trabalho dos juristas desempenham um papel semelhante na construção da possibilidade de uma jurisdição que combine “1) independência, 2) dependência do texto jurídico (compromisso com o direito vigente) e 3) o fato de que é vedada a denegação da justiça”<sup>60</sup>.

Independência judicial e dependência das decisões coletivas vinculantes já adotadas politicamente se somam no exercício da jurisdição, não se excluem. O afastamento do juiz da lei o conduz a uma abertura cognitiva perigosa, tornando-o suscetível a códigos funcionais próprios de outros sistemas funcionais. A independência, não em seu sentido forte e indevassável, mas no sentido adaptado à realidade do judiciário de hoje é, na verdade, condição da diferenciação funcional do Direito.

---

<sup>60</sup> Referência à seguinte passagem no original em espanhol: “Desde el punto de vista de la pregunta por la determinación de las posibilidades que hacen posible combinar 1) independencia, 2) dependencia del texto jurídico (compromiso frene el derecho vigente) y 3) el hecho de que no sea válido denegar la justicia; organización e profisión son equivalentes funcionales”.

Isto porque, a combinação dos fatores encontrados na decisão que levou à punição de seu prolator pelo CNJ no processo administrativo disciplinar nº 0005370-72.2009.2.00.0000 – hipertrofia dos poderes judiciais com a rediscussão de textos legais ao argumento de inconstitucionalidade; ingresso do juiz na esfera de discussão política da matéria objeto da lei discutida; adoção de um programa decisório finalístico por meio da análise das consequências da decisão para a família e a sociedade; independência em relação à lei e dependência em relação a influxos de outros sistemas sociais – gera um vetor de contaminação, uma ponte de colonização do Direito pelo código operacional de outro subsistema funcional.

No caso paradigma, ocorre a prolação de uma decisão judicial que abandona a orientação binária “conforme o Direito/não conforme o Direito” para tratar a violência doméstica contra a mulher segundo uma orientação “transcendente/imanente” ou “santo/profano”, exclusivas do sistema religioso. Do mesmo modo, na maioria dos casos descritos no Capítulo 1, nos quais o CNJ exereu *accountability* judicial decisional, o código “conforme o Direito/não conforme o Direito” foi abandonado pelos juízes em prol da parte que tinha a perspectiva de auferir quantias milionárias a curto prazo, a decisão se dá pela perspectiva do “ter/não ter” ou “escassez/abundância”, próprias do sistema econômico.

É justamente a capacidade de se auto-reproduzir a partir da utilização de seu código operacional que diferencia funcionalmente um sistema e o caracteriza como um sistema social autopoietico. Na explicação de Luhmann (2003, p. 41):

Podemos dizer também: a diferenciação do sistema jurídico, operacionalmente fechado, pressupõe que o sistema opera no nível de observação de segundo grau: não somente ocasionalmente, mas sempre. Todas as operações, incluindo a discriminação primária e a discriminação das decepções das expectativas, se controlam deste nível. O que não se pode ordenar segundo o esquema de controle conforme o Direito/não conforme o Direito, não pertence ao sistema jurídico, mas ao seu ambiente social: interno ou externo. Quando essas exigências se cumprem, o sistema do Direito se estabelece como um sistema autopoietico.<sup>61</sup>

Luhmann (1996, p. 91) tomou o termo *autopoiesis* emprestado das ciências biológicas. Ele registra que foi Maturana, ao realizar um trabalho para explicar estruturas

---

<sup>61</sup> Tradução livre do autor do original em espanhol: “Podemos decir también: La diferenciación de un sistema jurídico, clausurado en su operación, presupone que el sistema opera en el nivel de la observación de segundo orden: no sólo ocasionalmente, sino siempre. Todas las operaciones, incluyendo la discriminación primaria y la discriminación de las decepciones de las expectativas, se controlan desde este nivel. Lo que no se puede ordenar bajo el esquema de control conforme a derecho/no conforme a derecho, no pertenece al sistema jurídico, sino a su entorno social: interno o externo. Cuando esas exigencias se cumplen, el sistema del derecho se establece como un sistema autopoietico”.

circulares e a reprodução celular, que importou o termo *poiesis* de uma dicotomia filosófica que se refere a Aristóteles na qual ele se apresenta em sentido oposto à *praxis*. Nesta perspectiva, *poiesis* seria algo que se produz desde fora de si mesmo, razão pela qual, para explicar as estruturas biológicas referidas, Maturana acrescentou à palavra grega o prefixo *auto*, fazendo surgir o termo para se referir a algo que produz a si mesmo: *autopoiesis*.

Sistema autopoietico, no sentido luhmaniano, portanto, é aquele que produz a si próprio a partir de um código binário interno, seu código operacional, que o diferencia funcionalmente no ambiente. Em contraposição a este conceito, Neves (1992, p. 287) propõe, para descrever o estado do Direito na modernidade dos países periféricos, a ideia de *alopoiese*, que seria:

Derivado etimologicamente do grego *alo* ('um outro', 'diferente') + *poiesis* ('produção', 'criação'), a palavra designa a (re) produção do sistema por critérios, programas e códigos do seu meio ambiente. O respectivo sistema é determinado, então, por injunções diretas do mundo exterior, perdendo em significado a própria diferença entre sistema e meio ambiente.

Aqui retornamos ao ponto em que Neves (2008, p. 241) afirma que a falta de diferenciação funcional e a *alopoiese* do Direito são resultados do que ele chama de "corrupção sistêmica": a invasão do sistema do Direito por códigos, programas e critérios de outros subsistemas funcionais da sociedade.

É exatamente este o fenômeno referido há pouco e identificado nas decisões do Conselho Nacional de Justiça que manifestam o exercício de *accountability* judicial decisional: a produção de decisões judiciais - operação que se passa no núcleo central do sistema do Direito -, orientada pelo código religioso ou econômico.

#### **4.2. A necessidade de controle e seus mecanismos**

A parcela significativa de poder exercida pelo juiz e as formas de uso desviado deste poder que já tivemos oportunidade de abordar neste trabalho reclamam a existência de mecanismos de controle da atividade judicial. A primeira e ordinária forma de controle da atividade judicial é o sistema recursal.

Luhmann (1985, p. 87) reconhece a importância do sistema recursal para o controle da atividade judicial:

Processos de decisão jurídica podem controlar outros processos de decisão jurídica, processos podem ser acoplados a outros processos, sempre que sejam articulados suficientes critérios da certidão do ato decisório. O quadro organizacional de uma tal relação de controle é fornecido, principalmente, pela construção hierarquizada das instâncias judiciárias. Ao contrário dos modelos

mais antigos, por exemplo do escalonamento da jurisdição no Estado feudal, no qual os tribunais superiores decidiam sobre causas distintas das que cabiam aos tribunais inferiores, de tal forma que via de regra cada causa só dispunha de uma única instância decisória, atualmente, os tribunais superiores servem principalmente (em parte até mesmo exclusivamente) para o controle de decisões de instâncias inferiores.

É se apoiando em sua existência que Robl Filho (2013, p. 201) afirma:

No que se refere às decisões, observa-se constitucionalmente a apresentação de competências originárias e recursais, podendo os jurisdicionados apresentarem seus recursos contra as decisões que não concordem.

Trata-se de modalidade de accountability judicial decisional interna importante e legítima. Por meio da possibilidade de os litigantes apresentarem recursos, há garantias de que os fatos avaliados equivocadamente sejam revistos e de que uma decisão relevante política e socialmente por ser avaliada por outros magistrados.

É com ela em vista que consta da decisão liminar do Mandado de Segurança 30.320/DF, que:

Se aquele que personifica o Estado no implemento da soberania interna, substituindo de modo coercitivo a vontade das partes, vier a claudicar, contra o pronunciamento caberá recurso, para haver eventual revisão.

São várias as razões pelas quais essa confiança na capacidade do sistema recursal de absorver e corrigir toda espécie de desvio na atividade jurisdicional nos parece socialmente inadequada. A primeira delas decorre de uma característica própria do sistema recursal que procura reduzir, consideravelmente, as possibilidades de recurso contra decisões interlocutórias no processo civil brasileiro.

O recurso previsto na legislação processual civil para impugnação deste tipo de decisão é o agravo de instrumento, que além de possuir requisitos de admissibilidade estreitos, foi objeto de reformas realizadas sempre com o intuito de restringi-lo ainda mais.

O primeiro movimento nesse sentido foi a edição da Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001 que, tendo alterado a redação do artigo 527 do Código de Processo Civil de 1973, atribuiu ao relator do agravo de instrumento nos Tribunais a faculdade de convertê-lo em agravo retido, postergando, portanto, a análise de seu mérito para quando da interposição do recurso contra a decisão terminativa proferida pelo juiz de primeiro grau de jurisdição. Conquanto os agravos interpostos contra decisões de tutelas de urgência estivessem excluídos desta regra, o juízo acerca desta circunstância ficava, sempre, a critério do julgador de segundo grau.

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, o legislador substituiu a discricionariedade do relator do agravo no segundo grau para submeter o recurso

ao rito do agravo de instrumento ou do agravo retido pela enumeração exaustiva das decisões passíveis de recurso de agravo de instrumento.

Na lista do artigo 1.015 do Código de Processo Civil há categorias genéricas como todas as decisões interlocutórias que versarem sobre tutelas provisórias ou mérito do processo. Não está claro se estariam contempladas, por exemplo, decisões como as que determinam a execução provisória de *astreintes* ou mesmo a decisão que determina a expedição de alvará para liberação de valores arrestados por ordem judicial pretérita – dois instrumentos extremamente recorrentes nos casos discutidos no Capítulo 1.

Essa circunstância tem muita relevância pois, na quase totalidade dos casos de abuso de poder jurisdicional identificadas pelo CNJ que ensejaram a punição dos magistrados, o arbítrio se consubstancia em decisões interlocutórias que aceitam distribuições por dependência viciadas, concedem tutelas antecipadas descabidas, determinam penhoras, bloqueio e levantamento de valores.

Em suma, dificilmente o vício encontrado pelo Conselho se materializa em uma sentença terminativa, são sempre decisões provisórias, revogáveis depois que o proveito financeiro já foi percebido por uma das partes, seu objetivo é permitir o “*saque na boca do caixa*” antes que a outra parte, enredada por uma série de restrições aos recursos contra decisões interlocutórias, possa reagir processualmente.

Mesmo no caso da decisão que culminou com a condenação de seu prolator à disponibilidade com vencimentos proporcionais nos autos do processo administrativo disciplinar nº 0005370-72.2009.2.00.0000, é difícil configurar o interesse recursal.

O magistrado negou eficácia a diversos dispositivos da Lei nº 11.340, de 2006, dentre os quais o artigo 22 - que prevê as medidas protetivas à mulher vítima de violência doméstica - e determinou o retorno do inquérito policial à autoridade policial para que ela, ou o Ministério Público, caso assim entendessem, promovessem a representação pela prisão preventiva do agressor. Com relação às medidas de natureza cível, devolveu o ônus processual para a própria vítima, determinando que ela, por meio de seus defensores, as solicitasse aos juízos cível ou de família, conforme o caso.

Em resumo, ele não se negou a determinar a prisão do agressor e tampouco fez precluso o direito da vítima a obter as medidas protetivas que eram solicitadas nos autos, apenas se recusou a deferi-las com base na Lei nº 11.340, colocando Ministério Público e a própria vítima diante de uma decisão estratégica conforme o que fosse mais útil e rápido: recorrer ou adotar as medidas indicadas pelo próprio magistrado. No caso de opção pela

segunda alternativa, a decisão jamais teria sido recorrida e isso está longe de indicar concordância das partes envolvidas com seu conteúdo.

Talvez todas essas razões concorram juntamente para uma constatação empírica difícil de ser contestada. De acordo com o Relatório Justiça em Números 2016, recentemente divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL; 2016, p. 46), o índice de recorribilidade externa do Poder Judiciário é de 14,9%. É dizer, numa realidade na qual menos de 15% das decisões proferidas são efetivamente recorridas para outra instância é difícil defender que o sistema recursal é apto a catalisar e controlar prontamente toda espécie de desvio na atuação judicante.

E quando se fala em desvio ou abuso do poder jurisdicional é necessário fazer, ainda, uma outra consideração. Uma situação é aquela na qual o magistrado adota um posicionamento divergente do que é sustentado pelo Tribunal ao qual está vinculado em determinada matéria, outra é aquela na qual o juiz deliberadamente atua à margem da lei ou se vale do poder jurisdicional para veicular suas impressões pessoais e visões de mundo como norma.

Para o primeiro caso, o sistema recursal é bastante, para o segundo, ele pode servir para expurgar do sistema a decisão, mas não resolve a causa da porosidade do sistema do Direito em relação à invasão e corrupção pelo código operacional de outros subsistemas funcionais – a conduta do juiz.

Essa diferenciação é relevante para que se esclareça que não se pretende que o CNJ se transforme em uma instância recursal de atuação difusa, onipresente e onipotente no sistema judicial brasileiro. Sua atuação, enquanto agência de *accountability* judicial decisional, se dá com efeitos diferentes dos que são operados na esfera judicial. A decisão judicial viciada e seus efeitos devem continuar a ser combatidos somente pela via recursal, isso não impede que o juiz venha a responder administrativamente e seja, eventualmente, punido pela mesma decisão perante o Conselho.

Em outras palavras, por meio do recurso se alcança reforma ou anulação da decisão, no Conselho Nacional de Justiça se busca a sanção do magistrado que a prolatou.

A sanção é um aspecto extremamente importante dentro do Direito enquanto generalização congruente de expectativas normativas. Segundo Luhmann (1983, p. 73):

Tudo isso, porém, pressupõe que existem chances para um entendimento sobre a norma atingida ou pelo menos sobre seus componentes essenciais. Frequentemente isso não é possível, ou não o é com a rapidez necessária, especialmente quando o próprio comportamento deixou muito evidente uma intencionalidade contra a norma. Nesses casos, inicialmente a norma é sustentada

solitariamente. A saída mais importante e típica para essa situação forçada é a *sanção*. O desapontamento pune o desapontador por meio de olhares, gestos, palavras ou atos: seja para induzi-lo a um comportamento conforme à expectativa, ou seja, apenas para salvaguardar demonstrativamente sua expectativa frente à decepção. Sua tentativa de impor sua expectativa *a posteriori*, ou pelo menos para casos futuros, demonstra ao mesmo tempo com toda clareza sua decisão no sentido de manter a expectativa.

Nos referimos à importância da sanção, aqui, para manutenção da expectativa normativa quanto ao comportamento judicial. Do juiz se espera que decida conforme o Direito e não por suas convicções religiosas, vínculos familiares, promessa de recompensa financeira por uma das partes e essa expectativa pode ser reafirmada sancionando-se o comportamento judicial desviante.

A versão forte e inexpressável de independência judicial, presente na decisão liminar do Mandado de Segurança nº 30.320/DF – cassando os efeitos da punição do juiz pela decisão do CNJ no caso paradigma -, que impede a sanção do juiz pelas suas decisões, sejam elas quais forem, pode servir à reorientação dessa expectativa da sociedade em relação ao comportamento do juiz, fazendo com que ela se torne meramente cognitiva, ou seja, a parte aprende que, sob o manto da independência judicial, o juiz pode tudo, e passa a adotar, nos próximos processos judiciais do quais for parte, outras estratégias de convencimento que não somente seus argumentos jurídicos.

Ela pode tentar corromper o juiz, contratar como advogado seu filho, se associar à sua igreja ou clube e a corrupção sistêmica se institucionaliza como modo de funcionamento do sistema judicial.

É necessário reiterar que não é viável fazer do Conselho Nacional de Justiça uma instância ordinária de análise do comportamento judicial manifestado nas decisões proferidas rotineiramente pelos juízes, mas, por outro lado, não se deve atribuir à independência judicial uma função bloqueadora, que impede que, eventualmente, o Conselho funcione sim como órgão de controle disciplinar das anomalias verificadas no exercício da função jurisdicional do Estado.

Como Luhmann (1985, p. 88) propõe:

Um controle adequado ao direito tem que acompanhar o processo decisório ou repeti-lo. Inicialmente, a própria seletividade da decisão almejada deve ser esclarecida e explicitada enquanto base cognitiva comum, e as tendências naturais de julgamento, nas quais a seletividade se baseia, devem ser questionadas.

Não há razão para que um magistrado, chamado a se explicar pelo conteúdo de uma decisão proferida, possa se negar a fazê-lo e tampouco que não se possa reconstituir o momento da decisão, reanalisar as opções oferecidas pelo Direito ao juiz à época de seu

pronunciamento e a decisão proferida e, a partir destes elementos, se sancionar o magistrado que exerce o poder jurisdicional de forma arbitrária, deturpada ou por critérios que nada tem de jurídico.

A possibilidade de se acionar um órgão de controle para fazê-lo, como o CNJ acabou fazendo em diversas oportunidades, inclusive no caso paradigma, é medida que previne a corrupção sistêmica e garante a diferenciação funcional do Direito da sociedade.

#### **4.3. O CNJ como órgão do Poder Judiciário e sua vinculação aos limites legais: tipicidade disciplinar aberta**

Foi possível identificar, com a ajuda da Teoria dos Sistemas, que para que o Direito possa bem desempenhar sua função de estabilização de expectativas normativas congruentemente generalizadas, faz-se necessária a existência de mecanismos de controle que permitam o sancionamento de condutas e decisões judiciais que tornem o Direito vulnerável à invasão por códigos e programas de outros subsistemas sociais.

Neste sentido, apontou-se a atividade sancionatória exercida pelo CNJ, inclusive nos casos em que se exerceu o controle disciplinar da atividade jurisdicional propriamente dita, como um mecanismo eficiente de correção e prevenção de situações de corrupção sistêmica.

Ocorre que, a pretexto de exercer esse papel socialmente importante, o Conselho Nacional de Justiça não pode ceder à tentação de atuar com o mesmo grau de invencionismo e desapego à lei que marca os casos de desvirtuamento da atividade judicial comentados neste trabalho.

Faz-se necessário fazer este esclarecimento neste ponto: conquanto tenhamos demonstrado, a partir de um ponto de vista externo ao Direito, a importância do exercício de *accountability* judicial decisional pelo CNJ para o próprio Direito e para a Sociedade, não pode o CNJ, no exercício desta competência disciplinar, utilizar este aspecto como fundamento para sua atuação.

Isto porque é o Conselho Nacional de Justiça, também, um órgão do Poder Judiciário que por exercer competências administrativo-disciplinares, se vê, de forma ainda mais especial, vinculado à legalidade. Ele está, portanto, quando no exercício de suas competências correicionais, sujeito aos constrangimentos impostos pelo Direito.

É dizer, na avaliação dos processos disciplinares que lhe são submetidos, o Conselho está obrigado a identificar as condutas judiciais consideradas ilegais com as

descrições legais dos comportamentos judiciais passíveis de punição na esfera administrativa: os tipos infracionais previstos na Lei Complementar nº 35, de 1979, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

O problema é que o rol dos tipos infracionais contidos na LOMAN é fragmentário, pouco claro e não traz uma correspondência direta e fechada entre a conduta judicial tida por ilícita e a pena a ela aplicável. O artigo 44 da referida lei afirma, por exemplo, que em caso de “*reiterada negligência no cumprimento dos deveres do cargo, ou no de procedimento incorreto*”, aplica-se a pena de censura, “*se a infração não justificar punição mais grave*”.

A primeira dificuldade é saber com exatidão, no que consistem os deveres do cargo listados no artigo 35 da mesma Lei Orgânica. Há, no rol, dispositivos legais claros como os incisos IV e V – que estabelecem os deveres de urbanidade e residência na Comarca, respectivamente – os quais convivem com previsões cheias de expressões de pouca densidade semântica como “*cumprir e fazer cumprir, COM INDEPENDÊNCIA, SERENIDADE E EXATIDÃO, os dispositivos legais e atos de ofício*” ou, ainda, “*manter CONDUCTA IRREPREENSÍVEL na vida pública e particular*”.

As perplexidades continuam quando se acrescenta, no mesmo tipo infracional, o “*procedimento incorreto*”, sem que se possa saber se quis o legislador se referir ao rito processual dos feitos que são submetidos ao magistrado ou às questões afetas à integridade do juiz – equidistância em relação às partes, ausência de favoritismos e etc. Acrescente-se, ademais, a possibilidade condicional de se deixar de aplicar o dispositivo se se considerar que a infração merece ser punida de forma mais severa.

O mesmo se pode dizer das hipóteses de aposentadoria compulsória previstas no artigo 56. É possível se enquadrar um número grande de condutas na definição de “*procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro*” das funções ou mesmo definir determinada postura como “*proceder funcional seja incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário*”.

A esta indeterminação conceitual o acórdão proferido pelo Conselho Nacional de Justiça quando do julgamento do PAD nº 6, chamou de tipicidade disciplinar aberta:

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MAGISTRADO. (...) 3. TIPICIDADE PENAL FECHADA E TIPICIDADE DISCIPLINAR ABERTA. DISTINÇÃO. INTERAÇÃO ENTRE AÇÃO PENAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. Os "tipos" disciplinares programados pela LOMAN que alicerçam a imposição de sanções disciplinares são evidentemente mais abertos que os tipos penais. 3. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL E

CONDUTA PESSOAL INADEQUADA. PROVA DOS AUTOS . PROCEDÊNCIA. Configurada a transgressão aos deveres de preservação da independência funcional própria e alheia e de manutenção de conduta pessoal irrepreensível, em diversos e graves atos, impõe-se a condenação à pena disciplinar máxima. (CNJ - PAD - Processo Administrativo Disciplinar - 6 - Rel. Antônio Humberto Souza Júnior - 57ª Sessão Ordináriaª Sessão - j. 26/02/2008 ).

A adoção de expressões polissêmicas e adjetivas na definição legal das infrações disciplinares, aqui chamada de tipicidade disciplinar aberta, explica a dificuldade encontrada para se indicar em que pena deveria estar incurso o juiz processado no PAD nº 0005370-72.2009.2.00.0000.

Muito embora tenha enquadrado o fato de o juiz externar posições preconceituosas e discriminatórias contra a mulher em uma decisão judicial como uma hipótese de “*excesso de linguagem*” e “*procedimento incorreto*”, o Conselho Nacional de Justiça relutou em aplicar-lhe a pena de censura porque entendeu que o magistrado ao externar o mesmo ponto de vista encontrado em sua decisão em blog pessoal e outras matérias jornalísticas, praticou a falta de maneira reiterada.

Do mesmo modo, considerou que a falta não tinha gravidade suficiente para determinar o afastamento definitivo do juiz da magistratura, optando, nos termos do artigo 57, da Lei Complementar nº 35, de 1979 – LOMAN – a aplicação da pena residual de disponibilidade com vencimentos proporcionais.

É certo que esse tipo de abertura, permitido pela debilidade do sistema punitivo previsto na Lei Orgânica da Magistratura, não é o ideal se considerado que se trata de atividade estatal sancionatória, para a qual se exige um mínimo de determinabilidade fática e correlação entre infração e sanção.

No entanto, é necessário reconhecer que, enquanto a Lei Complementar nº 35, de 1979, continuar em vigor, não falta fundamento legal para que o Conselho Nacional de Justiça venha exercer *accountability* judicial decisional em casos de violação do código funcional do sistema do Direito como os que já foram discutidos neste trabalho.

#### **4.4. O CNJ em crise**

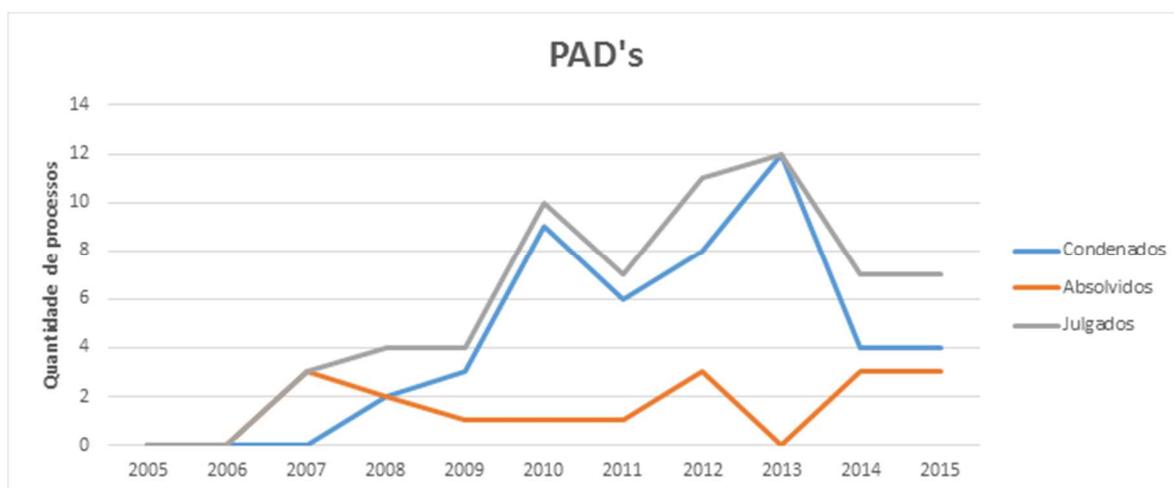
Como já afirmado em diversas passagens do trabalho, o Conselho Nacional de Justiça já atuou como agência de *accountability* judicial decisional em algumas oportunidades ao longo de dez anos de exercício de função disciplinar. Entende-se que essa forma de atuação, ao contrário do que afirmam Guerra (2011) e Robl Filho (2013), não viola a independência judicial - a qual, diante do cenário institucional e prestígio social de que

goza o poder judiciário nos dias de hoje, deve ser mitigada em certos casos -, sendo, ao contrário, mecanismo de controle necessário e juridicamente viável para corrigir situações de corrupção sistêmica, desdiferenciação funcional e alopoiese do Direito.

Ocorre que não há como afirmar que o Conselho Nacional de Justiça foi o mesmo ao longo destes 10 (dez) anos. Depois de picos de atuação em matéria disciplinar, em número de julgamentos e condenações em 2010, 2012 e 2013, houve forte declínio no número de casos julgados e condenações passaram a ser menos predominantes.

O gráfico reproduzido abaixo ilustra este movimento de incremento da atividade correicional do Conselho, tanto em termos de julgamentos quanto de condenações, intercalado por uma forte queda no ano de 2011 e um novo declínio acentuado no período que se seguiu a 2013.

Gráfico 1



É possível que o esmaecimento da percepção social da importância do Conselho Nacional de Justiça tenha relação com esse enfraquecimento do órgão no exercício de uma das principais competências previstas no texto constitucional. O órgão que resultou de um complexo arranjo de forças para promover *accountability* judicial passou a claudicar especificamente na aplicação de sanções a magistrados, que é um aspecto relevante dentro do conceito de *accountability*.

A especulação a respeito dos possíveis fatores para essa mudança merece maior aprofundamento em outras oportunidades, o certo é que o CNJ, que polarizava de maneira tão forte a discussão em torno de suas competências e atuação perante a opinião pública e a comunidade jurídica, já não desperta mais tanto interesse.

A despeito dos desdobramentos futuros da atuação do Conselho Nacional de Justiça em matéria administrativo-disciplinar, o certo é que, na fina sintonia entre independência e *accountability* confiada ao CNJ, o pêndulo permanece vergado para uma versão fortíssima de independência judicial que blinda os arbítrios e ilegalidades praticados de forma deliberada por juízes, com repercussões as mais graves para a vida da comunidade política brasileira. Em outras palavras, a necessidade por *accountability* judicial permanece presente.

Talvez pela incapacidade de resistir às constantes mudanças no seu perfil de atuação em matéria disciplinar, determinada pela alternância de mandatos de Presidentes, Corregedores e Conselheiros, o CNJ esteja ele próprio enfrentando uma crise de identidade. A sociedade não vai esperar se o órgão não se reencontrar com sua vocação histórica ao arrojo e ao rigor.

## Notas Conclusivas

1. A *Reforma do Poder Judiciário*, veiculada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que trouxe diversas alterações ao sistema judicial brasileiro, dentre as quais a criação do Conselho Nacional de Justiça, foi resultado da conjunção de diversos fatores como o engajamento institucional dos Poderes Executivo e Judiciário, o incentivo da mídia, as evidências empíricas produzidas pela academia, o apoio da opinião pública e o patrocínio de agências internacionais interessadas em reformas institucionais nos poderes judiciários dos países em desenvolvimento que consolidassem a ideia de *Rule of Law*.
2. As reformas judiciais ocorreram em vários países com diferentes características e enfoques. Na América Latina, o objetivo era incrementar o nível de independência judicial, à exceção do Brasil onde, por força dos arranjos institucionais constantes da Constituição de 1988, o poder judiciário já era dotado de diversas garantias de independência externa e interna, fator que deu à *Reforma* prevista na Constituição de 1988 viés predominante de fiscalização, controle, enfim, *accountability*.
3. O conceito de *accountability* envolve o dever de prestação de contas - tanto no sentido contábil e aritmético quanto no sentido de justificação das atividades - e a possibilidade de sanção ou premiação ao agente *accountable*. A *accountability* judicial pode se referir à esfera institucional – quando se está a zelar pelas garantias institucionais de independência do poder judiciário -, comportamental – quando relacionada a aspectos relativos à integridade, imparcialidade, eficiência e urbanidade dos magistrados - e decisional – quando leva em consideração a própria atividade jurisdicional desempenhada pelo juiz.
4. Em 10 anos de exercício de atividade disciplinar, o Conselho Nacional de Justiça julgou o mérito de 65 (sessenta e cinco) processos administrativos disciplinares instaurados e instruídos pelo próprio órgão. Deste total, foram 48 (quarenta e oito) condenações e 17 (dezessete) arquivamentos. Das 48 (quarenta e oito) decisões condenatórias, 7 (sete) referem-se ao controle da atividade administrativa e financeira dos órgãos do poder judiciário e da responsabilização de seus gestores por ilícitos administrativos e malversação de recursos orçamentários, sendo classificadas como exercício de *accountability* judicial institucional pelo CNJ, outras 19 (dezenove) referem-se a situações de *accountability* judicial comportamental nas quais juízes foram punidos pela prática comprovada de corrupção passiva ou advocacia administrativa, excesso de morosidade na prestação

jurisdicional e outros comportamentos considerados incompatíveis com o exercício da magistratura, e, ainda, há 22 (vinte e duas) decisões nas quais os juízes foram punidos porque decisões por eles proferidas foram consideradas, em seu conteúdo, absurdas, teratológicas, desarrazoadas, abusivas, enfim, contrárias ao Direito, manifestando o exercício de *accountability* judicial decisional pelo CNJ.

5. Das 22 (vinte e duas) situações nas quais o CNJ exerceu *accountability* judicial decisional, há 8 (oito) que levaram em consideração, como um elemento adicional de convencimento, a existência de um vínculo de amizade ou parentesco entre o juiz e advogados ou partes que teria o potencial de prejudicar sua imparcialidade, 11 (onze) nas quais há um favorecimento financeiro imediato e desproporcional a uma das partes permeando a atividade judicial considerada absurda e arbitrária, 2 (dois) casos de punição em razão da omissão dos juízes e 1 (uma) na qual o juiz foi efetivamente sancionado pelo caráter reprovável do conteúdo de sua decisão: o PAD nº 0005370-72.2009.2.00.0000.

6. No processo administrativo disciplinar nº 0005370-72.2009.2.00.0000, o Conselho Nacional de Justiça aplicou a pena de disponibilidade a um magistrado que declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 11.340, de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, utilizando como argumentos o caráter herético e contrário às leis divinas da norma, que subverteria a ordem natural de superioridade masculina sobre a mulher. Longe de ser uma exceção, o caso se apresenta como um caso especial de exercício, pelo CNJ, de *accountability* judicial decisional, porquanto se a sanção ali aplicada puder ser considerada legítima em situação em que não há qualquer elemento de favorecimento financeiro latente, quanto o mais se justifica nos demais casos analisados pelo Conselho.

7. A ideia de independência judicial originária da teoria liberal da separação dos poderes é pertinente a um contexto histórico específico no qual o poder judiciário parecia fragilizado, organicamente vulnerável e funcionalmente restringido, consubsuanciando-se em um instrumento de defesa forte e inflexível, forjado para resistir às ameaças de ingerência na atividade judicial vindas dos poderes políticos.

8. A chamada independência judicial decisional é um desdobramento posterior do princípio e sua definição recorre a uma repetição de esquemas linguísticos como a defesa de que o juiz deve exercer sua função livremente, “*não podendo sofrer pressões ou influências, além de SUA CONSCIÊNCIA e do direito*”, de que a grantia visa “*dotá-lo do espaço de decisão necessário a que resolva conforme SEU ENTENDIMENTO do direito*”, que ela foi concebida para nos dar “*razões para acreditar que eles as resolverão de maneira justa, de*

*acordo com o entendimento QUE ELES TÊM do Direito*”, que a independência é a faculdade de o juiz analisar os casos que lhe são submetidos de acordo com a “*LIVRE interpretação dos fatos, das leis e da Constituição*” ou, ainda, de que o juiz atua “*curvando-se à ciência e CONSCIÊNCIA possuídas*”, preservando a boa técnica e “*presente a FORMAÇÃO HUMANÍSTICA angariada*”, o que lança sobre o conceito uma carga de subjetivismo desnecessária e deletéria, na medida em que não se sabe, ao certo, em que medida devem se combinar o Direito e as leis e a consciência pessoal do decisor.

9. A maioria dos sistemas judiciais filiados à tradição romano-germânica adotou o chamado modelo napoleônico de sistema judicial e o perfil tecnoburocrático da magistratura, características inerentes à compreensão de que a atividade judicial não passa da mera subsunção de fatos a normas, situação completamente alterada na atual conjuntura na qual o poder judiciário goza de uma posição de destaque em relação aos demais poderes e os juízes não se comportam como aplicadores robóticos dos comandos legais, mas como protagonistas da concretização de direitos fundamentais e definições de políticas públicas.

10. Se a independência judicial surge a reboque de uma debilidade institucional do poder judiciário, para proteger o juiz no exercício de um ofício meramente tecnoburocrático, desaparecido o déficit institucional e alargados os limites da competência judicial a ponto de se falar em protagonismo judicial, há de se fazer o movimento pendular para o outro extremo, o da *accountability* judicial.

11. A situação se agrava no Brasil, onde teorias ditas “pós-positivistas” foram importadas sem maior rigor, dando origem a um cenário caótico no qual o sistema possui nítida inspiração napoleônica, com magistrados profissionais, recrutados segundo o modelo tecnoburocrático que, tendo deixado para trás o paradigma da máquina de subsunção lógico-formal do positivismo oitocentista, aderiu à discricionariedade judicial própria dos positivismos modernos ao argumento de o estar fazendo em nome do “princípioalismo” ou “pós-positivismo”.

12. “Sistema”, na teoria sociológica de Luhmann, é todo e qualquer conjunto de processos comunicacionais que se orienta a partir de um código operacional próprio, exclusivo e estruturado de forma binária, ou seja, com um valor positivo e outro negativo; no caso do Direito, o código que o constitui e o diferencia de seu ambiente é o que trabalha com o esquema “*conforme o Direito/não conforme o Direito*”.

13. A estabilização congruente de expectativas normativas generalizadas é a função que o Direito exerce na sociedade para Luhmann, substituindo um improvável, supercomplexo

e supercontingente consenso entre presentes em cada interação social, aliviando a sociedade de tamanha pressão seletiva e gerando segurança nas relações.

14. Se o papel do Direito é estabilizar, de maneira generalizada e congruente, expectativas normativas e o juiz desempenha o papel de um terceiro com capacidade de produzir decisões vinculativas relativamente a essas expectativas, sua legitimidade está atrelada à sua capacidade de ser, no exercício de seu ofício, o mais impessoal possível, procurando neutralizar os seus outros papéis sociais – capelão da paróquia do bairro, solteiro convicto, militante da ultra direita, micro-empresário e etc – por meio de seu papel processual e do apego às disposições do Direito.

15. Como terceiro observador que assegura as expectativas normativas congruente e generalizadas e retira de sua “*impessoalidade legítima*” a legitimidade para produzir uma decisão vinculante, o juiz deve ser - até mesmo por presidir as operações que se passam no núcleo do sistema -, primordialmente, o agente primário do fechamento operacional. A abertura cognitiva do sistema jurídico deve ocorrer primariamente na periferia representada pelo processo legislativo, onde os influxos de outros subsistemas sociais e do ambiente devem ser processados.

16. O fato de se situar no centro do sistema do Direito e de ser o lugar do fechamento operacional do sistema mediante a aplicação de seu código operacional “conforme o Direito/não-conforme o Direito” faz com que os juízes se utilizem de um programa decisório condicional e não finalístico, que é próprio do processo político legislativo.

17. Conforme os juízes atuem de acordo com programas condicionais ou finalísticos, atrelados ao seu papel processual neutralizante ou mais engajados com ideias políticos e/ou religiosos, no centro - produzindo fechamento operacional - ou na periferia – abrindo-se cognitivamente para o ambiente – do sistema, diferentes consequências podem ser sentidas para a diferenciação funcional do Direito.

18. A combinação dos fatores encontrados na decisão que levou à punição de seu prolator pelo CNJ no processo administrativo disciplinar nº 0005370-72.2009.2.00.0000 – hipertrofia dos poderes judiciais com a rediscussão de textos legais sob o fundamento de sua inconstitucionalidade; ingresso do juiz na esfera de discussão política da matéria objeto da lei discutida; adoção de um programa decisório finalístico por meio da análise das consequências da decisão para a família e a sociedade; independência em relação à lei e dependência em relação a influxos de outros sistemas sociais – gera um vetor de

contaminação, uma ponte de colonização do Direito pelo código operacional de outro subsistema funcional.

19. A falta de diferenciação funcional e a alopoiese do Direito são resultados do que se chama de “corrupção sistêmica”: a invasão do sistema do Direito por códigos, programas e critérios de outros subsistemas funcionais da sociedade.

20. A versão forte e inexpugnável de independência judicial, presente na decisão liminar do Mandado de Segurança nº 30.320/DF, que impede a sanção do juiz pelas suas decisões, sejam elas quais forem, pode servir à reorientação dessa expectativa da sociedade em relação ao comportamento do juiz, fazendo com que ela se torne meramente cognitiva, ou seja, a parte aprende que, sob o manto da independência judicial, o juiz pode tudo, e passa a adotar, nos próximos processos judiciais do quais for parte, outras estratégias de convencimento que não somente seus argumentos jurídicos. Ela pode tentar corromper o juiz, contratar como advogado seu filho, se associar à sua igreja ou clube e a corrupção sistêmica se institucionaliza como modo de funcionamento do sistema judicial.

21. A atuação do Conselho Nacional de Justiça como agência de *accountability* judicial decisional não viola a independência judicial, a qual, diante do cenário institucional e prestígio social de que goza o poder judiciário nos dias de hoje, deve ser mitigada em certos casos, sendo, ao contrário, mecanismo de controle necessário e viável para corrigir situações de corrupção sistêmica, desdiferenciação funcional e alopoiese do Direito.

## Referências Bibliográficas

BELL, John. **Judiciaries Within Europe: A Comparative Review**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006.

BRASIL. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. **D.o.u.** Brasília, 14 mar. 1979.

BRASIL. Lei nº 11340, de 07 de agosto de 2006. **D.o.u.** Brasília, 08 ago. 2006.

BRASIL. Lei nº 10352, de 26 de dezembro de 2001. **D.o.u.** Brasília, 27 dez. 2001.

BRASIL. Lei nº 13105, de 16 de março de 2015. **D.o.u.** Brasília, 17 mar. 2015.

BRASIL. Decreto-lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. **D.o.u.** Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Liminar em Mandado de Segurança nº 30320. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Dj-e.** Brasília, 28 fev. 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pad nº 1. Relator: Eduardo Lorenzoni. **Dj.** Brasília, 29 maio 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pad nº 6. Relator: Antônio Humberto Souza Júnior. **Dj.** Brasília, 18 mar. 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pad nº 0001922-91.2009.2.00.0000. Relator: Ives Gandra. **Dj-e.** Brasília, 11 mar. 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pad nº 0000788-29.2009.2.00.0000. Relator: Felipe Locke Cavalcanti. **Dj-e.** Brasília, 20 abr. 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pad nº 0001533-77.2007.2.00.0000. Relator: Eliana Calmon. **Dj-e.** Brasília, 19 ago. 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pad nº 0005370-72.2009.2.00.0000. Relator: Marcelo Neves. **Dj-e.** Brasília, 25 nov. 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pad nº 0005993-05.2010.2.00.0000. Relator: Walter Nunes. **Dj-e.** Brasília, 31 mar. 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pad nº 0001460-03.2010.2.00.0000. Relator: Milton Nobre. **Dj-e.** Brasília, 14 abr. 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pad nº 0001589-08.2010.2.00.0000. Relator: José Guilherme Vasi Werner. **Dj-e.** Brasília, 15 mar. 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pad nº 0006374-47.2009.2.00.0000. Relator: Tourinho Neto. **Dj-e.** Brasília, 8 jun. 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pad nº 0002789-79.2012.2.00.0000. Relator: José Roberto Neves Amorim. **Dj-e.** Brasília, 18 abr. 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pad nº 0005494-21.2010.2.00.0000. Relator: José Lúcio Munhoz. **Dj-e**. Brasília, 31 maio 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pad nº 0004931-56.2012.2.00.0000. Relator: Jefferson Luís Kravchychyn. **Dj-e**. Brasília, 2 jul. 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pad nº 0002719-62.2012.2.00.0000. Relator: Jorge Hélio Chaves de Oliveira. **Dj-e**. Brasília, 08 ago. 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pad nº 0003715-60.2012.2.00.0000. Relator: José Guilherme Vasi Werner. **Dj-e**. Brasília, 8 ago. 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pad nº 0005003-77.2011.2.00.0000. Relator: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. **Dj-e**. Brasília, 13 fev. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pad nº 0005845-23.2012.2.00.0000. Relator: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. **Dj-e**. Brasília, 20 jun. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pad nº 0006017-28.2013.2.00.0000. Relator: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. **Dj-e**. Brasília, 10 abr. 2015.

BRASIL. **Justiça em Números 2016**: ano-base 2015. Brasília: Cnj, 2016.

CANOTILHO, J.j. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 2003.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, Ativismo e Democracia. **Alceu**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p.105-113, jul./dez. 2004.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re) Pensando a Pesquisa Jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

FACCHINI NETO, Eugênio. O Poder Judiciário e sua Independência: Uma Abordagem de Direito Comparado. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, São Paulo, n. 8, p.121-149, jul./set. 2009.

FALCÃO, Joaquim. A História da Reforma do Poder Judiciário e de sua Estratégia pré-Legislativa. In: STOCO, Rui; PENALVA, Janaína (Org.). **Dez Anos de Reforma do Judiciário e o Nascimento do Conselho Nacional de Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 177-194.

GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

GINSBURG, Tom; GAROUPA, Nuno. Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence. **John M. Olin Program In Law And Economics**, Chicago, v. 250, n. 444, p.1-39, nov. 2008.

GINSBURG, Tom; MELTON, James. Does De Jure Judicial Independence Really Matter?: A Reevaluation of Explanations for Judicial Independence. **Coase-sandor Institute For Law And Economics**, Chicago, n. 612, p.187-217, set. 2014.

GUARNIERI, Carlo. Judicial Independence in Latin Countries of Western Europe. In: RUSSEL, Peter H.; O'BRIEN, David M.. **Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from Around the World**. Londres: University Of Virginia Press, 2001. p. 111-130.

GUERRA, Gustavo Rabay. **Independência e Integridade: O Conselho Nacional de Justiça e a Nova Condição da Política Judicial**. 2011. 227 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. Nova Iorque: Signed Classic, 1999.

HART, H.l.a.. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOMMERS, Donald P.. Autonomy versus Accountability: The German Judiciary. In: RUSSEL, Peter H.; O'BRIEN, David M.. **Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from Around the World**. Londres: University Of Virginia Press, 2001. p. 131-154.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil e Outros Escritos: Ensaio sobre a Origem, os Limites e os Fins Verdadeiros do Governo Civil**. Petrópolis: Vozes, 2001.

LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. **Teoria della Società**. Milão: Franco Angeli, 1992.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

\_\_\_\_\_. The Unity of Legal System. In: TEUBNER, Gunther. **Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society**. Berlim: Walter de Gruyter, 1988. p. 12-35.

\_\_\_\_\_. **Introducción a la Teoria de Sistemas**. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 1996.

\_\_\_\_\_. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

\_\_\_\_\_. **Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

\_\_\_\_\_. **El Derecho de la Sociedad**. Cidade do México: 2003. Tradução provisória para o espanhol de Javier Torres Nafarrete.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade - sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã” In: **Sturz der Götter**. Suhkamp, 1989.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

\_\_\_\_\_. **O Supremo e o CNJ face à Corrupção Sistêmica**. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-20/observatorio-constitucional-supremo-cnj-face-corrupcao-sistemica?imprimir=1>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Da Autopoiese à Alopoiese do Direito. **Anuário do Mestrado em Direito**, n. 5, Recife, p.273-298, jan./jun. 1992.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 10 dez. 1948.

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

ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça: Estado Democrático de Direito e Accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. A Globalização do Estado de Direito: O Neoconstitucionalismo, o Neoliberalismo e a Reforma Institucional na América Latina. In: DIMOULIS, Dimitri; VIEIRA, Oscar Vilhena (Org.). **Estado de Direito e Desafio do Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROESLER, Cláudia Rosane. **Políticas de Seleção para a Magistratura e o Perfil do Juiz Contemporâneo: Uma Análise do Caso Espanhol**. 2007.

RUSSELL, Peter H.. Toward a General Theory of Judicial Independence. In: RUSSEL, Peter H.; O'BRIEN, David M.. **Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from Around the World**. Londres: University Of Virginia Press, 2001. p. 1-24.

SADEK, Maria Tereza Aina. CNJ: Impactos no Judiciário e na Sociedade. In: STOCO, Rui; PENALVA, Janaína (Org.). **Dez Anos de Reforma do Judiciário e o Nascimento do Conselho Nacional de Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 294-311.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário**. Belo Horizonte: del Rey, 2007.

SANTISO, Carlos. Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Org.). **Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies**. Portland: Franck Cass, 2005. p. 117-131.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudo de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova Iorque: Nyu Press, 1995.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Rt, 1995.