



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO

Volnei Rosalen

Judiciário e política: separação de poderes e controle do judiciário na democracia contemporânea – uma crítica do Conselho Nacional de Justiça do Brasil
(ou: Por que juízes e tribunais são incontroláveis no Brasil?)

Florianópolis
2022

Volnei Rosalen

Judiciário e política: separação de poderes e controle do judiciário na democracia contemporânea – uma crítica do Conselho Nacional de Justiça no Brasil
(ou: Por que juízes e tribunais são incontroláveis no Brasil?)

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador(a): Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira

Florianópolis
2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Rosalen, Volnei

Judiciário e política: separação de poderes e controle do judiciário na democracia contemporânea : uma crítica do Conselho Nacional de Justiça no Brasil (ou: Por que juízes e tribunais são incontroláveis no Brasil?) / Volnei Rosalen ; orientador, Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira , 2022.
268 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Judiciário e política. 3. Separação de poderes, judiciário e democracia. 4. Controle do judiciário. 5. Conselho Nacional de Justiça. I. , Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Volnei Rosalen

Judiciário e política: separação de poderes e controle do judiciário na democracia contemporânea – uma crítica do Conselho Nacional de Justiça no Brasil
(ou: Por que juízes e tribunais são incontroláveis no Brasil?)

O presente trabalho em nível de Doutorado foi avaliado e aprovado em 26 de agosto de 2022 pela banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Martônio Mont' Alverne Barreto Lima, Dr.
Instituição: UNIFOR

Prof. José Francisco Siqueira Neto, Dr.
Instituição: MACKENZIE

Prof. Matheus Felipe de Castro, Dr.
Instituição: UFSC

Prof. Delamar Volpato Dutra, Dr.
Instituição: UFSC

Certificamos que esta é a versão original e final do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de Doutor em Direito

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Prof. Cláudio Ladeira de Oliveira, Dr.
Orientador

Florianópolis, 2022.

A Iria (in memorian) e Leonir, que vieram antes e
abriram o caminho.

A Gabriela, Vitória, Anita e José Miguel:
Meus ganhos de uma vida.

A Adriana, com gratidão sem fim,
porque o amor faz e dá sentido.

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos são um gesto de reconhecimento e também possível fonte de algumas injustiças. Circunscrever o alcance dos agradecimentos é uma tentativa de evitar injustiças, ou cometê-las. Os(as) muitos(as) a quem devo agradecer e não citados(as) aqui que me as perdoem, e recebam ainda assim meu grato reconhecimento.

Ao meu orientador, professor Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira, agradeço por me receber como seu orientando, pela paciência singular, atenção, e pelo modo cordial e respeitoso que sempre utilizou para, cautelosamente, induzir-me a cumprir da melhor forma o desafio do doutoramento. Caríssimo Ladeira, permita-me a informalidade, a solidariedade é um dom de exercício difícil, mas de imenso valor. Te agradeço muito por isso.

Aos professores Dr. Martônio Mont'Alverne Barreto Lima, Dr. Matheus Felipe de Castro, Dr. Delamar Volpato Dutra e Dr. José Francisco Siqueira Neto. Agradeço imensamente pela generosa disposição de me honrarem com sua presença, questões e observações.

Uma palavra de agradecimento também aos colegas da turma de doutoramento pelo auxílio nas dúvidas e dificuldades. Agradeço especialmente aos colegas e amigos Marcel Mangili Laurindo e Daniel Rocha, com quem pude dividir angústias e dificuldades e compartilhar apoio solidário.

À secretaria do PPGD/UFSC, especialmente Heloisa Apolinário Testoni e Maria Aparecida de Oliveira, e a todos(as) os(as) funcionários(as) e auxiliares que sempre prontamente me atenderam nas necessidades cotidianas.

Aos amigos Laurence Molinete, Túlio Dias, Deivid R. Pereira e Marcus Kamers, pelas conversas e cafés e tudo o que elas me ensinaram e me deram de força e estímulo.

Parece outra parábola, falou a voz desconhecida, se
queres ser cego, se-lo-ás. (SARAMAGO, 1995, p. 129)

¿Y como vamos a preservarnos de el basandonos en principios
republicanos? Como vamos a impedir el peligro en
todos los casos de coaliciones interesadas en oprimir a
la minoria que debemos defender? (MADISON, apud
CROSSMAN, 1986, p. 100)

In both democratic and totalitarian societies, the judiciary
has naturally served the prevailing political and economic forces.
Politically, judges ar parasitic. (GRIFFITH, 1997, p. 342)

RESUMO

A tese propõe uma atualização da temática da separação dos poderes no Brasil no ponto específico do controle do judiciário pelo Conselho Nacional de Justiça. Toma como ponto de partida a dúvida sobre se o Conselho aprovado pela Emenda 45 representou uma efetiva possibilidade de controle do judiciário capaz de torná-lo adequado às condições e exigências da democracia contemporânea no Brasil. Considera que tanto pela sua posição na estrutura institucional constitucionalmente estabelecida, no interior do Judiciário, como pelo seu desenho institucional, bem como em sua atuação, o Conselho Nacional de Justiça não logrou tornar-se um mecanismo capaz de exercer o controle do judiciário adequando-o e fazendo-o corresponder às exigências e condições da democracia contemporânea no Brasil. A separação de poderes funciona sob arranjos de poder democráticos e não democráticos. Então, esta tese se funda na ideia de que a possibilidade de adequação do judiciário à democracia e à soberania requer, especialmente, submissão dos juízes e tribunais à lei, em particular às leis que determinam e limitam suas condutas e ações. Defende que nem tudo que juízes e tribunais fazem é ato de jurisdição e que decisões políticas sobre a administração da justiça não são função exclusiva do judiciário. Considera que *independência* e *autonomia* dos juízes e tribunais tem sido utilizadas como anteparos para tornar o judiciário incontrolável. Conclui que, embora possa ter aberto espaços para discussão do poder, a inserção do Conselho na estrutura interna do judiciário reforçou a autoprogramação do poder a partir da assimilação do Conselho à dinâmica autorreferente dos seus órgãos; e bloqueou qualquer outra possibilidade de controle social e/ou pelo parlamento, restringindo, nesse ponto, a soberania popular e dificultando a realização de um elemento chave da democracia: a submissão dos juízes e tribunais à lei.

Palavras-chave: Controle do Judiciário; Democracia; Submissão dos juízes e tribunais à lei; Conselho Nacional de Justiça.

ABSTRACT

This thesis proposes an update to the theme of the separation of power in Brazil, in the specific point of control of the judiciary for the National Council of Justice. It takes as starting point the doubt about if the Council, enacted for Forty Five Emend performed an effective possibility of control of the judiciary capable to make it proper to conditions and requirements of the contemporary democracy in Brazil. It considers that both for its position in the constitutionally established institutional structure, within the judiciary, and for its institutional design, the National Council of Justice failed to become a mechanism capable of exercising control over the judiciary, adapting it and doing it to satisfy to the demands and conditions of contemporary democracy in Brazil. The separation of powers works under democratic and non-democratic power arrangements. So this thesis is based on the idea of that the possibility of adequacy of judiciary to the democracy and the sovereignty require, especially, submission of judges and courts to the law, particularly to laws that determine and limit their conduct and actions. It argues that not everything that judges and courts do is an act of jurisdiction and that political decisions about the administration of justice are not an exclusive function of the judiciary. It considers that *independence* and *autonomy* of judges and courts have been used as barriers to make the judiciary uncontrollable. It concludes that, although it may have opened up spaces for discussion of power, the insertion of the Council in the internal structure of the judiciary reinforced the self-programming of power from the assimilation of the Council to the self-referential dynamics of its organs; and blocked any other possibility of both social or parliament control, narrowed, at this point, the popular sovereignty and hindering the realization of key elements of democracy: the submission of judges and courts to the law.

Keywords: Control of the Judiciary; Democracy; Submission of judges and courts to the law; National Council of Justice

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Relação de resoluções x total de atos normativos.....	118
Figura 2 – Percentual de decisões monocráticas e processos de natureza correicional	121
Figura 3 – PADs contra magistrados, julgados, com penalidade e com pena máxima, entre 2007 e 2019. (comparação de resultados entre os dois relatórios - 2018 e 2020)	125
Figura 4 – PADs contra magistrados, julgados, com penalidade e com pena máxima em relação ao total da "atividade correicional"	126
Figura 5 – Número de resoluções por grupo de classificação.....	134
Figura 6 – Número de resoluções por ano segundo o grupo de classificação	134
Figura 7 – Comparativo: "autonomia" - "controle administrativo" - "controle da atuação administrativa e financeira".....	136
Figura 8 – Presença das expressões "autonomia" e "controle da atuação administrativa e financeira".....	136
Figura 9 – Aparições e relação entre expressões "independência" e "deveres funcionais".....	137
Figura 10 – Presença das expressões "política" e "controle" nas resoluções de 1 a 332 (com base na média/mês).....	138
Figura 11 – Relação entre as aparições das palavras "controle" e "política judiciária" ou equivalente nas resoluções	160
Figura 12 – Comparativo de expressões presentes nas resoluções	161
Figura 13 – Mapa estratégico - CNJ.....	171

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AJUFE	Associação dos Juizes Federais
AJURIS	Associação de Juizes do Rio Grande do Sul
AMAGIS	Associação dos Magistrados de Minas Gerais
AMAMSUL	Associação dos Magistrados do Mato Grosso do Sul
AMATRA	Associação dos Magistrados do Trabalho
AMB	Associação Dos Magistrados Brasileiros
ANAMATRA	Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho
ANPR	Associação Nacional dos Procuradores da República
CF	Constituição Federal
CJF	Conselho da Justiça Federal
CJST	Conselho Superior da Justiça do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
EMAB	Escolha de Magistrados da Bahia
ENFAM	Escola Nacional de Formação da Magistratura
ENM	Escola Nacional da Magistratura
ESMAFE/PR	Escola da Magistratura Federal do Paraná
ESMAGIS	Escola da Magistratura do Mato Grosso do Sul
ESMESC	Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina
FAO	Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ONU	Organização das Nações Unidas
PP	Pedido de Providências
RD	Reclamação Disciplinar
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJBA	Tribunal de Justiça da Bahia
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJMS	Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	SEPARAÇÃO DE PODERES E A RELAÇÃO POSSÍVEL ENTRE JUDICIÁRIO E DEMOCRACIA	17
2.1.	ORIGENS HISTÓRICAS E DESENVOLVIMENTO DA SEPARAÇÃO DE PODERES: A LUTA PELO PODER POLÍTICO COMO BASE DA SEPARAÇÃO.....	20
2.1.1	Sob Montesquieu	30
2.1.2	Os federalistas e a proteção da “minoria”	36
2.1.2.1	<i>A proposta federalista</i>	40
2.1.3	Uma nova roupagem: 1848 na França	46
2.2	A NECESSIDADE DE UM CONCEITO DE DEMOCRACIA.....	50
2.3	DEMOCRACIA E JUDICIÁRIO: CONDIÇÕES DE UM ENCONTRO POSSÍVEL.....	60
2.3.1	O judiciário como extensão da decisão política e a crise da democracia	64
2.3.2	A relação judiciário-democracia requer submissão dos juízes à lei	71
3	JUÍZES E SEUS INTERESSES	79
3.1	ASSOCIAÇÕES DE JUÍZES E SIMBIOSE COM TRIBUNAIS.....	81
3.2.	A “LÓGICA DO JUIZ” NAS NOTAS PÚBLICAS DA AMB.....	88
3.3	SOCIALIZAÇÃO E AS VÁRIAS “ESCOLAS” DOS JUÍZES.....	96
3.4	ISOLAMENTO POLÍTICO E VIDA ASSOCIATIVA.....	107
4	QUE CONTROLE? O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA EM AÇÃO ...111	
4.1.	O CNJ COMO REGULADOR: INFORMAÇÕES E ANÁLISES PRELIMINARES.....	113
4.1.1	Classificando as resoluções	125
4.2	CONTROLE DO CUMPRIMENTO DOS DEVERES FUNCIONAIS E OS ATOS “EMINENTEMENTE JURISDICIONAIS”.....	136
4.2.1	Quais deveres funcionais?	142
4.3	EXCESSO DE PRAZO: O QUE O CNJ CONTROLA?.....	150
4.4	AS POLÍTICAS DO JUDICIÁRIO E A POLÍTICA JUDICIÁRIA.....	157
4.4.1	O caso da Resolução 07 – Nepotismo	170
4.4.2	O caso da Resolução 61/2008 – Sistema Bacenjud	175

4.4.3	O curioso caso do PCA 642 (0300052-35.2009.2.00.0000).....	178
3.4.4.	O caso da Recomendação 44/2013 (atual Resolução 391/2021).....	180
5	O CNJ MODELADO PELO STF. RELAÇÃO AMBÍGUA. QUEM CONTROLA QUEM?.....	186
5.1	QUE CONTROLE? A DICOTOMIA CONTROLE EXTERNO, INTERNO, E A POSIÇÃO INSTITUCIONAL DO CNJ NO JULGAMENTO DA ADI 3367.....	191
5.2	A POSIÇÃO INSTITUCIONAL DO CNJ – E A BATALHA DA COMPETÊNCIA.....	204
5.2.1	Assumindo, repelindo e modulando a competência – o caso da Pet 4770 e seus antecedentes:.....	206
6	PERSPECTIVAS DO CONTROLE DO JUDICIÁRIO E DEMOCRACIA NO BRASIL.....	217
6.1	A DEMOCRACIA BRASILEIRA REQUER CONTROLE DO JUDICIÁRIO?..	225
6.2	SUPERAR O BLOQUEIO E A AUTOPROGRAMAÇÃO.....	242
6.3.	NEM INTERNO, NEM EXTERNO: CONTROLE POLÍTICO DO JUDICIÁRIO.....	246
	CONCLUSÕES.....	250
	REFERÊNCIAS.....	253

1. INTRODUÇÃO

A crescente participação de juízes e tribunais na vida política do país – fenômeno que se estende ao menos por toda parte ocidental do globo – tem evidenciado, como contraface, a discussão sobre as causas e consequências desse crescimento, sobretudo refletindo os efeitos da ação de oficiais não eleitos sobre aquilo que tradicionalmente chamamos de democracia.

No Brasil essa questão tem sido frequentemente tratada em trabalhos e pesquisas acadêmicas sobre o controle de constitucionalidade, tanto de cunho descritivo como prescritivo, especialmente quanto à atuação e decisões do STF. E também tem reverberado em polêmicas no campo político, por muitas vezes ampliando a originária e sempre presente “tensão” entre aqueles que personificam, como agentes, os poderes do Estado.

A proposta do presente trabalho toma em consideração essas preocupações, que enfatizam o problema do controle da constitucionalidade, mas enfoca mais detidamente outro aspecto do controle, o controle político do poder judiciário em toda a extensão da sua ação efetiva, de juízes e tribunais, aqui considerados como parte da autoridade do Estado, organizada na Constituição, e portanto tomando como subjacente a ideia – cuja raiz remete ao constitucionalismo liberal – de que todo poder deve ser controlado. A necessidade de existência de mecanismos de controle do exercício do poder pelo judiciário é tomada como um pressuposto à democracia, visto que, tanto a separação de poderes como a ação de juízes e tribunais pode se dar em contextos políticos e arranjos de poder democráticos e não democráticos.

A preocupação principal do trabalho foi centrada em analisar a capacidade de o Conselho Nacional de Justiça realizar tal controle de modo a adequar – ou ajustar – a ação do judiciário às condições da democracia no Brasil. A pergunta-problema de pesquisa foi formulada assim: o Conselho Nacional de Justiça representou uma efetiva possibilidade de controle do judiciário capaz de torná-lo adequado às condições e exigências da democracia contemporânea no Brasil? E a hipótese inicial foi de que: tanto pela sua posição na estrutura institucional constitucionalmente estabelecida, no interior do Judiciário, como pelo seu desenho institucional, e em sua atuação concreta, o Conselho Nacional de Justiça não logrou tornar-se um

mecanismo capaz de exercer o controle do judiciário ao ponto de adequá-lo e fazê-lo corresponder às exigências e condições da democracia contemporânea no Brasil.

Buscando dar resposta ao problema apresentado, e ao mesmo tempo reduzir a generalidade da hipótese suscitada, o desenvolvimento da pesquisa revelou questões jurídico-políticas de grande complexidade. A principal delas diz respeito à dificuldade de conciliar, em termos teóricos e práticos, democracia com separação de poderes e especialmente democracia com a perspectiva de um judiciário teoricamente alçado à posição de sustentáculo do Estado de direito, ainda que com evidentes sacrifícios da democracia. Democracia diz respeito à escolha de governantes e à sua permanência ou não nos cargos (ou como mecanismo para processar conflitos econômicos, sociais e políticos) e não sobre a realização do programa político do constitucionalismo liberal – cuja racionalidade foi atualizada pelo neoconstitucionalismo – que elegeu juízes e tribunais como trincheira de seus valores morais e portadores de uma capacidade política etérea e que claramente remete à autocracia.

A questão também envolve a posição que juízes tem e a que imaginam ter na estrutura de poder do Estado, e como a política se move na direção do judiciário sempre que crises de poder surgem e colocam em questão os limites da democracia representativa: o bloqueio de saídas em direção à soberania popular se faz legitimando um soberano institucionalizado e, a rigor, não democrático – o judiciário. Assim, controlar o judiciário, ou mais especificamente, controlar juízes e tribunais, e o modo como esse controle ocorre, diz muito sobre a realização e as condições da democracia, especialmente se o judiciário passa a ser utilizado como arena institucional para processar conflitos políticos.

Então a análise empreendida leva em conta essas constatações, buscando verificar a composição constitucional e a estrutura institucional em que o Conselho, como órgão de controle, foi inserido, a qual definiu grande parte de sua capacidade de margem de ação. E também procura entender o modo como essa inserção foi modulada, seja pelo STF, seja pelos próprios juízes e tribunais, ao lidarem com o CNJ como um órgão institucional integrante do próprio poder Judiciário.

Nesse último aspecto, ponto de particular destaque diz respeito às leituras sobre a independência dos juízes e tribunais e o modo como essas interpretações, de dentro e de fora do judiciário, moldaram um poder não sujeito a controles. A imagem

de que tudo que juízes fazem é jurisdição, de um lado oculta as funções e posições políticas do judiciário, e de outro serve de anteparo para qualquer defesa de que ele seja objeto de controle social ou político. A pesquisa revelou que o Conselho Nacional de Justiça foi, desde o princípio, desenhado sob forte influência das corporações, e sua modelagem foi arrematada pelo STF e pelo próprio Conselho, o qual evoluiu de uma perspectiva de controle para uma posição de órgão de *autogoverno* do judiciário. Em síntese, realizando e reforçando a autoprogramação do poder e limitando ou impedindo a realização de controle sobre seu exercício.

O trabalho foi estruturado em cinco capítulos para lidar com essas questões da maneira mais aprofundada possível, sempre preocupado em responder ao problema do controle criado pela Emenda 45 e seu alcance:

O primeiro capítulo trata da relação possível entre a ação do judiciário – como exercício do poder de julgar – com a democracia, a partir da identificação de uma constante tensão e disputa entre os poderes, ao contrário da visão tradicional de harmonia e equilíbrio legada pela teoria dos checks and balances. Nele são apresentados os fundamentos teóricos e a perspectiva do trabalho, e um breve percurso da relação possível entre judiciário e democracia.

O segundo capítulo é uma abordagem sobre a construção dos interesses comuns dos juízes e seu amálgama através da socialização. Há uma análise sobre a relação entre vida associativa da magistratura e institucionalidade dos tribunais, a demonstrar a existência de uma simbiose, gestada sobre uma confusão entre interesses de corporação e ação institucional. O mesmo fenômeno é demonstrado também no tocante às escolas da magistratura, e, na combinação de ambos os fatores, a tendência à autorreprodução e autoprogramação.

O terceiro capítulo apresenta uma leitura da atuação do Conselho Nacional de Justiça. Uma parte da análise enfoca as resoluções como atos normativos preponderantes do Conselho e seus conteúdos, realizando uma classificação de tais atos e mostrando como e se eles representam efetiva ação de controle sobre o judiciário. A outra parte investiga a caracterização de todos e quaisquer atos de juízes e tribunais como atos de jurisdição, bloqueando o controle, sobretudo quanto aos deveres funcionais dos juízes. E por fim se desenvolve uma análise sobre a política

judiciária – ou políticas judiciárias – demonstrando o processamento e assimilação interna ao judiciário, como jurisprudência, daquilo que deveria ser ato de controle.

No quarto capítulo há uma análise sobre o papel desempenhado pelo STF na configuração do CNJ, nos debates prévios à Emenda 45, mas especialmente a partir do julgamento da ADI-3367. Essa análise busca desconstruir a falsa dicotomia interno-externo no debate sobre o controle, ao mesmo tempo que considera como o STF construiu uma posição institucional ao CNJ que não corresponde necessariamente àquela definida na Constituição.

O capítulo final, quinto, tem um conteúdo prescritivo. Colocando em perspectiva o controle do judiciário, ele apresenta pontos críticos a serem superados e demonstrando que o modelo de controle definido na EC 45 e modulado pelo STF não é o único constitucionalmente possível. No essencial, constata a relativa impossibilidade de o CNJ ser instrumento de controle, e aponta na direção do controle político das decisões sobre a administração da justiça.

2. SEPARAÇÃO DE PODERES E A RELAÇÃO POSSÍVEL ENTRE DEMOCRACIA E JUDICIÁRIO

Uma ideia comumente difundida associa a existência de poderes estatais separados com democracia, e por decorrência a existência das instituições do poder judiciário com a democracia. Mas em que medida é possível relacionar separação de poderes com democracia? Em que medida a existência de instituições do Estado exercendo aquilo que é descrito como o *poder de julgar* correspondem, em algum grau, à existência de um Estado e uma sociedade democráticos?

Com frequência, nos debates acadêmicos e públicos, separação de poderes e democracia são apresentados como faces de uma mesma moeda, de modo que pareça compreendido que um Estado democrático é um Estado de poderes separados, que eles são três, um dos quais é o poder de julgar, e que a existência de poderes separados é *condicio sine qua non* da democracia. No entanto, bem vista, a separação de poderes, como lembra Karl Lowenstein (1979) “nem é essencial para o exercício do poder político, nem representa uma verdade válida para todo e qualquer tempo”, situada na posição histórica de protesto ideológico do liberalismo em luta com o absolutismo. (LOWENSTEIN, 1979, pág. 56) Ou seja, embora a existência de poderes separados possa contribuir para a realização da democracia ela não é sua condição nem sua garantia.

Assim também a existência do judiciário como um desses três poderes, incumbidos de assegurar a aplicação da lei aos conflitos surgidos entre indivíduos ou mesmo desses indivíduos com o Estado, em casos particulares, é frequentemente assimilada como uma condição necessária para que dado Estado seja considerado democrático. Mas essa assimilação exige uma adjetivação ao judiciário: independente. Como os membros do Executivo e do Legislativo são eleitos e os do Judiciário não, a condição ideal do poder de julgar é apresentada então sob a ideia de independência, invocada como elemento adicional, determinado então a ideia de que uma condição da democracia é a existência de um judiciário “independente”.

Aponto aqui dois exemplos desse tipo de interpretação, que naturaliza a relação entre poder judiciário e democracia, para adotar como ponto de partida do que se pretende discutir. Luiz Werneck Vianna, analisando o que nomina “A judicialização das relações sociais e da política no Brasil” descreve o poder judiciário como “instituição central à democracia brasileira, quer no que se refere à sua expressão

propriamente política, quer no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social”. (VIANNA et. al, 1999, p. 9). Larry Diamond, em “O espírito da democracia” aponta como condições da democracia a existência de um “poder judicial independente para aplicar a lei imparcial e consistentemente” e, ao mesmo tempo, a necessidade de “controles institucionais sobre o poder dos eleitos [...] pelo sistema judicial e outras agências autônomas”. (DIAMOND, 2015, p. 31)

A parte visível desses argumentos aparentemente nos diz que o judiciário se liga à democracia, em primeiro lugar, pela sua própria e simples existência, separado dos outros dois poderes e exercido por pessoas diversas, na concepção trinitária desenhada no século XVIII por Montesquieu, e, em segundo lugar, por sua independência em relação aos demais, como enfatizado sistematicamente pela doutrina constitucional tradicional. Mesmo quem, como Bruce Ackermann (2014), critica a “santíssima trindade” de Montesquieu, não consegue fugir da força magnética atrativa que, ao menos na parte ocidental do mundo, coloca em evidência o adjetivo *independente* como companhia inseparável do substantivo *judiciário*, dentre as condições da democracia.

Então, o judiciário, como instituição que exerce o poder de julgar, é apresentado como decisivo e “consolidador do estado democrático de direito”, como defende a magistrada Liana Chaib (2013, p. 197)¹. Fábio Konder Comparatto (2004, p. 151) tentando dar um sentido mais específico a essa relação acrescenta que a compatibilidade do judiciário com a democracia viria daquele “prestígio público, fundado no amplo respeito moral, que na civilização romana denominava-se *auctoritas*”. E segue ainda acrescentando que a verificação do “quão democrático é o Poder Judiciário”, é necessário analisá-lo sob “os requisitos fundamentais da independência e da responsabilidade”, (COMPARATO, 2004, p. 151), de modo que acrescenta a responsabilidade (ou responsabilização) como um requisito adicional.

Fecha-se o circuito do raciocínio, então, de uma, potencial, relação do judiciário com democracia a partir da ideia de que esta relação: 1) se baseia na própria existência do poder judiciário como instituição encarregada do exercício do poder de julgar, ou seja, é por sua própria existência como poder e instituição que o Judiciário

¹ A opção pela referência ao texto da desembargadora Liana Chaib não se fez pela eventual força teórica de sua defesa, mas exatamente porque provêm de um membro do judiciário, expressando um modo de ver de sua própria posição no contexto do exercício do poder e daquilo que os juízes consideram como sendo a democracia e seu papel num estado democrático.

estaria em relação com a democracia. 2) se baseia em que tal função esteja separada das demais, ou seja, que o *poder de julgar* seja exercido por pessoas diferentes daquelas que exercem os demais poderes do Estado. 3) e se baseia que ele seja independente, cujo sentido é de que não estaria submetido aos demais poderes do Estado. Analisando especificamente o judiciário, estas seriam as condições para torná-lo correspondente com o “espírito da democracia”².

Assim, especificamente no que toca à participação do judiciário na democracia, ela estaria balizada por três condições: 1) o judiciário existir. 2) existir como uma instituição separada das demais do Estado. 3) ser independente dos demais poderes/instituições. Mas é justo considerar que muito desta distinção se estrutura sobre um raciocínio formal, que Carl Schmitt criticou como lógica subjacente à ideia de justiça: “justiça é o que um juiz faz, o seja, tudo o que um juiz faz é justiça”; e na sequência especificamente sobre a independência: “o juiz é independente, ou seja, toda pessoa que é independente é um juiz, assim, tudo o que um órgão independente faz sob a proteção de sua independência é justiça”. (SCHMITT, 2007, p. 57)

O mesmo formalismo, aplicado à relação do judiciário com a democracia, poderia ser assim apresentado: uma democracia pressupõe a existência de um poder de julgar exercido por instituições/órgãos separados dos demais e independentes deles, e a existência de instituições/órgãos separados dos demais e independente deles, exercendo o poder de julgar, é condição necessária para considerar que um Estado e uma sociedade são democráticos. Não se foge da sensação de um argumento circular. Está claro que há outras condições para a democracia, e o judiciário independente não é apresentado como a única ou mesmo a mais importante; o objetivo aqui é questionar em que sentido um poder judiciário independente corresponde a uma condição da democracia ou pode contribuir com ela.

Situações de fato podem colocar esse raciocínio lógico em questão. No Brasil, de 1964 a 1985, o judiciário existiu, ele esteve sendo exercido por órgãos/instituições separados das demais do Estado, e – se por independência entendemos a não intervenção dos demais poderes sobre os julgamentos dos juízes – também independente. Nem por isso conseguimos afirmar que estávamos em uma democracia. Num outro exemplo, Ingeborg Maus (2010) demonstra que durante o

² A expressão “espírito da democracia” é utilizada tanto por Larry Diamond, a cuja obra - citada nas referências – dá nome, como por Fábio Konder Comparato.

predomínio nazista na Alemanha houve um reforço da ideia de independência dos juízes, num nível tal a libertá-los das “muletas da lei”, ajustando o judiciário ao ambiente de subversão da ordem democrática. Ou seja, juízes e judiciário independentes pode conduzir, como conduziram, a uma subversão da democracia e da soberania.

O objetivo deste capítulo é averiguar a relação possível entre Judiciário e democracia. Não há dúvida quanto à existência de julgamentos, ou seja, de atos do Estado que representem a compatibilização entre fatos concretos ocorridos e as leis existentes – aquilo que na atribuição de Montesquieu é descrito como “poder de julgar” e que isso possa contribuir para a para a continuidade democrática; em que sentido e como podem contribuir para isso é o ponto de dúvida. Portanto, o pressuposto é que o exercício do poder de julgar pode se inserir em um modelo democrático de separação de poderes ou em modelos não democráticos de separação, conforme apontado por Ingeborg Maus (2010). Minha questão, portanto, neste capítulo, é verificar, em que medida, a existência de órgãos encarregados de exercer o julgamento, separados dos demais órgãos do Estado, são correspondentes ou podem corresponder com democracia.

2.1. ORIGENS HISTÓRICAS E DESENVOLVIMENTO DA SEPARAÇÃO DE PODERES: A LUTA PELO PODER POLÍTICO COMO BASE DA SEPARAÇÃO

Os conteúdos da palavra *poder* podem ser tão diversos quanto diversos forem os pontos de partida para a sua análise. É possível analisar poder em sua textura formal e interna, como o faz Michel Foucault (2008), ou por sua expressão exterior ou simbólica como o faz Pierre Bordier (1989). Ou ainda pela ótica dos que voluntariamente se submetem a algum exercício de poder como o descreve Etienne de La Boétie (2006) ou pela ótica dos que devem exercê-lo como revelou Maquiavel (1974). Destes, o último é talvez mais próximo da questão do poder do Estado em sua feição política, nua e concreta, pois em correspondência com um momento real de transição histórica do fenômeno do poder.

A pista de Foucault, no entanto, é importante para a análise a ser aqui empreendida. Sua visão do poder como prática social, ou seja, como algo constituído historicamente serve como um ponto de partida fundamental para a compreensão do objeto *separação de poderes*. Não há poder ou poderes em si, como fatos naturais. Mas poder ou poderes como relações de poder. Ou, como bem o demonstrou K. Marx, como o resultado das relações econômicas, que fazem com que os indivíduos entrem “em determinadas relações sociais e políticas”. (MARX e ENGELS, 2002, p. 21).

Uma revisão de cunho filosófico ou mesmo epistemológico do significado do vocábulo poder foge ao escopo deste trabalho. Está claro que estamos falando de poder do Estado, ou estabelecido no Estado. Maurice J. C. Vile, referindo-se especificamente aos usos no campo da ciência política, afirma a ambiguidade do termo, que para ele pode ser usado em ao menos cinco sentidos diversos, sugerindo, que, quando da análise do poder estatal e sua distribuição, na medida do possível, o uso seja limitado e substituído por “sinônimos apropriados” como “pessoa”, “agência” ou “função” quando no trato da temática da separação de poderes. (VILE, 1966, p. 13-14)

O objetivo aqui é analisar o poder político do Estado em movimento, em sua textura de fenômeno social complexo, mais do que de fato. Ou seja, o poder como relação de poder e, portanto, compreendido a partir das instituições construídas pelo homem para administrar e circunscrever o conflito político. Focalizando especificamente, como a disputa pelo poder político, ou seja, pela decisão, foi determinante para a ideia de divisão dos poderes do Estado e como essa disputa, permanece, moldando essas instituições.

Maurice J.C. Vile diz que longa história da doutrina da separação de poderes “reflete o desenvolvimento de aspirações dos homens, por séculos, por um sistema de governo em que o exercício do poder governamental esteja sujeito a controle”. (VILE, 1966, p. 21). Como o controle é exercido e quem controla são objetos da controvertida história da teoria da separação, como se verá. E tão relevante quanto o desenvolvimento dos mecanismos e procedimentos do exercício do poder, ou seja, o *como* o poder pode ou deve ser controlado, é a questão da luta subjacente a esses aparatos formais, quanto ao elemento objetivo do controle, ou seja, a disputa sobre *quem* pode ou deve controlá-lo. Em suma, se parte da ideia de que a relação

predominante na estruturação da separação de poderes não é de harmonia e entendimento e sim de tensão e disputa.

A concepção de Vile (1998) expressa a perspectiva de como as instituições que estruturam a ideia de poderes separados serviria à garantia da liberdade. Nesse caso, a preocupação com o controle denota instituições neutras exercendo e assegurando controles do governo para o exercício de garantias liberais, ou seja, o poder controlado em nome da máxima liberdade. Mas por trás de sua história da teoria da separação de poderes e do “como” se controla o poder, aparece, de forma evidente a disputa sobre “quem” controla o poder. A separação dos poderes foi pensada como um meio elementar para que o poder seja controlado, mas ela surge num contexto histórico próprio, e não como um modelo ideal e definido, estanque quanto aos seus contornos, como afirma Gilberto Bercovici:

No mesmo sentido, o célebre artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26.08.1789 não propõe um modelo ideal para toda e qualquer Constituição, como muitos chegaram a interpretar. Pelo contrário, trata-se de uma afirmação de que a França, naquele momento, estava sem Constituição, pois todo o poder estava concentrado nas mãos do Rei e, portanto, competia à Assembléia Nacional elaborar uma Constituição para os franceses em que se garantissem os direitos individuais e a separação de poderes, novamente, no sentido de não concentração de todas as funções estatais nas mãos de uma mesma pessoa. (BERCOVICI, 2005, p. 189)

É na Guerra Civil Inglesa que M.J.C. Vile (1998) situa o momento marcante de estruturação do pensamento ocidental sobre a separação dos poderes. É sobre a disputa entre o rei e o parlamento, e entre as duas casas do parlamento, que se coloca de modo consistente pela primeira vez a formulação teórica e política sobre a separação dos poderes, numa contenda que envolve também e nitidamente uma decisiva transição quanto ao controle e exercício do poder judicial (ou poder de julgar), ainda segundo Vile (1998).

Antes porém, Vile (1998) faz uma importante recomposição do percurso histórico de surgimento da doutrina da separação de poderes. No início do período medieval, a legislação era algo equivalente a uma parte do procedimento judicial. Essa perspectiva – estranha para qualquer visão contemporânea da questão – decorria da ideia de que a lei correspondia a um padrão imutável de inspiração divina, que aos

homens cabia apenas interpretar e aplicar³. Sendo a lei humana uma inspiração divina ou da lei de Deus, as funções de governo não implicavam “fazer” leis, e se resumiriam a uma função, que hoje chamado de “judicial”, de aplicar e interpretar a lei. Até mesmo a “participação do parlamento na promulgação da lei era vista como um aspecto dessa função judicial do governo”. (VILE, 1998)

A Guerra Civil modifica este cenário pois, ao seu tempo “está claro que uma das coisas que está sendo defendida é um ‘poder legislativo’ para fazer ou desfazer as leis positivas da Inglaterra”. (VILE, 1998, p. 28). Apesar disso, a visão de que a principal função do governo continuava ser a de distribuir – ou *administrar* – justiça permaneceu:

Portanto quanto no século XVII a distinção entre “poderes” legislativo e executivo estava mais claramente formulada no contexto da batalha entre o Rei e o Parlamento, era como subdivisões da função judicial basilar que esses dois “poderes” eram vistos. (VILE, 1998, p. 28)

A distinção entre executivo e legislativo se insere nessa “batalha” entre o rei e o parlamento. A batalha entre o rei o parlamento não era uma disputa entre instituições neutras, como as leituras contemporâneas podem fazer parecer, era a batalha pela definição de quem exerceria o poder de interpretar e aplicar a lei, mas também, na emergência da teoria da soberania, como o poder para fazer a lei. A ideia de um poder propriamente legislativo, independente da vontade do monarca, surge do desejo de limitar o poder do rei por uma lei que ele em si não fez. (VILE, 1998, p. 29)

Maurice Vile apresenta a teoria de Jean Bodin como fundamental neste processo, visto que ela reivindica a autoridade do rei não apenas para interpretar e

³ “No início do período medieval esta ideia de construção da lei por uma agência humana estava subordinada à visão de que a lei era um padrão fixo e imutável do costume divinamente inspirado, que deveria ser aplicada e interpretada pelo homem, mas não *modificada* por ele. De modo que quando os homens estavam preocupados com a “legislação” eles estavam de fato declarando a lei, esclarecendo o que a lei realmente era, não criando-a. Legislação era de fato parte do procedimento judicial. A lei era vista como uma encarnação da lei de Deus nos costumes da comunidade, e a ação do Rei em seu Conselho, fazendo declarações formais da lei era visto como atos de esclarecimento. Só poderia haver, portanto, uma única ‘função’ de governo – a função judicial; todos os atos de governo eram de algum modo justificados como aspectos da aplicação e interpretação da lei” (VILE, 1998, p. 26-27). No original: “In the early medieval period this idea of making law by human agency was subordinated to the view that law was a fixed unchanging pattern of divinely-inspired custom, which could be applied and interpreted by man, but not *changed* by him. In so far as men were concerned with “legislation” they were in fact declaring the law, clarifying what the law really was, not creating it. Legislation was in fact part of the judicial procedure.” Law was seen as the embodiment of the law of God in the custom of the community, and the actions of the King in his Council making formal statements of the law were seen as clarificatory acts. There could, therefore, be only one “function” of government—the judicial function; all acts of government were in some way justified as aspects of the application and interpretation of the law.

aplicar as leis, mas também para dar novas leis aos seus súditos. O que o leva a concluir que “assim estava montado o cenário para um século dezessete de disputa pelo controle do poder legislativo” (VILE, 1966, p. 29)⁴. A ênfase na disputa é apresentada por também quando menciona a visão de Marcílio de Pádua quanto ao poder político e seu exercício, muito embora Marcílio visse a totalidade do poder do Estado como poder judicial:

For Marsilius still saw the over-all function of government as judicial, the settlement of disputes." but he distinguished the "parts" of the State in a way that was quite different from that of earlier writers. (VILE, 1998, pág. 30)⁵

Noutra passagem, M.J.C. Vile (1998) lembra que ainda no século XVI a necessidade de se ter juízes independentes foi apresentada também por George Buchanan e por Richard Hooker, o qual teria afirmado que em casos de crime ou traição o rei não poderia ser o juiz pois seria parte no pedido. Embora aqui não apareça a menção à disputa do poder decisório a questão está subjacente na medida em que procura limitar ou evitar determinados exercícios de poder pelo rei.

O que a descrição de Vile revela é que historicamente a funções legislativa e executiva, foram vistas, em algum momento, como parte de uma grande função judicial, que gravitava em torno da lei divina. Essa posição é própria do Estado pré-moderno e é evidenciada também no Brasil colônia no estudo de Stuart B. Schwartz sobre a função dos juízes no exercício do governo e controle da colônia pela coroa portuguesa, mostrando como a burocracia do Império português tinha “como centro vital uma organização judiciária formada por magistrados profissionais cuja vida, posição social e perspectivas estavam inextricavelmente ligadas ao governo”. (SCHWARTZ, 2011, p. 18) Em suma, o exercício do governo era visto como uma função judicial.

Em segundo momento, a busca pela separação, na Inglaterra, vai colocar a função legislativa (ou original) na Câmara dos Comuns, a função Judicial na Câmara dos Lordes, e a função executiva no Rei, evidenciando o deslocamento e a batalha

⁴ No original: “[...] thus the stage was set for a seventeenth century contest for the control of the legislative power”. (p. 29)

⁵ “Pois Marcílio ainda via a função geral de governo como judicial, como solução de disputas. Mas ele distinguiu as ‘partes’ do Estado de uma forma que era bastante diferente daquela dos escritores anteriores”. (Tradução nossa)

pelo exercício dessas funções. O momento marcante, no entanto, do surgimento da ideia de uma tripla divisão de poderes está, como dito, ligado à Guerra Civil inglesa, revelando novamente a ligação do surgimento da doutrina da separação de poderes com a tensão que se forma na definição sobre a quem pertenceria o poder, em um momento de contestação social e política: “o caldeirão da Guerra Civil acelerou a evolução das ideias de funções do governo e as formatou em duas correntes principais”. (VILE, 1998, pág. 36). Ainda:

By the time of the English Civil War one of the fundamental elements in the doctrine of the separation of powers, an abstract classification of the functions of government into two or three categories, had been developed to a high degree under the impact of the contest between King and Parliament. (pág. 36)⁶

Para Vile (1998) as ideias que levariam ao desenvolvimento da teoria da separação de poderes, colocando as funções do Estado nas mãos de diferentes pessoas ou grupos de pessoas foi buscada na teoria do governo misto. E embora ele considere que a “base de classe” própria do governo misto estaria ausente na doutrina pura da separação de poderes seria “falso afirmar que a última não tem qualquer viés de classe”. (VILE, 1998, p. 37)

Sua observação sobre o que descreve como “viés de classe” é, em muitos sentidos, baseada sobre o problema do controle da soberania, em sentido semelhante àquele que será mais tarde apresentado pelos federalistas norte americanos e sua preocupação com a eventual tomada do poder político por uma maioria popular. Pois ele claramente vai identificar o legislativo como o poder soberano:

The battle for the control of the "chief mark of sovereignty," the legislative power, may be won by the proponents of popular rule, but there are methods of ensuring that this power is subjected to limitations, one of them being the maintenance of the bicameral system, another the decentralization of the government under a federal constitution, and the third the separation of functions among different agencies so that movements of popular opinion in the legislature can be slowed down by the other branches of government. (VILE, 1998, p. 37)⁷

⁶ “Ao tempo da Guerra Civil Inglesa um dos elementos fundamentais na doutrina da separação dos poderes, uma abstrata classificação das funções do governo em duas ou três categorias, foi desenvolvido em um alto grau sob o impacto da luta entre o Rei e o Parlamento”. (tradução nossa)

⁷ “A batalha pelo controle do ‘símbolo principal da soberania’, o poder legislativo, poderia ser vencida pelos defensores do governo popular, mas haveria métodos para assegurar que este poder estaria sujeito a limites, um dos quais pela manutenção do sistema bicameral, outro a descentralização do governo sob uma constituição

O termo “batalha” aparece novamente a revelar a percepção de que por trás da separação está uma tensão sobre quem – em termos econômicos, políticos e sociais – exercerá o poder, mais do que sobre como o poder será exercido, inobstante a imbricação entre a forma *separação* e o conteúdo *exercício do poder*, como se está a ver. É uma batalha pelo exercício da soberania, ou da decisão soberana.

VILE (1998) identifica então que a transição de uma visão do governo misto, cujo conteúdo era dado pelo componente de classe, para a teoria da separação dos poderes, aparentemente neutra em relação às classes – embora ele próprio não utilize a ideia de neutralidade – vai se dar sobre dois passos decisivos: 1) a insistência em que cada agência especificamente exerça uma específica função. 2) o surgimento (criação) de um ramo judicial independente, à margem do Rei, da Câmara dos Lordes ou da Câmara dos Comuns. Em sua visão, uma questão foi decisiva para tal: a atribuição de funções distintas às diferentes representações do governo e a dificuldade de uma transição a partir das três representações do governo⁸ própria do governo misto – Rei, assembléia da Aristocracia e assembléia Popular, visto que elas não corresponderiam aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na teoria da separação dos poderes. (1998, págs. 39-41)

A expressão “disputa” reaparece na descrição feita por ele, na medida que reconhece que foi a “eclosão de hostilidades abertas entre o Rei e o Parlamento” que determinou concretamente a tentativa dos teóricos de definir as funções dos elementos de governo. E que a “disputa entre o Rei e o Parlamento” produziu “impacto sobre o pensamento constitucional” que iria repercutir não só no século XVI mas também nos séculos seguintes. (VILE, 1998, pág. 43)

Norberto Bobbio explicita a mesma ideia de disputa ao analisar a posição de Hobbes e seu raciocínio sobre a indivisibilidade da soberania:

Sabemos muito bem qual é a situação histórica da qual nasce a reflexão hobbesiana: a disputa entre o rei e o parlamento, na Inglaterra, que deu origem à guerra civil, isto é, à dissolução do

federal, e o terceiro a separação das funções entre diferentes agências de modo que os movimentos da opinião popular sobre o legislativo poderia ser contidos pelos outros ramos do governo” (tradução nossa)

⁸ Traduzi o termo “agencies” (agency) livremente como “representações do governo”, por uma razão: os dicionários, tanto os que traduzem do inglês para o português como os que contém a explicação da expressão em sua língua original, apresentam a expressão “agency” em seu sentido contemporâneo, de organização ou departamento do governo. Aqui está claro que Vile utilizou uma expressão contemporânea para um fenômeno do século XVI ou XVII

Estado. Hobbes considera responsáveis por essa dissolução aqueles que sustentaram, de diversos modos, a divisão do poder soberano do monarca e o corpo legislativo. (BOBBIO, 1985, p. 112)

Retornando a Vile, para ele, o momento de superação fático e teórico da teoria do governo misto coincide com o momento ápice da Revolução e a execução do rei Carlos I, demarcando o momento em que a teoria da separação dos poderes aparece finalmente “sobre seus próprios pés” (pág. 52):

The execution of the King, and the abolition of the House of Lords, destroyed the Institutional basis of the theory of mixed government, and any justification of the new constitution which was to be framed for England would have to rest upon a different theoretical basis. In 1653 the *Instrument of Government* instituted England's first written Constitution, and in the official defence of this constitution, entitled *A True State of the Case of the Commonwealth*, we find the doctrine of the separation of powers standing on its own feet, claiming to be the only true basis for a constitutional government. (VILE, 1998, pág. 52)⁹

Se a Guerra Civil inglesa dera razão e necessidade ao surgimento da teoria da separação dos poderes, deixando de lado a antiga teoria do governo misto, a Restauração iria determinar o retorno da teoria do governo misto, mas com nuances, visto que as consequências da “batalha entre o Rei e o Parlamento” foram fazer ressurgir a antiga teoria (do governo misto) com modificações que dariam forma à ideia de “constituição balanceada”. (VILE, 1998, p. 58)

É importante notar (e anotar) que a ideia de uma tripla divisão, que Vile remete à teoria do governo misto, foi sustentada por Carlos I em suas “Respostas às dezenove proposições”, no que enfatizou a importância de um “poder de julgar”¹⁰ da Casa dos Lordes, enquanto os anti-monarquistas haviam enfatizado uma dupla separação entre as funções de legislação e execução.

⁹ “A execução do Rei, e a abolição da Casa dos Lordes, destruíram as bases institucionais do governo misto, e qualquer justificativa para a nova constituição que deveria ser construída para a Inglaterra teria que se assentar sobre uma base teórica diferente. Em 1653 o *Ato de Governo* instituiu a primeira Constituição escrita da Inglaterra, e na defesa oficial desta constituição, intitulada *Uma verdadeira condição da causa da comunidade*, nós encontramos a doutrina da separação dos poderes colocada sobre seus próprios pés, reivindicando ser a única base verdadeira para um governo constitucional” (tradução nossa)

¹⁰ Traduzi “judicative power” como “poder de julgar” por entender que a expressão é mais adequada ao momento histórico, dado que não havia ainda uma conformação institucional do que chamamos de “poder judicial” ou “poder judiciário”. Ademais “poder de julgar” é também a expressão utilizada por Montesquieu em seu capítulo de “O espírito das leis”.

Para Vile (1998) foi Locke quem produziu uma reconciliação entre a ideia de supremacia do legislativo e a teoria da separação de poderes, que serviu ao estabelecimento da chamada “constituição equilibrada”, numa combinação entre as teorias do governo misto e da separação de poderes. As expressões “batalha” “luta” ou “disputa” não aparecem em Locke, mas por uma razão bastante simples: toda sua construção teórica em “Dois tratados sobre o governo” é, em si, um instrumento da “batalha” teórica e ideológica contra a monarquia absolutista e na defesa do direito de propriedade e da proposta política da burguesia. Por isso mesmo, para ele, o poder de fazer as leis é supremo, “mas não é, nem pode ser em absoluto, arbitrário sobre a vida e os haveres do povo”. (LOCKE, 1998, pág. 504)

É assim que Locke, ao tratar da *prerrogativa* do príncipe, revela então a disputa quanto ao exercício do poder, confrontando o povo e o monarca:

E, portanto, tem noção muito equivocada do governo aqueles que afirmam que o povo *usurpou a prerrogativa* ao fazer que as leis positivas definissem qualquer parte dela. Pois, em o fazendo, não tomou o povo do príncipe coisa alguma que por direito pertencesse a este, mas apenas declarou que o poder que antes fora deixado indefinidamente nas mãos dele ou de seus ancestrais para ser exercido para o bem do povo não era algo que se pretendesse conferir ao príncipe para que o utilizasse com vistas a qualquer outro fim. (LOCKE, 1998, p. 531)

Ao reivindicar o “consentimento” do povo como um elemento chave do exercício do poder, e considerar que o esse consentimento é dado através da elaboração das leis no legislativo, como poder “supremo”, Locke claramente estrutura o ponto mais elevado de desenvolvimento do pensamento liberal burguês em sua batalha pelo poder político com a monarquia. Funda também uma perspectiva democrática para a soberania, colocada claramente sobre o parlamento.

Embora se possa, como dito, considerar que toda obra dos “Dois tratados” é fundada em reivindicações que bebem do cenário pós-guerra civil e antecedem a Revolução Gloriosa, e portanto, surgem da disputa de poder entre o rei e o parlamento, como expressão da luta entre o rei e a burguesia, algumas passagens mais também revelam este mesmo sentido do texto de Locke. Nas partes finais do segundo tratado a questão se revela nos capítulos reservados à análise da “Conquista” e depois na análise da “Usurpação”. Aqui, ele considera que a usurpação “constitui uma mudança apenas de pessoas, mas não das formas e regras do

governo”, e por isso mesmo só existe usurpação “quando alguém *se apodera daquilo a que outro tem direito*”. A dicotomia entre o usurpador e o usurpado sinaliza de forma nítida a tentativa de estabelecer demarcações sobre *quem* pode exercer o poder, e *quem* não pode. Basta lembrar que a ideia de usurpação constitui uma das chaves de explicação para as tentativas de limitação do exercício dos poderes, presente na teoria da separação, e que permanece com grande atualidade.

O que pode nos interessar mais nos *Dois Tratados* de Locke, no ponto específico de seu tratamento sobre o Judiciário, é aquilo que para Vile teria sido uma negligência¹¹: o fato de o teórico inglês não ter considerado a função judicial. Efetivamente, tão frequente quanto a menção à Locke como um precursor da teoria da separação é a constatação de que ele teria se referido a apenas dois poderes. Vista com atenção a questão, no entanto, é possível perceber na formulação lockeana um traço sutil e distintivo, mas também bastante significativo do pensamento por ele desenvolvido: Locke vê dois poderes, mas três funções de governo.

Ao descrever os inconvenientes do estado de natureza que precisam ser contornados para assegurar o fim principal da comunidade política – a preservação da propriedade – Locke menciona três fatores para o atingimento desse fim: a) uma *lei estabelecida*, fixa e conhecida; b) um juiz *conhecido e imparcial*; c) um *poder* para apoiar e sustentar a sentença quando justa e dar a ela a devida *execução*. Ele os lista nessa ordem. E embora, nesse ponto específico do texto, não utilize a palavra *poder* na sua menção à lei, a referência aparece a todo tempo, já que para ele aquele que detém o “poder legislativo” detém um poder “supremo”. Para Ingeborg Maus (2010) esse pensamento de Locke representa uma versão democrática da separação de poderes que não é encontrável na formulação de Montesquieu. É sintomático que, para Locke, que via o legislativo como expressão da soberania, a palavra *poder* não apareça associada aos juízes, como se vê, embora ele reconheça três funções para o Estado/sociedade política.

¹¹ “A principal diferença entre Locke e os autores do século XVIII, tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos, foi sua negligência da função judicial”, é a afirmação que faz M.J.C Vile (1998, p. 73). No original: A major difference between Locke and the eighteenth-century writers, both in England and later in the United States, was his neglect of the judicial function.

2.1.1. Sob Montesquieu

O século que separa os eventos revolucionários da Inglaterra e da França não se fez em silêncio no que toca à disputa pelo poder. Como revela Vile (1998), na Inglaterra se desdobram construções teóricas que procuram assentar novas bases de distribuição do exercício do poder na sociedade política. A ideia de separação de poderes, se combina com a teoria do governo misto e dá origem à proposta de constituição balanceada, base para o que mais tarde os *fundadores* nos EUA formularão como *checks and balances*.

Na França, referência ocidental do constitucionalismo, a batalha pelo poder atinge o ápice com a revolução de 1789 e vai revelar seu conteúdo político mais completo na Revolução de 1848. A obra teórica de Montesquieu surgira 40 anos antes, com base nas experiências inglesas. Mas por ora deixemos de lado Montesquieu.

O que melhor revela o conteúdo da luta pelo poder na França é o discurso do abade Joseph Sieyes. O terceiro estado não é *nada*, mas almeja ser *tudo*. Esse *tudo* é o exercício do poder político, até ali na mão da monarquia e da nobreza.

A separação de poderes, encarnada no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, não significa apenas a distribuição do exercício do poder, mas também seu deslocamento na direção daqueles que desejavam agora exercê-lo mais ativamente: o terceiro Estado. “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” diz o artigo da declaração. Não há uma menção a quais seriam tais poderes, e a quem especificamente caberia exercê-los. Sièyes, no entanto, deixa claro que se refere a dois poderes, em seu projeto para a declaração de direitos:

A instituição pública, espécie de corpo político que teria, como o corpo do homem, as necessidades e os meios, deve ser organizada de maneira mais ou menos similar. É preciso dotá-la da faculdade de querer e da faculdade de agir. O Poder Legislativo representa a primeira e o Poder Executivo representa a segunda dessas duas faculdades. O governo se confunde frequentemente com a ação ou o exercício desses dois poderes, mas essa palavra é mais particularmente consagrada à definição do Poder Executivo ou de sua ação. Nada é mais comum que ouvir dizer: deve-se governar segundo a lei; o que prova que o poder de fazer a lei é distinto do governo propriamente dito. (SIÈYES, 2015, p. 92)

Sièyes teoriza sobretudo sobre uma outra divisão do poder, que dá base à ideia de poder constituinte. Suas conclusões são conhecidas por atribuir tal poder à nação – ao terceiro estado na verdade – e seu exercício aos representantes desta. A formulação mais conhecida de seu pensamento é exatamente aquela em que faz a distinção – entre o poder constituinte e o poder constituído. O significado dessa distinção é muito forte para a ideia de separação de poderes, sobretudo porque se sobrepõe a ela, já que toda divisão de poderes entre executivo, legislativo e judiciário, diz respeito aos poderes constituídos, mas não ao poder constituinte, que permanece no povo.

A teoria do abade Sièyes é marcante e contém um importante elemento para a formulação de uma perspectiva democrática do exercício do poder. Sua distinção entre poder constituinte e poder constituído faz lembrar que a problemática do controle do poder do Estado não pode ser reduzida ao pretense equilíbrio produzido por poderes que freiam e limitam e, portanto, controlam um ao outro. Na distinção por ele promovida, o controle ganha um significado diverso, visto que, se de um lado os poderes constituídos exercem controle uns sobre os outros, é ao povo que pertence o controle sobre todos eles, mantendo em si o poder constituinte.

A construção de Montesquieu antecede os fatos concretos da Revolução Francesa. Mas sua construção teórica era indiferente à disputa política daquele momento da história? M.J.C. Vile (1998) busca enfatizar o caráter de cientificidade com que foi concebida a fórmula da separação apresentada por Montesquieu:

Quando o trabalho apareceu ele era claramente, não uma peça transitória de propaganda política, como tinham sido muitos dos escritos que nós temos analisado – ele era o resultado de vinte anos de preparação, e foi concebido como um estudo científico do governo, abrangendo a completa extensão e largura da história, e justificando todos os fatores que afetam a vida política do homem”. Nessa perspectiva, essa “abordagem científica” deixava de lado “gostos ou desgostos pessoais. (VILE, 1998, p. 84)¹²

¹² No original: When the work appeared it was clearly not a piece of transient political propaganda, as had been many of the writings we have so far surveyed-it was the result of twenty years of preparation, and was intended as a scientific study of government, encompassing the whole length and breadth of history, and accounting for all the factors affecting the political life of man.

Alysson Mascaro (2022), no entanto, considera que em Montesquieu “a busca burguesa por construir a política a partir do império das leis [...] encontra aqui sustentação teórica”. E contrapondo-se ao pretensão caráter científico de seu trabalho:

Ocorre que, em diferença do mais rigoroso espírito dos iluministas burgueses, fundado numa racionalidade principiológica e normativa de pretensões universais, Montesquieu guarda ainda um traço antigo, prudencial, de fazer ressaltar as inclinações, as experiências e os costumes já estabelecidos de cada nação. Seu próprio modelo argumentativo aponta mais para a sugestão, o aconselhamento, a sugestão, que propriamente à ciência. (MASCARO, 2022, p. 59)

Fato é que, navegando por construções como aquela já mencionada de Locke, e pela própria experiência concreta do estudo, que o levou a permanecer longo período na Inglaterra, tendo a Constituição inglesa como seu objeto de análise, Montesquieu aponta “para a consolidação teórica de experiências históricas já dadas”. (MASCARO, 2022, p. 59). E essas eram experiências concretas de disputa pelo exercício da soberania.

O próprio Vile reconhece que ideias que “tinham florescido na Guerra Civil Inglesa, mas que tinham sido prematuras e irrealistas” naquelas sociedades então existentes, encontrariam agora “solo fértil nas colônias britânicas da América do Norte, e na França. Ou seja, a fórmula de Montesquieu não só bebe dos resultados das contradições e lutas pelo poder travadas na Inglaterra, como aparece como ponto de condensação das experiências dessas batalhas, reveladas na referência dele ao governo moderado como a melhor forma de governo, e sua defesa velada da aristocracia.

Ao refletir variadas posições de Montesquieu e sua crítica do despotismo, Domenico Losurdo (2019) destaca sua simpatia pela aristocracia. Comparando posições de Montesquieu e Hegel, ele afirma que:

(...) tanto Montesquieu quanto Hegel falam e “despotismo” a propósito de Richelieu. Porém, o primeiro toma posição a favor da resistência liberal da aristocracia frente ao absolutismo monárquico, e o segundo, a favor do “despotismo” antifeudal do poder central. (LOSURDO, 2019, p. 158)

A questão é relevante se recordarmos que em sua formulação, Montesquieu considera o despotismo como uma das três formas de governo que ele considera

existir. Losurdo, no entanto, vai mais longe em atestar as simpatias aristocráticas do Barão de Montesquieu, quando afirma que este “celebra a Inglaterra pelo mesmo motivo que Hegel a acusa: o peso dos ‘cavalheiros/*gentlemen*’ da aristocracia”. (LOSURDO, 2019)

E sobre as análises do teórico francês acerca da história romana, da mesma maneira, considera Losurdo que “é claro o posicionamento de Montesquieu a favor da aristocracia senatorial”. E novamente comparando as posições deste e de Hegel, afirma:

Impõe-se uma conclusão. Nas grandes lutas de classe que atravessam a história romana, Montesquieu e Hegel tomam posições regularmente opostas: o primeiro se posiciona ao lado da aristocracia senatorial, que, a seus olhos, encarna a causa da liberdade e da luta contra a tirania; o segundo se posiciona ao lado do “partido popular”, com a plebe e as instituições que de alguma maneira a protegem. (LOSURDO, 2019)

No que toca à relação entre separação de poderes e democracia, Vile reconhece que Montesquieu “deixa subentendido, então, que alguma forma de separação de poderes é necessária para a democracia, mas ele não desenvolve este ponto”. A razão seria que Montesquieu acreditava que a democracia seria “apropriada apenas em pequenas sociedades”. (VILE, 1998). As interpretações de Losurdo (2019) combinadas às próprias ideias de Montesquieu desnudam o traço aristocrático de seu pensamento.

Para Ingeborg Maus (2010) o esquema de Montesquieu é pré-democrático, e até mesmo pré-moderno. Em termos de história das ideias, ela acusa uma certa seletividade que acabou dando proeminência ao pensamento teórico de Montesquieu sobre outros, que poderiam ser considerados democráticos, como de Locke e Kant:

Esse acesso seletivo à história da separação dos poderes privilegia a concepção de Montesquieu de uma “monarquia moderada”, porque, entre outras coisas, se tornou o modelo para o sistema presidencial da Constituição norte-americana. (MAUS, 2010, p. 189)

E sobre aquelas que poderiam ser as preferências de Montesquieu, Vile (1998) afirma que o teórico da tripartição parecia considerar melhor para a França a constituição ancestral, que teria sido subvertida, uma constituição em que o Rei não

exercesse o poder ao seu capricho e arbítrio, mas não necessariamente uma constituição que previsse a separação de poderes. Recordemos então que, para Montesquieu, um governo “moderado”, considerado para ele um bom governo, poderia ser tanto uma República como uma Monarquia. Então, ele poderia também estar defendendo um governo misto, sob a fórmula de uma separação tripartida de poderes:

Esta é a constituição fundamental de um estado livre: “O legislativo sendo composto de duas partes, elas limitam uma à outra pela mútua prerrogativa da rejeição. Elas são ambas restringidas pelo poder executivo, como o executivo é pelo legislativo”. Montesquieu imediatamente segue esta sentença com a referência a “esses três poderes”, pelo que ele parece querer dizer Rei, Lordes e Comuns, e não legislativo, executivo e judiciário. (VILE, 1998, p. 91)¹³

Se juntamos as peças das análises de Vile (1998) e Losurdo (2019) com os escritos do próprio Montesquieu, não é demais afirmar que ele não era alheio ou indiferente às batalhas pelo poder político. Sua tentativa de conciliar governo misto – e a distribuição do poder entre o rei, a nobreza e o povo – e sua defesa da monarquia moderada como governo ideal, indicam que ele desejava evitar na luta da França os choques ocorridos na Inglaterra e todos os seus inconvenientes. Por isso mesmo a referência principal do sempre citado Livro XI é a constituição inglesa.

Mas é necessário anotar ainda uma questão, presente em Locke e repetida em Montesquieu. Este último, assim como o primeiro, reluta em apontar um responsável pela terceira função do estado, a qual ele denomina “poder de julgar”. Montesquieu é sem dúvida mais explícito que Locke em relação à defesa da existência de três poderes – utilizando a palavra poder de forma mais enfática e constante para a definição daquela que considera a terceira função do Estado. Mas é preciso considerar que a tríade já aparece em Locke. O que não aparece nítido, e assim permanece em Montesquieu, é a quem deve ser atribuído esse “poder”.

¹³ No original: This is the fundamental constitution of a free state: "The legislative body being composed of two parts, they check one another by the mutual privilege of rejecting. They are both restrained by the executive power, as the executive is by the legislative." Montesquieu immediately follows this sentence with a reference to "these three powers," by which he seems to mean King, Lords, and Commons, not legislature, executive, and judiciary.

Considerando que o próprio Montesquieu era um nobre e também um magistrado, sua cautela em apontar em alguma direção pode ser em parte compreendida. De um lado porque no exemplo inglês, que ele seguia de perto, a função de julgar estava parcialmente atribuída ao legislativo, na casa dos Lordes. Mas, no essencial, porque, segundo lembra Ingeborg Maus (2010), o modelo de Montesquieu era essencialmente feudal-estamentário. No feudalismo a administração da justiça era um exercício de poder e um privilégio dos senhores e da aristocracia.

A comparação e confrontação com a noção de aristocracia permite uma melhor compreensão de qualquer ideia de democracia. Refletindo sobre o pensamento de Hegel e sua visão acerca da tradição liberal e suas revoluções, Domenico Losurdo atribui àquele uma visão das lutas liberais segundo a qual “o fio condutor da história moderna e do progresso da liberdade é o ‘processo de submissão da aristocracia’”. (LOSURDO, 2019, p. 174)¹⁴. E há, em termos históricos, um ponto de conexão profundo entre a aristocracia e judiciário se considerarmos que a função de *administrar justiça*¹⁵ era uma função atribuída à aristocracia, na era pré-moderna:

[...] e a emancipação do povo (incluída a dos ex-servos da gleba) ocorre *pari passu* com a repressão da aristocracia ou, pelo menos, com a repressão de seus privilégios. No entanto, a aristocracia, como vimos, adverte a perda do privilégio que, por exemplo, fazia dela a única detentora da administração da justiça ‘como violência inconveniente, como opressão da liberdade (*Unterdrückung der Freiheit*) e como despotismo’. (LOSURDO, 2019, p. 175)

Esta última referência é importante pois se aceitamos que as conclusões de Montesquieu de que sua tripartição dos poderes corresponde a princípios de cujas “histórias de todas as nações são apenas consequências deles”, então o *poder de*

¹⁴ Considero relevante apresentar uma citação em nota que pode auxiliar na compreensão da inclusão da referência acima. Diz Losurdo: “Se para Madame de Staël ‘a aristocracia é melhor’ do que a monarquia absoluta, para Hegel ‘o ordenamento aristocrático é o pior’ (Ph.G., p. 698). É claro o distanciamento da tradição liberal e de Montesquieu (o teórico, segundo Marx, da ‘monarquia aristocrático-constitucional’). Quando muito, podemos pensar em Rousseau, que também opina que a ‘aristocracia é o pior entre os poderes soberanos’. É justamente nesse quadro que é preciso focar o juízo fortemente crítico que, ao contrário de Montesquieu, Hegel formula sobre a Inglaterra.

¹⁵ Chamo a atenção para a expressão “administrar justiça” porque entendo que ela comporta um conteúdo bastante específico. Administrar justiça não se confunde com a decisão judicial em si, tampouco é a parte dita “administrativa” dentro da atividade judiciário. Tomo como “administrar justiça” as escolhas políticas que determinam a forma específica a ser utilizada para operar a transição entre a lei abstrata e a aplicação desta a um caso concreto. São decisões sobre como se fará isso, o que é prioritário, quem fará, etc.

judgar sempre esteve lá¹⁶. Nem Locke nem Montesquieu responderam diretamente à questão de quem deveria exercê-lo. Locke, como visto, reconheceu uma terceira função do Estado, mas não lhe atribui a posição de poder. Montesquieu por seu lado se limitou a afirmar que tal “poder de julgar” não deveria ser “entregue a um Senado permanente”. Mas não é demais afirmar que a aristocracia desejava mantê-lo, tanto quanto Montesquieu parecia se esforçar para que ele ali permanecesse.

2.1.2. Os federalistas e a proteção da “minoria”

Se olharmos na direção dos Estados Unidos e da sua experiência constitucional, o que encontramos? O que se verá não é necessariamente a permanência do poder de julgar (ou de administrar justiça) na aristocracia, mas a construção de um poder de contornos aristocráticos. O percurso da análise continua sendo dado pelos estudos de M.J.C. Vile. Mas a atenção especial vai para alguns dos textos Federalistas – especialmente o que afirmou John Hamilton no texto 78 do Federalista – que serão adiante analisados.

A construção da constituição norte americana e particularmente do sistema de separação de poderes naquele país se apresenta como o ponto de maior desenvolvimento dessa teoria em ligação com os interesses em conflito e o conteúdo da batalha pelo poder político. M.J.C. Vile afirma que:

O desenvolvimento do pensamento político que conduziu à constituição Federal fornece um dos mais fascinantes espetáculos de adaptação de materiais ideológicos às demandas de uma situação inédita que a história pode oferecer. (VILE, 1998, p. 132)¹⁷

Para Vile (1998) a teoria da separação dos poderes foi “modificada, temperada e mesmo suportada” pela teoria de “freios e contrapesos” nesse processo de adaptação nas colônias inglesas na América. Mas o que tinham em mente os fundadores? Em termos gerais, o resultado “espetáculo fascinante de adaptação” foi um ajuste da teoria da separação, adaptando-a ao contexto da revolução norte

¹⁶ Nesse aspecto, poderíamos refletir como Lassale que que afirmava que “todos os países possuem ou possuíram sempre, e em todos os momentos da sua história uma Constituição real e verdadeira” (LASSALE, 1933, p. 28) e que tiveram então o *poder de julgar*. A questão é então, quem o exerceu? E quem o viria a exercer e controlar.

¹⁷ No original: “The development of political thought that led to the Federal constitution provides one of the most fascinannng spectacles of the adaptation of ideological matenals to the demands of an unprecedented situation that history can offer”.

americana, cujo sentido geral de algum modo remontava às preocupações que fundaram a ideia de governo misto e seu conteúdo de classe:

Com a realização da independência, contudo, aqueles líderes na América que haviam se aliado a forças radicais, para os propósitos da revolução, se voltaram novamente para as velhas ideias de governo balanceado, não abraçando a teoria em sua totalidade, mas transplantando-a sobre as novas bases do pensamento constitucional americano para fornecer uma nova, e unicamente americana, combinação de separação de poderes e freios e contrapesos. (VILE, 1998, p. 135)¹⁸

Revelando o conteúdo dessa adaptação – apontando a solução republicana com resultado da busca empreendida pela elite americana por um governo misto, cujo sentido era evitar os riscos da democracia - Gilberto Bercovici afirma que:

A solução ideal para a elite americana era a de um governo misto, como o inglês, em que os principais grupos sociais formariam um equilíbrio auto balanceado das instituições. No entanto não havia nobreza de sangue na América. A alternativa que se colocou, então, foi a do governo republicano. (BERCOVICI, 2013, p. 119)

Para Bercovici (2013) o arranjo político institucional que emerge da Convenção de 1787 é decorrente de instabilidades produzidas ao longo da década de 1780, especialmente a Rebelião de Shay, e os receios de riscos à propriedade por um povo que “em sua anarquia e licenciosidade, estava pervertendo sua liberdade”. A democracia e o princípio majoritário apareciam então como um problema:

Os ataques ao direito de propriedade eram vistos como excessos inerentes à democracia, que seria incompatível com a segurança, a liberdade e a propriedade. A crise de autoridade e o princípio majoritário pareciam ameaçar os fundamentos do governo republicano na década de 1780. (BERCOVICI, 2013, p. 125) (grifo meu)

¹⁸ No original: With the attainment of Independence, however, those leaders in America who had allied with radical forces, for the purposes of the Revolution, turned back again to the old ideas of balanced government, not embracing the theory in its entirety, but grafting it on to the new basis of American constitutional thought, to provide a new, and uniquely American, combination of the separation of powers and checks and balances.

Então, para este autor, o movimento que levou à Convenção da Filadélfia de 1787 foi “eminentemente conservador”, cujo objetivo de fundo era preservar o “equilíbrio econômico-social ameaçado”. A convenção buscava, entre outras coisas, “impedir uma abertura democrática do poder político”. (BERCOVICI, 2013, p. 126)¹⁹ Em síntese, a questão continuava sendo *quem* poderia participar das decisões políticas: “o objetivo declarado dos convencionais da Filadélfia era evitar que o número prevalecesse sobre a qualidade, impedindo a tirania popular e a ascensão política das massas, com um governo que não dependesse do povo”. (BERCOVICI, 2013, p. 127)²⁰

A problemática da maioria, ou de como restringir a ação das maiorias, como se sabe, é recorrente nos textos federalistas. A relação entre o receio dos federalistas com os destinos da república, decorrentes do crescimento da classe trabalhadora, que poderia se impor como maioria povo, e a separação de poderes é estabelecida de forma explícita também por Victor Nunes Leal (1977), quando afirma a preocupação dos revolucionários americanos do final do século XVIII com o uso do Estado em prol de reivindicações populares:

(...) não seria aconselhável construir-se um Estado capaz de atuar de maneira efetiva, decisiva, porque haveria o risco (e aí vamos encontrar um dos segredos de toda essa estrutura), haveria o risco de que o estado viesse a cair nas mãos dos inimigos da classe burguesa. (LEAL, 1977, p. 136/137)

Para Leal (1977) esses inimigos eram os trabalhadores assalariados. Ele considera que Madison – um dos federalistas – tinha consciência de que o terceiro estado – a burguesia – “que se identificava a si mesma como povo, era uma minoria”.

¹⁹ Em sentido semelhante, especialmente sobre a visão de Madison sobre a questão, NÚÑEZ e QUINTANA (2014), afirmam: “Assim, evitar-se-ia o maior mal da democracia direta: o triunfo de maiorias populares opressivas que, movidas pela paixão e pelo interesse de um grupo, sacrificariam a minoria. Com essa proposta de democracia representativa, Madison entendia que estava errada a tese montesquiana de que repúblicas só podem sobreviver em pequenos territórios”. (pág. 144-145)

²⁰ Apenas em reforço da ideia, refiro a presente passagem de Gilberto Bercovici em que faz inclusive uma referência à ideia de “checks and balances”: “A participação do povo no governo não poderia ser negada totalmente, mas era vista com desconfiança e ceticismo pelos convencionais da Filadélfia. O seu realismo político fez com que percebessem que, embora contrários à democracia, o governo do Estado não poderia ser a prerrogativa de uma única classe, havendo a necessidade de comprometer a maioria dos cidadãos com a estrutura constitucional. O discurso dos freios e contrapesos (“*checks and balances*”), presente na Inglaterra do século XVIII, em Montesquieu e na Revolução Americana, contrapõe-se ao discurso da soberania”. (BERCOVICI, 2013, p. 127)

Ele fundamenta essa visão em uma emblemática frase de James Madison registrada por R.H.S Crossman:

No podemos ser considerados todavia como una massa homogenea en la que todas las cosas que afecten a una parte de la misma, afecten del mismo modo a su totalidad. Al construir um sistema que deseamos que dure para las edades por venir, nosotros no debemos perder de vista el cambio que esas edades traeran consigo. Un aumento de poblacion aumentara necessariamente la proporcion de aquellas que tendran que sufrir los embates de la vida, deseando en secreto una mejor reparticion de sus bendiciones. Es posible que con el tiempo estos superen en numero a los que se encuentran bien situados economicamente. De acuerdo con las leyes del sufragio el poder pasara a manos de los desposeidos. Todavia no ha tenido lugar en este pais intento alguno sobre la distribucion de las tierras, pero ya han aparecido sintomas de un espiritu perturbador, segun tenemos entendido, en algunas regiones, de manera que nos avisan del futuro peligro. ¿Y como vamos a preservarnos de el basandonos en principios republicanos? Como vamos a impedir el peligro en todos los casos de coaliciones interesadas en oprimir a la minoria que debemos defender? (CROSSMAN, 1986, p. 100)²¹ (grifo meu)

Nessa reveladora manifestação de Madison não está em questão o *como* o poder deveria ser exercido, mas uma especial preocupação sobre *quem* deveria exercê-lo ou pretenderia fazê-lo num futuro que os convencionais da Filadélfia, a partir de sua visão de mundo, já anteviam.

A essa citação Victor Nunes Leal (1977) segue o seguinte raciocínio: sendo minoria, ao identificar-se como povo a burguesia disso extraía sua força, mas era por isso levada a estabelecer fórmulas gerais que mais tarde poderiam ser utilizadas contra seus interesses; como a expectativa de que todos tendo nascido iguais, teriam a expectativa de também se tornar proprietários; o desenvolvimento da sociedade capitalista não permitiria que a isso alcançassem todos, e uma parcela da sociedade permaneceria em um nível social não satisfatório; essa massa cresceria e tenderia a apelar ao Estado para satisfazer suas necessidades. “Trataria, assim, através dos

²¹ Aqui vale uma explicação: A citação de Victor Nunes Leal no artigo mencionado contém um visível erro de redação. Ele conclui a citação da frase de Madison do seguinte modo: “*Como vamos poder prevenir o perigo em todos os casos de coalizões interessadas em oprimir a maioria que devemos defender?*” Note-se que ele utilizou a palavra “maioria” e não minoria. Mas a sequência de seu raciocínio permite identificar o erro, quando ele afirma: “*Pedimos atenção para a frase final: "coalizões interessadas em oprimir a minoria que devemos defender"*”. A citação tem como referência o texto de R.H.S. Crossman e naquele texto a expressão é “*minoria*”, o que faz crer, combinado com o próprio raciocínio de Victor Nunes Leal, que se trata de um erro de redação no artigo do autor brasileiro.

seus líderes próprios, de assaltar a cidadela do poder, dominar os órgãos do Estado, *para fazer funcionar o governo em seu favor*”, diz ele. E isso o faria através das eleições. (LEAL, 1977, p. 137)

A sequência do argumento de Victor Nunes Leal vai então se fechar em torno do judiciário e do papel da Suprema Corte. Se as “massas populares” viessem a formar maioria em uma das casas do parlamento, a bicameralidade daria a segurança necessária. Se, apesar desse controle as reivindicações populares atravessassem o parlamento, na forma de leis, estas não poderiam atingir os direitos fundamentais previstos na constituição. E se ainda assim uma lei fosse aprovada que atingisse tais preceitos “ali estaria, de alcatéia, a Corte Suprema, que foi dotada da prerrogativa de negar calidade às leis institucionais. E a atitude da Corte, que *construiu* essa doutrina, tem sido, notoriamente, conservadora”. (LEAL, 1977, p. 138)

Essa é a mesma conclusão a que chega Gilberto Bercovici:

O modelo americano era fundado no voto censitário, presente na imensa maioria dos Estados. Além da barreira censitária para a eleição dos deputados, os senadores eram indicados pelas assembleias legislativas estaduais e o presidente também não era eleito diretamente, mas pelo colégio eleitoral. Se, mesmo assim, fosse possível a formação de uma maioria hostil ao sistema, a suprema corte garantiria os direitos das classes dominantes. (BERCOVICI, 2013, p. 190)

Harold J. Laski (1948) chamou a atenção para a força do elemento judicial na sociedade e na política norte-americana. Mais do que isso, ainda na metade do século XX ele apontou para o modo como nos EUA, que “entre suas funções, a não menos importante que os tribunais têm desempenhado é servir como um freio aos hábitos democráticos dos legislativos”. Para ele, em sua área de atuação, os tribunais tornaram-se “uma terceira câmara do legislativo”, e ao cruzar a tênue fronteira entre questões legais e conclusões de natureza política, estariam os tribunais agindo “embora inconscientemente, como um conselho contra os propósitos da democracia”.

2.1.2.1. *A proposta federalista*

Retomemos a questão da separação de poderes e, especificamente quanto à posição e as funções pensadas para o judiciário no contexto da luta pelo poder político, agora a partir dos textos Federalistas 47 a 51 e 78 a 83.

No texto 47²² James Madison menciona exemplos, desde a constituição inglesa, e, também, de constituições de alguns dos estados norte-americanos, em que se prevê que os membros do judiciário são indicados/nomeados (*appointed*) pelo executivo. Essa é uma questão que aparece de modo marginal no argumento. Mas revela que havia uma cautela em relação ao judiciário e à forma de seu acesso ao exercício do poder. (MADISON; HAMILTON e JAY, 2005)

No texto 48²³, novamente de Madison, este dirige suas baterias ao Legislativo, o qual critica por atrair “todo o poder para seu impetuoso vórtex” (p. 268) Aqui ele acusa o que descreve como o “perigo das usurpações por parte do legislativo”. Ou seja, seu alvo é o que considera como excessivo poder do legislativo. (MADISON; HAMILTON e JAY, 2005)

O texto 49²⁴ é utilizado por Madison para sustentar suas objeções aos argumentos de Thomas Jefferson e sua defesa de “apelo ao povo” registrada nas “Notas sobre o estado da Virgínia”. Madison considera que tanto o executivo como o judiciário estariam em desvantagem em qualquer apelo ao povo, e que o legislativo permaneceria em condições de submeter os demais poderes. (MADISON; HAMILTON e JAY, 2005) É curioso notar como ele produz uma visão politicamente esvaziada; como se os homens, membros do parlamento, não expressassem visões diferentes, e a questão fosse de uma luta entre os departamentos como se cada qual expressasse uma visão em si. E embora ele não a utilize, está nítido que o centro da preocupação de Madison está colocado na *disputa* pelo poder e nas lutas que poderiam ser travadas e *quem* poderia vencê-las.

O texto de número 51²⁵ é o que contém algumas das conclusões de Madison sobre a questão da separação de poderes e que toca particularmente no judiciário. Sua primeira e importante conclusão é que cada departamento do governo (ou cada poder) deveria ter uma vontade (*will*) sua própria. E como consequência, os membros

²² A edição utilizada do *The Federalist* traz junto ao título do texto 47 a menção de que se trata do texto 46 nos jornais na época da publicação.

²³ A edição utilizada do *The Federalist* traz junto ao título do texto 48 a menção de que se trata do texto 47 nos jornais na época da publicação.

²⁴ A edição utilizada do *The Federalist* traz junto ao título do texto 49 a menção de que se trata do texto 48 nos jornais na época da publicação.

²⁵ A edição utilizada do *The Federalist* traz junto ao título do texto 51 a menção de que se trata do texto 50 nos jornais na época da publicação.

de um poder deveriam ter “tão pouca ação quanto possível” na escolha dos membros dos demais poderes. Para que este princípio fosse respeitado, argumenta Madison, todas as escolhas de membros do (supremo) legislativo, executivo e judiciário deveriam ter a mesma fonte de autoridade, o povo. Mas, considerando algumas dificuldades que poderiam advir dessa proposta, “algumas variações do princípio, portanto, devem ser admitidas”. Especificamente quanto ao judiciário, sua defesa aponta duas variações: 1) sendo necessárias determinadas qualificações aos membros do judiciário, o modo de escolha deveria ser aquele que melhor assegura tais qualificações. 2) a ocupação dos cargos em caráter permanente ajudaria a rapidamente neutralizar a dependência dos nomeados em relação a quem os nomeou. (MADISON; HAMILTON e JAY, 2005)

Há um apelo ao conhecimento especializado como algo a distinguir e justificar a forma específica de escolha dos juízes. A exigência de um conhecimento técnico especializado surge como um fundamento para definir a forma de escolha, mas sobretudo para vincar a ideia de um poder não político, neutro, técnico, acéptico e infenso às instabilidades produzidas pelas maiorias políticas, que podem mudar.

O ponto final do argumento de Madison é bastante conhecido: a grande segurança contra as eventuais invasões de um poder pelo outro consistiria em dar àquele que administra cada ramo meios constitucionais e “motivos pessoais” para resistir às invasões dos demais. “Ambição deve ser produzida para neutralizar ambição” (MADISON; HAMILTON e JAY, 2005, p. 281) A ênfase na ideia de *luta* pelo exercício do poder é explícita.

Mas há algo mais aqui. A emblemática frase registrada por Crossman e lembrada por Victor Nunes Leal reaparece, suavizada talvez nos termos gerais, mas não menos explícita:

É de grande importância em uma república, não apenas proteger a sociedade contra a opressão de seus governantes; mas proteger uma parte da sociedade contra a injustiça da outra parte. Diferentes interesses necessariamente existem em diferentes classes de cidadãos. Se uma maioria está unida por um interesse comum, os direitos da minoria estarão inseguros. (MADISON; HAMILTON; JAY, 2005, p. 282)²⁶

²⁶ Tradução minha; no original: *It is of great importance in a republic, not only to guard the society against the oppression of its rulers; but to guard one part of the society against the injustice of the other part. Different*

A solução para este problema, para Madison, estaria em fracionar os interesses da sociedade numa multiplicidade de interesses, de modo a reduzir o perigo para os direitos de minorias frente às eventuais combinações de maiorias. (MADISON; HAMILTON; JAY, 2005, p. 282) Logo fica nítido como o desenho federalista vai dar ao judiciário um papel de defensor dos direitos da minoria, a burguesia, sob a proposta de “freios e contrapesos”.

Na sequência dos argumentos federalistas, nos textos 78 a 83, Hamilton irá apresentar a concepção de judiciário que está consentânea com as preocupações de Madison antes descritas.

No texto 78 ele trata da constituição da judicatura federal nos EUA. Para ele a maneira de melhor constituir o judiciário engloba a solução de três questões: 1) o modo de escolha dos juízes; 2) o tempo de mandato que eles terão; 3) a repartição da autoridade entre as várias cortes. A resposta a essas três questões irá definir e proteger o judiciário, apresentado por Hamilton como o “ramo menos perigoso” (*least dangerous*) do governo do Estado. Vejamos sua afirmação:

Quem quer que considere atentamente os diferentes departamentos de poder deve perceber que, em um governo em que eles estão separados uns dos outros, o judiciário, pela natureza de suas funções, vai ser sempre o menos perigoso para os direitos políticos da constituição; porque ele vai ter menor capacidade de molestá-los e ofendê-los. O executivo não apenas distribui as honras, mas também empunha a espada da comunidade. O legislativo não apenas domina o orçamento, mas também prescreve as normas pelas quais os direitos e deveres de todo cidadão são regulados. O judiciário ao contrário, não tem influência seja sobre a espada ou sobre a bolsa, nenhuma administração seja da força ou da riqueza da sociedade, e não pode tomar poder de resolução ativo, qualquer que seja ele. Pode-se sinceramente dizer que ele não tem nem FORÇA, e nem VONTADE, mas apenas opinião²⁷. E deve, em última instância, depender da ajuda do braço executivo para a eficácia de seus julgamentos. (MADISON; HAMILTON; JAY, 2005, p. 412)²⁸

interests necessarily exist in different classes of citizens. If a majority be united by a common interest, the rights of the minority will be insecure.

²⁷ A tradução da palavra inglesa *judgement* é variada. Pode significar literalmente “julgamento”, ou “decisão judiciária” (sentença). Mas me pareceu mais adequado ao contexto traduzir como “opinião”. Ou ao menos foi isso que Hamilton tentou induzir pelo uso anterior das palavras FORÇA e VONTADE. Seguramente nesse contexto seria difícil traduzir a palavra *judgement* como decisão.

²⁸ No original: Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always

O objetivo foi ligar a fórmula de escolha, o tempo de permanência e a estrutura judicial à ideia de que todos esses requisitos serviriam ao mesmo tempo para manter o judiciário distanciado em relação aos demais poderes e protegido deles, mas também livre de seu controle e do controle pela soberania popular.

Hamilton (2005) considera que o judiciário é o departamento de poder “menos perigoso para os direitos políticos”. É interessante que Hamilton tenha dito “direitos políticos” e não “direitos civis”. A explicação parece residir na explícita ligação – existente ao tempo da convenção constitucional dos EUA e fortemente presente nos textos dos federalistas – entre direitos políticos (e mais propriamente o direito ao voto) e a defesa do direito de propriedade. Domenico Losurdo (2004) aponta a preocupação dos convencionais e, particularmente dos federalistas, com a restrição do alcance do voto aos proprietários, através do voto censitário. Ademais a preocupação de Hamilton evidencia a disputa pelo exercício do poder, à medida que ao considerar que o judiciário não representaria ameaça aos “direitos políticos”, significava dizer que não representava ameaça aos que detinham o poder de decidir.

Então a fragilidade é rapidamente convertida. De um poder que não ameaça os direitos políticos a um poder que pode controlar e limitar os poderes políticos e a soberania. Ainda no Federalista 78 Hamilton faz a defesa explícita do que mais tarde ficará conhecido como *judicial review*, ou seja, da possibilidade de tribunais reverem atos do legislativo e declará-los inválidos. Suas palavras são: “Limitações deste tipo não podem ser preservadas, na prática, por outro caminho senão por meio das cortes de justiça; cujo dever deve ser o de declarar vazios todos os atos contrários ao manifesto teor da constituição” (MADISON; HAMILTON; JAY, 2005, p. 414). Não é, naturalmente, uma “teoria” puramente refletida para limitar a ação humana. O alvo de Hamilton é o legislativo. É lá que as “paixões” dos homens são mais ameaçadoras e por isso a “independência” dos juízes deve limitar essas paixões.

be the least dangerous to the political rights of the constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary on the contrary has no influence over either the sword or the purse, no direction either of the strength or of the wealth of the society, and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments.

Na sequência do raciocínio acima, a conclusão é explícita do que pretendia Hamilton com as limitações ao legislativo, ao menos naquele momento histórico: “Sem isto, todas as reservas de direitos ou privilégios particulares equivaleriam a nada”. (MADISON; HAMILTON; JAY, 2005, p. 414)²⁹

Hamilton então se preocupa e rebater a “perplexidade” que uma tal proposta poderia causar, visto que poderia haver a “imaginação” que, por uma tal possibilidade – de declarar nulos atos do legislativo – o judiciário estaria em posição de “superioridade” em relação àquele poder. Então, ele afirmará que os tribunais são projetados para ser um “corpo intermediário” entre o legislativo e o povo. E conclui de maneira enfática:

Esta conclusão não faz supor, por qualquer meio, uma superioridade do judiciário ao legislativo. Ela somente supõe que o poder do povo é superior a ambos; e que onde a vontade do legislativo, declarada em suas leis, coloca-se em oposição à vontade do povo declarada na constituição, os juízes devem ser governados pela última, ao invés de pela primeira. Eles devem regular suas decisões pelas leis fundamentais, ao invés de por aquelas que não são fundamentais. (MADISON; HAMILTON; JAY, 2005, p. 415)

O povo é convidado a legitimar os atos do judiciário, cujo papel último é, na visão de Hamilton, interpretar a vontade do povo (a constituição) protegendo este mesmo povo dos eventuais desvios do legislativo. Fincados os fundamentos da organização do estado em torno da separação dos poderes, temperada pela ideia de *checks and balances*, como elemento chave da liberdade (e do liberalismo) a *luta* pelo poder político ganha contornos de luta institucional, mas continua ali, com o judiciário como mantenedor de uma vontade geral irrevogável e imutável. Não do povo, pois não será o povo a dizer que sua vontade foi violada, mas o tribunal que decidirá que a “vontade do povo” foi violada.

²⁹ No original: *Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing.*

Para conclusão do ponto e porque é relevante à sequência do trabalho, vejamos como Hamilton fechará o argumento, colocando diante de si mesmo a hipotética situação em que os juízes colocassem sua vontade acima do legislador constitucional. Diante de um tal risco é para a independência dos juízes, calcada na vitaliciedade (*during good behaviour*) no cargo, que ele vai apontar como o remédio contra o risco de arbítrio ou abuso:

Se então os tribunais de justiça devem ser considerados como os baluartes de uma constituição limitada contra invasões do legislativo, essa consideração vai dar um forte argumento para o mandado permanente (vitaliciedade) dos agentes da justiça, visto que nada vai contribuir tanto quanto isso para aquele espírito independente dos juízes, que deve ser essencial para o fiel cumprimento de tão árduo dever. (MADISON; HAMILTON; JAY, 2005, p. 416)³⁰

Não há, como se vê, nenhuma preocupação de dispor de freios e contrapesos ao poder dos juízes. Ao contrário, os juízes não podem nem necessitam ser controlados. *The least dangerous branch* é um argumento crucial para que juízes não sejam sujeitos a controle. É difícil perceber o paradoxo, mas ele está ali: o remédio para controlar os eventuais riscos não é controle, mas ainda mais independência para juízes e tribunais.

2.1.3. Uma nova roupagem: 1848 na França

Após um século, a crise do Estado liberal e a emergência do Estado e do constitucionalismo social no início do século XX recolocou em termos novos a *batalha* pelo poder político. Mas, ainda no século XIX, M.J.C. Vile identifica a Revolução de 1848 na França como um momento de inflexão no debate sobre a separação de poderes. A separação, que havia cumprido um papel revolucionário nas lutas liberais pelo poder, aparecia agora como um limite às reivindicações dos trabalhadores, que exigiam uma nova ação do Estado, não mais absenteísta, mas positiva. Então:

³⁰ No original: *If then the courts of justice are to be considered as the bulwarks of a limited constitution against legislative encroachments, this consideration will afford a strong argument for the permanent tenure of judicial offices, since nothing will contribute so much as this to that independent spirit in the judges, which must be essential to the faithful performance of so arduous a duty.*

Após 1848, então, a história do pensamento institucional vai se tornar mais e mais preocupado com o problema de criar uma máquina de governo para uma era de coletivismo, e a teoria da separação dos poderes ficaria sob feroz ataque, como uma barreira ao desenvolvimento de uma eficiente máquina deste tipo. (VILE, 1998, p. 232)³¹

A despeito dessa perspectiva traçada por Maurice J. C. Vile, a marca de 1848, especialmente na França, no tocante à reconfiguração do Estado, é a tendência a um rearranjo institucional, não no sentido de eliminação da separação de poderes, mas de uma nova redistribuição do peso dos poderes, a partir dos receios da burguesia com os rumos da revolução social e a ameaça do espectro do “socialismo”. A separação de poderes vai se encontrar, inexoravelmente, com a luta de classes.

O *18 Brumário de Louis Bonaparte*, de K. Marx (2011), contém um relato detalhado dos acontecimentos que levariam, em 1851 ao golpe de Estado do “segundo Bonaparte”. A leitura muito próxima dos acontecimentos toma em conta os principais fatos que levariam à ascensão de Luís Bonaparte, e sobretudo as bases sobre as quais se assentaria o temor da burguesia que a conduziria a aceitar a solução autoritária do golpe de Bonaparte e a derrota da república parlamentarista como meio de “dominação conjunta” (Marx, 2011, p. 114).

A crise que se instaura em torno da república parlamentarista, e que conduzirá ao golpe de Estado revela uma disputa pelo poder político em que o proletariado surge também como protagonista ao lado da burguesia. O parlamento se revelaria insuficiente para a “dominação conjunta” das facções da burguesia, e revelava contradições no mecanismo de controle do poder político:

A burguesia tinha a noção correta de que todas as armas que ela havia forjado contra o feudalismo começavam a ser apontadas contra ela própria, que todos os recursos de formação que ela havia produzido se rebelavam contra a sua própria civilização, que todos os deuses que ela havia criado apostataram dela. Ela compreendeu que todas as assim chamadas liberdades civis e todos os órgãos progressistas atacavam e ameaçavam a sua dominação classista a um só tempo na base social e no topo político, ou seja, que haviam se tornado “socialistas”. (MARX, 2011, p. 80)

³¹ No original: *After 1848, then, the history of institutional thought was to become more and more concerned with the problem of creating a government machine for an age of collectivism, and the theory of the separation of powers came under fierce attack, as a barrier to the development of an eficiente machme of this sort.*

Com ironia Marx descreve o que a burguesia não havia percebido: “[...] que o seu próprio regime parlamentarista, que a sua dominação política como tal, e agora também em moldes socialistas, necessariamente incorreria na sentença condenatória generalizada”. (MARX, 2011, p. 80-81) Ou seja, o desmonte da república parlamentarista, e sua substituição pela autoridade do presidente, representava o meio para que – deslocando o centro do poder – a “dominação da classe burguesa” pudesse adquirir “sua expressão política pura”. (MARX, 2011, p. 81) Pois:

Vendo em cada manifestação de vida da sociedade uma ameaça à “tranquilidade”, como ela poderia querer manter no topo da sociedade o regime da intranquilidade, o seu próprio regime, o regime parlamentarista, esse regime que, segundo a expressão de um dos seus oradores, vive na luta e pela luta? O regime parlamentarista vive da discussão; então, como poderia proibir a discussão? [...] O regime parlamentarista submete tudo à decisão das maiorias; como poderiam as maiorias que estão além do Parlamento querer não decidir? Se vós que estais no topo do Estado tocais o violino, por acaso não esperais que os que estão lá embaixo dancem? (MARX, 2011, p. 81)

As maiorias, o proletariado, os não proprietários, aparecem agora transcendendo a ameaça e se tornando também atores políticos a exigir seu espaço. O toque do violino do parlamento revelava o conteúdo social da disputa política e as contradições que encetavam, no descompasso entre maiorias parlamentares e maiorias sociais. A balança da disputa penderá em favor do presidente. Domenico Losurdo demonstra como a inspiração para esta virada foi buscada por Luís Bonaparte no modelo dos Estados Unidos da América e na posição destacada dada ao chefe do poder executivo pelo presidencialismo:

“Talvez Luís Napoleão ou algum dos seus ideólogos tenham lido, na obra de Tocqueville, que o presidente americano, ‘único e solitário representante do poder executivo da União’, tem ‘prerrogativas quase reais’ (Tocqueville, 1968, p. 148 e 153). O certo é que a propaganda bonapartista pela revisão da Constituição que precede o golpe de Estado, refere-se explícita e repetidamente ao modelo americano, no qual declara querer se inspirar quanto à ‘posição do chefe de Estado’”. (LOSURDO, 2004, p. 95).

A referência aos eventos de 1848 e seguintes reforça a ideia de que, na relação institucional de poderes no interior do Estado, o que prevalece é a disputa e não a

harmonia. A constatação de Ville de que a ideia de separação foi posta sob ataque a partir dali reflete um novo nível dessa disputa, na qual se insere a classe trabalhadora como ator político relevante. A separação de poderes não vai ser questionada por Marx como um arranjo imperfeito, mas sim como um dos “velhos absurdos constitucionais” em seus comentários à Constituição Francesa de 1848:

A premissa para um “governo livre” não é a separação, mas a unidade dos poderes. O mecanismo governamental não pode ser simplesmente auto-suficiente. É sempre a arte dos tolos torná-lo complicado e misterioso. (MARX, 2012, p. 34)

Sobre o Judiciário não há observações mais significativas. Em *O dezoito de Brumário de Luís Bonaparte* Marx também não tece maiores considerações sobre o judiciário. Embora nos Estados Unidos a posição da Suprema Corte já estivesse bastante consolidada pelo julgamento de Marbury x Madison, na França o que prevalecera do modelo norte-americano era a força do presidente, que empolgara Luís Bonaparte. Mas a conclusão de Marx sobre o poder político do Estado é significativa:

Pelo visto, foi somente sob o segundo Bonaparte que o Estado se tornou completamente independente. A máquina estatal consolidou-se de tal forma face à sociedade civil que como líder lhe basta o chefe da Sociedade 10 de Dezembro, um aventureiro vindo do exterior, posto no comando pela soldadesca embriagada que ele subornara com cachaça e linguiça e a qual precisa continuar suprindo com linguiças. [...] E, no entanto, o poder estatal não paira no ar. (MARX, 2011)

Ao mesmo tempo que capta a mudança significativa que 1848 representa, indicando que o Estado se torna independente de maneira completa em relação às classes, que vai assegurar a sua permanência, ele também indica a base social real e material do poder; seu elemento de classe.

Talvez por considerar que é a unidade dos poderes e não a sua separação a marca do “governo livre”, ou simplesmente porque não o considera efetivamente como um poder, que Marx não se refere especificamente ao Judiciário. Mas os acontecimentos de 1848 vão moldar uma nova perspectiva para o problema do Estado e por consequência do judiciário.

2.2. A NECESSIDADE DE UM CONCEITO DE DEMOCRACIA

Como visto a teoria e prática da separação de poderes se estabeleceu em meio às batalhas e lutas pelo exercício do poder político. E, ao menos em parte do tempo, seu uso e seus contornos institucionais (como os *checks and balances*) foram pensados em oposição à democracia e como um freio à vontade direta do povo.

Para refletir se há algum mecanismo de tornar o exercício do poder de julgar compatível com a democracia e se o controle desse poder - através de um órgão como o Conselho Nacional de Justiça – realiza esse encontro, é preciso estabelecer um conceito de democracia que possa ser aplicado como base e modelo para essa verificação. O ponto dessa parte do estudo é investigar e colocar possíveis conceitos (ou condições) e estabelecer aquele em torno do qual nossa questão de pesquisa será respondida.

Valho-me aqui de abordagens tradicionais acerca da democracia, e também de desenvolvimentos de caráter institucional mais complexo, como o proposto por Larry Diamond. Utilizarei como referência mais consistente, no entanto, as análises da democracia em relação com o desenvolvimento econômico, como abordado por Adam Przeworski; e também um conhecido conceito de democracia formulado por Joseph Schumpeter. O ponto de crítica será sustentado na visão de Domenico Losurdo e sua ligação entre democracia e limites ao exercício do sufrágio universal.

Larry Diamond (2015) propõe considerar a democracia como um “valor”, um “valor universal”. O próprio título de seu trabalho enfatiza a preponderância de uma expectativa valorativa – poderíamos dizer até: ideológica – da questão: “O espírito da democracia”. Nesse sentido ele afirma que:

Estruturas democráticas serão meras fachadas a menos que as pessoas venham a valorizar os princípios essenciais da democracia: soberania popular, responsabilização dos governantes [*accountability*, na terminologia política inglesa], liberdade e Estado de direito. (DIAMOND, 2015, p. 29)

O que é, ou qual o conteúdo do valor democrático para Larry Diamond? Sua resposta considera a existência de inúmeras possíveis respostas para definir o que é democracia, as quais se agrupam em duas grandes concepções, que ele descreve como concepção “minimalista” e concepção “abrangente”. A concepção minimalista

está associada à formulação teórica de Joseph Schumpeter; Diamond resume essa ideia em “eleições periódicas, livres e justas”. (DIAMOND, 2015, p. 31) A concepção abrangente pressupõe uma longa lista de atributos, dez no total, que deveriam ser garantidos para que se possa considerar existente uma democracia. (DIAMON, 2015).

Para melhor compreensão da questão, eis, resumidamente, os dez atributos de Diamond (2015):

- Liberdade individual: de crença, opinião, reunião, manifestação, etc.
- Liberdade para grupos étnicos, religiosos, raciais e outras minorias.
- Direito de voto e de concorrer a um cargo para todos os cidadãos adultos (respeitados limites de idade e competência).
- Acesso genuíno e competição eleitoral, e liberdade de formação de partidos (atendidos os princípios constitucionais) por qualquer grupo.
- Igualdade jurídica dos cidadãos através das leis.
- Um poder judiciário independente para aplicar a lei de modo imparcial e consistente.
- Devido processo legal.
- Controles institucionais sobre os eleitos, por legisladores independentes, pelo sistema judicial e agências autônomas.
- Pluralismo real de fontes de informação e existência de uma sociedade civil “vibrante”.
- Controle do aparelho militar e de segurança por civis que respondem ao povo através de eleições.

O caminho adotado por Larry Diamond (2015) entre as duas concepções que ele identifica é considerar a concepção minimalista como base de uma “democracia eleitoral”. Sua opção, no entanto, vai na direção da realização da democracia com base em “valores liberais”, e considera que a democracia eleitoral pode ajudar a realizar esses valores “mas não é, de modo algum, uma garantia”. (DIAMOND, 2015, p. 32)

Então, para ele:

Quando falamos de democracia, então, devemos aspirar a sua realização num plano mais elevado, para a realização das dez dimensões “gerais”. Quando elas existem em medida substancial, então podemos dizer que há um sistema de *democracia liberal*. (DIAMOND, 20215, p. 32-33)

Sua conclusão é que se as dez dimensões são muito reduzidas, “a democracia – se é que existe – é *iliberal*”. Por outro lado, havendo instituições formais da democracia (como assembleia nacional, sistema judicial, constituição, etc) mas as pessoas não conseguem tirar os governantes pelo poder do voto, então haverá uma *pseudodemocracia*. (DIAMOND, 2015)

A visão de Joseph Schumpeter (1961) se encaixa na concepção a que Larry Diamond dá o nome de “minimalista”. Para Schumpeter a democracia é um “método político”, cujo sentido está em ser um “arranjo institucional” pelo qual se chega à “decisão política”. (SCHUMPETER, 1961, p. 291).

A perspectiva schumpeteriana, segundo a qual a democracia tem natureza instrumental – um método – no entanto, não leva em conta apenas “como” se chega à decisão política, mas também “quem” participa dela. Vejamos em suas próprias palavras:

Mas alguma luz pode ser lançada sobre nossas dificuldades recordando o significado que atribuímos ao *método político*. Devemos ser capazes de caracterizar tal método indicando por quem e como essas decisões são tomadas. Equiparando a *tomada de decisões a governo*, poderíamos, então, definir a democracia como o *governo do povo*. Por que, então, não será essa definição suficientemente exata? (SCHUMPETER, 1961, p. 293; grifo nosso)

No sentido de *quem* poderá tomar as decisões, o autor austríaco faz então uma inflexão e, embora procure fazer uma incursão sobre o significado da expressão *povo*, indica que o aspecto relevante da democracia estaria quanto à participação do povo na tomada de decisão melhor equacionada se estivermos “dispostos a abandonar o governo do povo e substituí-lo por um governo aprovado pelo povo”. (SCHUMPETER, 1961, p. 295-296) A justificativa de Schumpeter para essa definição é por ele justificada porque, exceto em casos de democracia direta, “o povo, como povo, não pode jamais governar ou dirigir realmente” (p. 296)

A questão está, que, Schumpeter (1961) considera que afora a democracia direta o povo pode influenciar ou participar do governo de inúmeras formas, ainda que se tratem de governos autocráticos, ou até mesmo com elementos não democráticos. Sua conclusão, então, é que:

Além da democracia *direta*, existe uma riqueza infinita de formas prováveis, através da qual o *povo* pode participar do governo,

influenciar e controlar os que realmente governam. Nenhuma dessas formas, especialmente nenhuma das formas viáveis, possui um direito claro e exclusivo de ser descrita como *governo do povo*, se tomamos essas palavras no seu sentido habitual. Se qualquer delas adotar esse título, o fará apenas em virtude de uma convenção arbitrária, definindo de logo a significação que deve ser atribuída ao verbo *governar*. Tais convenções são sempre possíveis: o povo jamais governa, mas pode sempre governar por definição. (SCHUMPETER, 1961, p. 296-297)

Analisando a teoria clássica da democracia, Schumpeter (1961) a critica por considerar que não é possível estabelecer um “bem comum” que possa corresponder à “vontade do povo”, “pela razão muito mais fundamental de que, para diferentes indivíduos e grupos, o bem comum provavelmente significará coisas muito diversas”. (p. 301) E mais: “a vontade do povo é o resultado e não a causa primeira do processo político”. (pág. 314)

Dessa interpretação ele extrairá então sua definição de democracia, antes propondo uma inversão da perspectiva traçada pela teoria clássica: se na teoria clássica o povo é visto como tendo uma opinião definida e racional sobre todas as questões, e a partir dessa opinião escolhe seus representantes, no conceito schumpeteriano a decisão de questões importantes pelo eleitorado é secundária, e seu papel principal é “formar um governo”. Nesse ponto surge nítida sua definição de democracia:

o método democrático é um sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor. (SCHUMPETER, 1961, pág. 321)

Nessa definição não há apenas a inversão quanto à decisão do povo – que é vista como uma decisão sobre quem deve exercer o governo e não necessariamente sobre o conteúdo dos atos do governo – mas também um deslocamento do elemento central da democracia: a questão central não é necessariamente a participação do povo na escolha de quem governará, mas a liberdade de competição entre aqueles que se dispõem a governar, pelo voto dos eleitores (povo). “A democracia significa apenas que o povo tem oportunidade de aceitar ou recusar aqueles que o governarão”. (SCHUMPETER, 1961, p. 339)

A concepção de democracia de Hans Kelsen se aproxima daquela de Schumpeter, embora sua distinção se coloque entre um “governo *para* o povo” e um “governo *do* povo”. Para Kelsen, um governo democrático é um governo *do* povo e não um governo *para* o povo, assinalando uma perspectiva processual para a democracia.

Para Kelsen, o elemento chave para a democracia é o processo que faz com que o governo possa ser considerado um governo *do* povo:

Mas a forma de governo definida como ‘governo do povo’ não pressupõe uma vontade do povo voltada para a realização daquilo que, segundo a opinião deste, constitui o bem comum. O termo designa um governo no qual o povo participa direta ou indiretamente, ou seja, um governo exercido pelas decisões majoritárias de uma assembleia popular, ou por um corpo ou corpos de indivíduos, ou até mesmo por um único indivíduo eleito pelo povo. (p. 141-142) (grifo meu)

Então não é pelo conteúdo da ordem social definida que Kelsen considera estar posta a ideia de democracia, mas na forma pela qual se chega à decisão do povo sobre o governo. Segue ele:

Portanto, a participação no governo, ou seja, na criação e aplicação das normas gerais e individuais da ordem social que constitui a comunidade, deve ser vista como a característica essencial da democracia. Se essa participação se dá por via direta ou indireta, isto é, se existe uma democracia direta ou representativa, trata-se, em ambos os casos, de um *processo*, um método específico de criar e aplicar a ordem social que constitui a comunidade, que é o critério do sistema político apropriadamente chamado democracia. (KELSEN, 2000, pág. 142) (grifo meu)

Mas uma constatação de Kelsen surge ainda mais relevante em sua formulação da democracia: a distinção que faz entre liberalismo e democracia. Então, afirma ele:

É importante ter consciência de que o princípio da democracia e o do liberalismo não são idênticos, de que existe até mesmo certo antagonismo entre eles. Pois, de acordo com o princípio da democracia, o poder do povo é irrestrito, ou, como formula a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão: ‘O princípio de toda soberania reside essencialmente na nação’. É essa a ideia de soberania do povo. O liberalismo, porém, implica a restrição do poder governamental, seja qual for a forma que o governo possa assumir. Também implica a restrição do poder democrático. Portanto, a democracia é essencialmente um governo *do* povo. O elemento

processual fica em primeiro plano e o elemento liberal – enquanto conteúdo específico da ordem social – tem importância secundária. Até mesmo a democracia liberal é, em primeiro lugar, um processo específico. (KELSEN, 2000, pág. 143) (grifo meu)

Kelsen (2000) identifica claramente que o liberalismo implica restrições, não só ao poder governamental, mas, e sobretudo, restrição ao poder democrático. Ele não aponta especificamente para que aspecto do liberalismo leva a essa restrição. Mas não há dúvida que a referência alcança diretamente a separação de poderes, coração do sistema liberal, e aqui a defesa da democracia por Kelsen se opõe à perspectiva como o liberalismo moldou a separação de poderes, visto que, sob a ótica liberal, a existência de poderes separados e sua “ambição [pronta a] neutralizar a ambição”³² – no dizer de James Madison – é o substituto perfeito para a imperfeita democracia. A concepção liberal de Madison quanto à separação dos poderes é apresentada como um jogo neutro de organização dos poderes, no qual o povo praticamente desaparece da tomada de decisão política.

Um aspecto mais merece destaque. Kelsen (2000) em oposição à democracia como governo *do* povo, coloca a autocracia baseada numa ideia de governo *para* o povo. Em suma, ele considera que não é a condição de governo *para o povo* que define uma democracia:

Uma vez que não só a democracia, mas também o seu extremo oposto, a autocracia, podem ser um governo para o povo, essa qualidade não pode ser um dos elementos da definição da democracia. (KELSEN, 2000, p. 141)

Nessa perspectiva, um governo “para o povo” poderá ser, para Kelsen, uma autocracia. Sua explicação é que “Um governo “para o povo” significa um governo que atua no interesse do povo”. “Mas – observa Kelsen – a questão relativa ao que seja o interesse do povo pode ser respondida de maneiras diversas, e aquilo que o próprio povo acredita ser seu interesse não constitui, necessariamente, a única resposta possível” (KELSEN, 2000, p. 141)

³² HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. The federalist. Edited with historical and literary annotations, and introduction, by J.R. Pole. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc., 2005.

Então a ideia de que o povo possui uma vontade – e sobretudo que essa vontade é imutável no tempo – foi o modo como, por exemplo, os federalistas norte-americanos imobilizaram a constituição e, mais do que isso, firmaram a ideia – nitidamente autocrática – de que os juízes agiriam para assegurar a “vontade do povo” expressa na constituição, contra a “vontade do legislativo, declarada em suas leis”.

Losurdo (2004) recorda que a posição de Kelsen é uma “clara tomada de posição em favor da democracia”, entendida como uma defesa do sufrágio universal. De fato, Kelsen, sustenta que “Eleições democráticas são aquelas que se fundamentam no sufrágio universal, igualitário, livre e secreto”. (KELSEN, 2000, pág. 142) Mas Losurdo acrescenta que Kelsen fará a defesa da representação proporcional como aspecto crucial da democracia e, também, que “os partidos políticos são possíveis em uma democracia” (p. 153), adicionando então os partidos – e sua representação de interesses diversos na sociedade – como elemento da democracia.

Adam Przeworski (2020), segue de perto essa perspectiva procedimental, adotando uma concepção minimalista de democracia, que descreve da seguinte maneira:

(...) democracia é um arranjo político no qual as pessoas escolhem governos por meio de eleições e têm uma razoável possibilidade de remover governos de que não gostem (autores que adotam essa opinião incluem Schumpeter, Popper e Bobbio). Democracia é simplesmente um sistema no qual ocupantes do governo perdem eleições e vão embora quando perdem. (PRZEWORSKI, 2020, p. 22-23)

Przeworski é bastante conhecido por ter desenvolvido uma interessante visão da relação entre democracia e desenvolvimento econômico. Sua concepção de democracia está ligada (ou próxima) àquela desenvolvida por Joseph Schumpeter. Diferentemente de Larry Diamond, a visão de Adam Przeworski (2020) toma em conta os direitos e liberdades e outras condições, mas não as considera como definidoras da democracia, mas sim como “potenciais ameaças à capacidade dos cidadãos de remover governos por eleições” (PRZEWORSKI, 2020, p. 23)

Sua visão é particularmente relevante pelo modo como ele procura compreender a relação entre democracia – no sentido minimalista que adota – e Estado de direito. Sua primeira observação é colocar em dúvida se “instituições supramajoritárias” tais como o bicameralismo e o veto presidencial e “instituições

contramajoritárias”, como as cortes constitucionais e bancos centrais independentes “são necessárias para garantir o Estado de direito” (PRZEWORSKI, 2020, p. 24) Em segundo lugar, diz ele:

[...] coloco “Estado de direito” ou “império da lei”, entre aspas porque, como diz astutamente Sanchez-Cuenca, “a lei não pode imperar. Imperar é uma atividade, e as leis não podem agir”. O que costuma ser visto como uma relação entre democracia e Estado de direito é, na verdade, uma relação entre instituições povoadas: governos e cortes. (PRZEWORSKI, 2020, p. 24)

Assim, ele considera que a lei “imperar” quando políticos e burocratas obedecem a juízes e, “se políticos cumprem ou não as instruções de magistrados constitucionais isso é um resultado contingente dos seus incentivos eleitorais”. (p. 24) O centro da análise de Przeworski se situa em considerar que políticos são incentivados ou desestimulados pelas expectativas dos resultados eleitorais, pelo risco de perder o poder e, caso perdido, retomá-lo. Sua conclusão é bastante elucidativa:

Há duas possibilidades: 1) políticos (e burocratas) obedecem a juízes porque se não o fizerem perdem eleições, de modo que “a lei” impera; 2) políticos não obedecem a juízes porque se o fizerem perdem eleições – a maioria não quer que os políticos escutem o que os juízes dizem que podem ou não fazer. O Estado de direito é violado, mas, na medida em que as ações dos políticos forem motivadas pelo medo de perder eleições, o sistema ainda é democrático, pelo critério minimalista. (PRZEWORSKI, 2020, p. 25)

Esse raciocínio de Przeworski será retomado adiante para a análise da relação entre democracia e judiciário.

A análise de Domenico Losurdo (2004) inverte o ponto de vista da democracia e a observa pela ótica do povo (ou das massas populares) e da possibilidade de exercício do sufrágio universal e de sua inserção no processo de tomada de decisão política.

Losurdo apresenta uma crítica do liberalismo, e, de modo mais específico, uma crítica do modo como o liberalismo foi gradualmente “transformado” em democracia, e também a crença segundo a qual democracia e livre mercado capitalista estariam em relação de identidade. Seu objetivo parece ser o de mostrar que, embora pareça

elementar a qualquer definição de democracia, a existência do sufrágio universal, que historicamente foi a restrição ao sufrágio, em grande medida, que prevaleceu nas estratégias liberais, a exemplo de países como os EUA, onde, por exemplo, aos escravos negros o direito de participação política foi sistematicamente negado. (LOSURDO, 2004)

A interpretação do estudioso italiano gira em torno de duas questões basicamente: 1) a luta permanente pelo sufrágio universal; 2) a construção do que ele define como “bonapartismo”. A definição de bonapartismo não surge precisa em Domenico Losurdo, mas a partir de seu exemplo extraído do restabelecimento do sufrágio por Luís Napoleão é possível estabelecer seu conceito de bonapartismo como:

[...] um regime em que o momento ‘democrático’ se limita à aclamação plebiscitária de um líder carismático e incontestado, que, desvencilhado de partidos, sindicatos e de qualquer outro obstáculo, fala diretamente ao povo e pretende ser seu intérprete exclusivo. (LOSURDO, 2004, p. 10)

Como se pode ver, Domenico Losurdo se coloca em posição crítica à visão schumpeteriana de democracia. Sua visão considera que a democracia pressupõe mais do que regras do jogo, e inclui, como conteúdo do sufrágio universal, uma mais complexa ligação entre direitos políticos e direitos sociais e direitos econômicos. Para ele, a compreensão da democracia apenas como competição entre lideranças, conduz ao “bonapartismo”, adjetivado como *soft*. A essência do bonapartismo estaria na necessidade de um líder para dirigir a “multidão criança”, a qual, no discurso bonapartista, seria incapaz de tomar as decisões políticas importantes, por si. A marca do bonapartismo *soft* estaria na centralização das decisões no executivo e a destituição dos partidos políticos de influência no jogo político. (LOSURDO, 2004)

Ele não deixa de ver a democracia como processo, mas coloca exigências mais substanciais para que o sufrágio possa ser assegurado, e isso inclui reconhecer partidos e demais organizações – sindicatos por exemplo – como parte do processo democrático.

Por fim, Losurdo (2004) vê a luta pelo sufrágio universal num processo histórico de “emancipação” e “des-emancipação” de pobres e negros especialmente. A democracia – não é exagero dizer – ganha em Losurdo um conteúdo de classe, e é

vista como parte da luta de classes. Não é só sufrágio universal, não é só institucionalidade e regras do jogo. É também a possibilidade de que a política e as decisões políticas correspondam aos interesses de grupos sociais sistematicamente excluídos na concepção da democracia liberal.

Veja-se como ele coloca a crítica da concepção de democracia de Schumpeter:

O que se evidencia é o limite básico de toda definição da democracia a partir exclusivamente de critérios formais e de regras do jogo. Sua validade pressupõe, ao contrário, a existência de um mínimo denominador comum numa sociedade, de modo que esta possa enfrentar unitariamente eventuais estados de exceção externa e evitar o surgimento de estados de exceção interna, isto é, conflitos político-sociais tão agudos que determinem uma situação de emergência, a qual, segundo o reconhecimento dos próprios autores empenhados numa definição meramente formal da democracia, termina por colocar em crise ou anular estas mesmas regras do jogo que deveriam definir a essência irrenunciável do regime político em questão. (LOSURDO, 2004, p. 251) (grifo nosso)

Esse mínimo denominador não é em Losurdo, o bem comum, como na teoria clássica, mas um conjunto de condições mínimas de existência da população que lhe permita participar com alguma liberdade no processo de escolha dos governos via sufrágio universal.

A relação possível entre judiciário e democracia é independente da definição de democracia que se adota? Se consideramos a democracia pela ótica do sufrágio universal, ou mesmo pela perspectiva de que em eleições consideradas livres, o perdedor vai par casa, qual posição do Judiciário na estrutura dos poderes tornaria sua existência e atuação compatível com a democracia? Poderíamos ainda falar de Judiciário como um poder?

Como lembram Ferejohn e Pasquino (2003) juízes e tribunais são instituições de operação do *rule of law* e distintas das instituições da democracia. O governo das leis e a democracia podem ser desejáveis em um sistema político (FEREJOHN e PASQUINO, 2003) mas o império da lei é apenas um dos caminhos possíveis para que atores políticos processem seus conflitos democraticamente. (PRZEWORSKI e MARAVALL, 2003).

2.3. DEMOCRACIA E JUDICIÁRIO: CONDIÇÕES DE UM ENCONTRO POSSÍVEL

Se partimos de uma definição abrangente de democracia teremos que considerar o cumprimento de uma série complexa de condições para considerar que a democracia existe e, ainda assim, estaremos diante de uma democracia adjetivada, ou seja, de uma democracia liberal, e nela possivelmente haverá um espaço considerável para a atuação do judiciário, porque ela tenderá a colocar o “império da lei” como o caminho único para o processamento democrático de conflitos. Mas essa é uma perspectiva no mínimo unilateral, pois ela segue o padrão ditado pela noção de *checks and balances*, de que cabe ao Judiciário exercer controle sobre o poder dos eleitos, mas ignora propositalmente o fato que instituições são “povoadas” (PRZEWORSKI, 2020; FERREJOHN e PASQUINO, 2003) – são feitas de pessoas – e não diz uma palavra sobre como o poder dos juízes será controlado.

Por outro lado, se o caminho escolhido for o de uma definição minimalista de democracia, o poder atribuído ao judiciário parece se diluir substancialmente, ao nível de um *não poder*. É a este tipo de conclusão que parece chegar, por exemplo, a visão de democracia de Adam Przeworski.

E numa perspectiva crítica de superação do *bonapartismo soft* como concepção atual da democracia, desemancipadora, como aponta Domenico Losurdo, em que ganha proeminência o sufrágio universal direto, o que resta ao judiciário é o papel para o qual foi concebido em sua feição liberal: um espaço para a contenção da democracia.

Que generalizações seria possível produzir acerca da relação judiciário – democracia diante dessas constatações?

Mesmo para uma concepção abrangente de democracia, que pressupõe a existência de um judiciário independente e o controle dos poderes dos eleitos pelo sistema judiciário, precisa enfrentar questões que põe em dúvida a relação judiciário – democracia: o que significa judiciário independente? Em que nível o controle judicial dos atos dos poderes eleitos sustenta e em que nível ele viola a democracia? Independência dos juízes pressupõe tomada de decisões políticas, ou este é um desvio antidemocrático? ³³

³³ Larry Diamond fala em “democracia liberal”, “democracia iliberal” e “pseudodemocracia” para descrever sistemas em que estejam presentes ou ausentes (ainda que em parte) suas dez condições; e também para aqueles em que, mesmo presentes as eleições não permitem a alternância dos grupos no poder por fraude ou algo parecido.

A confusão teórica promovida pela ideologia política do liberalismo, que se autodenominou como democracia, e que conduziu boa parte do pensamento jurídico-político pelo mesmo caminho, torna difícil colocar de pé uma visão nítida da relação possível entre judiciário e democracia, porque, talvez, essa relação simplesmente não exista, ou seja uma relação de pura contradição.

Então, tomo como ponto de partida a ideia de Kelsen de que o governo democrático é o governo *do* povo e não necessariamente – por cabível também à aristocracia – a ideia de governo *para* o povo. Sob essa ideia o segundo passo a considerar é imaginar como a existência de juízes, aptos a tomar decisões em circunstâncias concretas de aplicação das normas, se encaixa em um governo *do* povo. E, a menos que se tente retirar o judiciário da ideia de governo – o que apenas revelaria uma concepção de um soberano fora da norma – não é possível avançar sem pensar em como o judiciário, como parte do governo – ou como parte da “autoridade do Estado” (GRIFFITH, 1997) – pode integrar um governo democrático, ou seja, um governo *do* povo. Acesso aos cargos sem a submissão a eleições e vitaliciedade nos cargos apenas amplificam o problema.

Se tomamos a democracia, ainda que genericamente, como um governo *do* povo, estamos pressupondo que este é um governo submetido ao povo. A submissão, está claro, implica, não necessariamente um agir segundo um “bem comum” que é de difícil localização – tese refutada por Schumpeter e Kelsen, no que estamos de acordo – mas a constante renovação do poder a partir do sufrágio universal direto; a disputa periódica de eleições, e, no dizer de Przeworski, ir para casa em caso de derrota. Mas como juízes, que não são aprovados em eleições, e cujos cargos são para a vida toda, estariam então submetidos ao povo? Ou, pensando como Adam Przeworski, como fazer com que juízes, quando sua ação é incompatibilizada com a vontade democrática, vão para casa?

Uma forma possível de desenlaçar o nó seria considerar que o Judiciário efetivamente não deva, no arranjo democrático, expressar um poder político. Se, como afirma Przeworski (2020), governantes seguem determinações judiciais pelo efeito que o cumprimento ou descumprimento dessas ordens pode ter sobre as eleições futuras, então apenas em situações específicas, de crises institucionais ou de poder, o judiciário exerceria efetivamente poder político. Mas essa é uma questão

de grande complexidade, e, embora ela pareça plausível, requer análises ainda não realizadas.

Outra forma de encerrar a questão é dada por Ingeborg Maus (2010) quando faz a distinção entre soberania e poder estatal. Para ela a democratização da soberania opera essa separação:

Por isso, soberania popular significa que a atividade legislativa incumbe exclusivamente ao “povo”, ou seja, àqueles que não são funcionários, em oposição aos titulares de funções públicas dos aparelhos estatais, de modo que toda ação do poder estatal, devido à vinculação legal deste, deve ser absolutamente controlada e dirigida pela base social. (MAUS, 2010, p. 138)

O que torna o esquema de separação de poderes um arranjo democrático, é, na visão de Maus (2010) essencialmente a “oposição entre soberania e poder estatal”, o que explica porque, o legislativo não é um “poder” mas uma “soberania”, justificando com isso sua dominância na separação de poderes. (MAUS, 2010, p. 139) Eis sua conclusão:

Pode-se resumir preliminarmente que apenas um Estado de Direito cujo esquema de separação de poderes repousa na estrita separação de funções entre soberania e poder não é adversário da democracia, mas, ao contrário, condição absoluta da possibilidade da democracia. (MAUS, 2010, p. 139)

Sob a ótica de Ingeborg Maus, o judiciário segue sendo um poder, mas um poder que se submete à soberania popular, colocada no legislativo, e essa é uma “condição absoluta da possibilidade da democracia”. Colocado este ponto, podemos voltar à questão: como fazer com que juízes integrem um governo *do* povo, ou seja, um governo que expresse de algum modo a submissão dos integrantes dos aparelhos do Estado à vontade – ainda que seja vontade eleitoral, ou eleitoralmente definida – soberana do povo? E como fazer com que juízes “vão para casa” se a confiança do povo cessa?

As respostas para essas questões abrem-se em pelo menos três direções distintas, embora interdependentes:

a) a primeira resposta é que juízes integram um governo *do* povo à medida que se submetem rigorosamente aos instrumentos de soberania, expressos na vontade do povo que se materializa nas normas legais, produzidas pelo legislativo. Juízes, como integrantes dos aparelhos do Estado, se integram alguma ideia de democracia, precisam cumprir rigorosamente e submeter-se à lei. Submeter-se à lei e cumpri-la rigorosamente em duas direções: 1) no plano de sua atuação jurisdicional, ou seja, quando incumbidos de aplicar normas abstratas a um caso concreto, em um processo, juízes devem permanecer adstritos ao direito positivo³⁴. 2) no plano de suas ações de caráter administrativo, ou seja, quando não estão decidindo uma causa de terceiro, mas sim quando estão decidindo sobre o alcance e forma de realização de suas próprias funções, sobre o cumprimento de deveres legais, ou sobre os seus próprios “direitos” como integrantes da burocracia do Estado.

b) a segunda resposta possível é que o Legislativo, espaço por excelência da realização da soberania popular, tem contribuído, pelo seu absenteísmo, para reduzir a juridicização da atuação dos juízes, elastecendo os limites de conformação destes, e ampliando os espaços para autoprogramação. E tem feito isso abdicando da possibilidade de exercer controle e restrições sobre o poder judiciário e seus integrantes. As razões para isso podem ser muitas, mas há duas prováveis explicações presentes para esse absenteísmo: 1) políticos receiam provocar reações e retaliações dos detentores do poder de julgar em conflitos, cada vez mais frequentes, que envolvem o exercício dos direitos políticos, suas candidaturas nas próximas eleições, ou decisões sobre atos da administração que impactem sobre ações de governo suas ou de seus correligionários e bases eleitorais. 2) o judiciário continua sendo visto pela burguesia, e por seus representantes no parlamento, como um espaço de contenção de maiorias sociais e políticas eventuais – como preconizaram os federalistas – e tem cumprido adequadamente essa função. Qualquer ampliação dos freios e controles sobre o judiciário a partir do parlamento também se sujeitaria a essas mudanças na composição das maiorias sociais e políticas, para cuja contenção, como vimos, o judiciário foi imaginado.

³⁴ Adoto aqui, por concordar de modo geral, e para evitar longas digressões acerca das consequências da afirmação feita, a elaboração teórica e as conclusões de Eros Grau, em seu livro “Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios”, obra à qual remeto os leitores.

c) a terceira tem a ver com o modo como grupos sociais, sobretudo movimentos sociais, partidos de todos os matizes políticos, mas com frequência partidos de esquerda e sindicatos, tem apostado em soluções judiciais para pautas políticas complexas e conflituosas, reforçando a aparência de legitimidade democrática do judiciário – embora não se possa falar em legitimidade democrática – atraindo-o frequentemente para a tomada de decisões políticas. A solução judicial para questões complexas envolve não só a transferência da divergência política para um plano de coerção, mas também, como consequência, a contínua fragilização e anulação do diálogo político e da divergência, esvanecendo o vigor da democracia.

A segunda e a terceira linhas de resposta talvez representem as linhas de resposta são seguramente mais abrangentes e tocam em problemas estruturais da democracia contemporânea. Vamos analisá-las brevemente para depois retomar a resposta que nos interessa de maneira especial ao trabalho: o problema da submissão dos juízes – e do judiciário – à lei.

2.3.1. O judiciário como extensão da decisão política e a crise da democracia

Para considerar uma expectativa de controle e *submissão democrática* do Judiciário, é preciso se perguntar por que mais e mais grupos organizados, movimentos sociais, partidos de esquerda e intelectuais progressistas parecem considerar o judiciário como um elemento chave e realizador da democracia? Por que a defesa da democracia curiosamente tem descambado para o deslocamento da decisão política do parlamento e outros espaços políticos representativos, para o campo de uma reduzida elite, juridicamente instruída? Ou seja, por que a defesa da democracia substancial paradoxalmente se perde nos descaminhos da aristocracia? Um caminho que, nitidamente, não tem assegurado a democracia substancial, e tem desnaturado e desacreditado a democracia instrumental.

Temos frequentemente observado o fenômeno da judicialização da política como uma consequência da fragilização da esfera decisória da arena política por excelência – o parlamento – mas até que ponto podemos considerar que ela também é causa dessa fragilização?

Esse é um questionamento especulativo. Mas não sem alguma base material. Sabino Fleury (2010) – e o estudo é apenas exemplificativo – em um estudo quantitativo sobre as ações de inconstitucionalidade ajuizadas no STF após a Constituição de 1988, mostra, entre outras coisas, o comportamento dos partidos políticos – de situação e de oposição – e o uso que fizeram da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). De acordo com esse estudo, entre 1988 e 2005 perto de 1/5 das ações diretas de inconstitucionalidade foram ajuizadas por partidos políticos, e embora não sejam a maioria das ações “representam um universo significativo para o exame amplo das relações políticas que se projetam no Judiciário”, segundo o autor.

Esse estudo mostra que de 1988 a 2002, os partidos tradicionalmente em oposição ao governo (PT, PCdoB, PSB e PDT) ajuizaram 289 ADIs, correspondendo a praticamente 60% de todas as ações desse tipo ajuizadas por partidos políticos no período. O Partido dos Trabalhadores isoladamente ajuizou 152 ações, representando 30% das ADIs ajuizadas por partidos no período.

O estudo também indica o nítido crescimento de ações ajuizadas pelos novos partidos de oposição (PFL e PSDB) quando da mudança de governo, a partir de 2002. De 2003 a 2005 (ano a que chega o estudo), o Partido da Frente Liberal (PFL) ajuizou 21 ADIs, sendo que no período de 1988 a 2002 havia ajuizado 7. O Partido da Social-Democracia Brasileira (PSDB) que havia ajuizado 8 ações de 1988 a 2002, ajuizou 18 entre 2003 e 2005. Enquanto isso, o Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e o Partido Socialista Brasileiro (PSB), agora integrantes da coalizão governista, não ajuizaram nenhuma ADI no período e o Partido dos Trabalhadores (PT) ajuizou duas (02).

Os dois dados combinados indicam que os partidos na oposição tendem a utilizar os tribunais como um caminho para “processar conflitos de forma pacífica”, como aponta Przeworski (2020, p. 189). Então, os tribunais podem se tornar o campo estendido do conflito político:

A oposição pode também recorrer às cortes constitucionais para restringir os atos do governo. A lógica do papel das eleições em processar conflitos de forma pacífica se estende aos tribunais. Partes em disputa se dispõem a aceitar os veredictos dos tribunais constitucionais quando acreditam em sua imparcialidade, sobretudo pelo fato de os tribunais examinarem o mérito de cada caso. O lado perdedor obedece quando acredita que em casos futuros pode sair vencedor. (PRZEWORSKI, 2020, p. 189)

Os dados confirmam o fenômeno, mas não o explicam em si. A fragilização ou crise de representatividade do parlamento seguem a trilha da fragilização dos partidos políticos e organizações sociais, especialmente sindicatos, e revelam em última instância a crise profunda da democracia liberal.

Przeworski (2020) considera que as eleições são um método fundamental para processar conflitos de forma pacífica. Mas é preciso que não haja “coisas demais” em jogo nas eleições, e também que não haja “nada em jogo” para que partidos políticos e também os que participam da política apenas como eleitores possam continuar apostando na democracia eleitoral:

O milagre da democracia é as forças políticas em disputa aceitarem os resultados da votação. Pessoas que têm armas obedecem às que não têm. Governantes arriscam seu controle do governo realizando eleições. Perdedores esperam sua chance de conquistar o cargo. Conflitos são regulados processados de acordo com regras e, dessa forma, contidos. Não é consenso, mas também não é balbúrdia. Apenas conflito regulado; conflito sem matança. Votos são pedras de papel. (PRZEWORSKI, 2020, p. 186)

Mas o mesmo autor chama a atenção para como a tentativa de regular e conter conflitos através de regras que assegurem o jogo democrático da disputa pelo poder também pode ser limitada diante daquilo que tem sido descrito como sub-repção:

A sub-repção é um processo pelo qual o governo adota certas medidas, nenhuma delas manifestamente inconstitucional ou antidemocrática, mas que acumuladas destroem pouco a pouco a capacidade da oposição de tirá-lo do cargo ou ampliam sua liberdade de formulação política. (PRZEWORSKI, 2020, p. 207)

Refletindo a crise da democracia e a emergência de uma retórica populista antielite, antissistema e antiestablishment, Przeworski considera que este discurso, que tem nítidos contornos de ameaça à democracia, está ao mesmo tempo convergente com a percepção de que “as instituições representativas, tal como foram projetadas, favorecem os interesses das elites”³⁵. (PRZEWORSKI, 2020, p. 224)

³⁵ O que parece diferente é que, diferente de antes, quando a crítica ao “sistema” era galvanizada e organizada por partidos de esquerda, agora são partidos de direita ou extrema-direita que se colocam nessa postura.

Isso poderia explicar o recurso cada vez mais frequente ao Judiciário por ambos os lados do espectro político. Ou seja, tanto partidos de esquerda como partidos de direita tendem a utilizar o judiciário como extensão do conflito político, em nome de interesses populares que eles alegam defender, para proteger o povo contra falhas do sistema representativo. Os resultados são, quase sempre, conservadores. E isso ocorre, como afirma John Griffith (1997) porque a posição dos juízes na sociedade “é uma parte da autoridade estabelecida e, por isso, é necessariamente conservadora, e não liberal”. (GRIFFITH, 1997, p. 336)

Juízes, como vê Griffith (1997), são parte da autoridade política do Estado e não árbitros neutros e separados. O judiciário, embora às vezes se apresente e às vezes é apresentado como tal, não é o redentor da democracia. Como parte da autoridade estatal, integra o fenômeno da crise da democracia.

Os sistemas de governo que moldaram a democracia liberal nasceram do medo das massas e das maiorias que elas pudessem estabelecer. Em grande medida a preocupação daqueles que fundaram as instituições modernas era estabelecer governos que ao mesmo tempo representassem as elites e as protegessem dos pobres. As eleições fizeram, ao longo do tempo, ratificar a superioridade dos habilitados a governar, sempre a elite. As instituições da representação foram pensadas como meio de barrar ou reduzir a voz do povo e sindicatos e outras organizações foram tratadas como ameaças à paz. Em suma as “instituições democráticas” foram imaginadas para proteger o *status quo* e “principalmente as relações de propriedade contra maiorias passageiras”. (PRZEWORSKI, 2020, p. 224-225)

E, ainda segundo Przeworski (2020) – revelando mais nitidamente a participação do judiciário como elemento de restrição democrática – quando as trincheiras que protegiam a propriedade, exatamente pela expansão da democracia proporcionada pela universalização do voto e seu segredo e pelas eleições diretas:

[...] elas [as trincheiras] foram substituídas por novos mecanismos antimajoritários: revisão judicial, delegação da política monetária a bancos centrais não eleitos e órgãos reguladores independentes. (PRZEWORSKI, 2020, p. 226)

Para Przeworski, a crise é significativa. Não apenas uma crise política, mas uma crise com raízes na economia e na sociedade. “É o que me parece mais assustador”, conclui.

De maneira enfática, Joachim Hirsch considera que “a época da democracia liberal, com seus processos institucionalizados de formação de compromissos e tomada de decisões chegou a fim”. (HIRSCH, 2010, p. 246)

Para Hirsch (2010) a crise envolve múltiplos e entrelaçados fatores guiados pela “objetividade econômica” que assume o comando dos processos políticos com a globalização e o surgimento de um “constitucionalismo neoliberal” guiado pela internacionalização do Estado e pela privatização da política. Os espaços para “autodeterminação democrática” e “soberania popular” são reduzidos substancialmente.

As transformações contemporâneas no âmbito do Estado produzem também modificações na estrutura do sistema partidário:

Os partidos deixaram de ser instâncias de articulação e de mediação dos interesses sociais para tornarem-se aparelhos operados de forma midiática, cuja função primeira é apresentar as decisões políticas como sendo inevitáveis. (HIRSCH, 2010, p. 251)

Então, Hirsch chama a atenção para uma redefinição da democracia a partir dos resultados do processo políticos e não do modo de os alcançar:

Nesse contexto, chega-se a uma notável redefinição do conceito de democracia. Mais recentemente, alguns cientistas políticos formularam uma tese interessante: a qualidade democrática de um sistema político não seria medida pelo “input”, ou seja, pela existência de direitos eficazes de participação e de decisão para a população, mas pelo “output” (Scharpf 1999). Dessa forma, a democracia existiria se os resultados do processo político fossem entendidos como sendo aceitáveis, independentemente do fato de como se chegou a eles. Na prática, isso aconteceria mais facilmente, quanto menos alternativas existissem para a consciência política. (HIRSCH, 2010, p. 259-260)

As análises de Hirsch e Przeworski não são isoladas, e embora se estabeleçam sobre diferentes caminhos epistemológicos e teóricos, convergem com outras tantas que consideram existir uma crise de caráter profundo na chamada democracia liberal.

Poderia se extrair dessa constatação, como se tem visto com alguma frequência, a ideia de que o recurso ao Judiciário seria uma forma de resgatar as promessas não cumpridas, uma certa tentativa de salvar a democracia liberal de sua crise ou aquilo que Antoine Garapon (2001) chama de “guinada judiciária da democracia”. As referências a “ativismo judicial” e “judicialização da política” parecem caminhar nesse sentido, mesmo quando estabelecidas por aqueles que não defendam um ou outra.

Mas, em perspectiva, como poderíamos considerar que uma instituição antimajoritária, ou seja, cuja concepção na estrutura da separação de poderes foi moldada como um instrumento de contenção da ameaça de expansão do desejo democrático das massas populares – e os riscos que esse desejo impunha à propriedade especialmente – poderia agora salvar essa mesma democracia? Em termos mais simples: por que deveríamos acreditar que uma instituição pensada para conter a democracia poderia agora salvá-la?

Ao contrário, o que parece mais plausível é reconhecer que o Judiciário integra a crise da democracia em uma dupla dimensão:

i) como parte da crise, não pela sua ação direta, mas exatamente pela expressão alcançada como instituição antimajoritária, ou seja, de contenção da democracia. Há algo de simbólico na busca pelo judiciário, e não é o direito: o que é simbólico é a busca pela coerção, por uma solução de força; a incapacidade de circunscrever o conflito político faz do judiciário não só o prolongamento do conflito, mas a possibilidade de uma decisão que se impõe pela força. Num conflito de interesses entre particulares isso pode parecer adequado e até mesmo desejável. Mas não se pode dizer o mesmo quando o que está envolvido são questões políticas que mobilizam interesses coletivos ou de uma comunidade. Encerrar o conflito político com uma decisão judicial implica ocultá-lo ou silenciá-lo.

A possibilidade de que meios democráticos sigam solucionando conflitos depende que estes estejam à luz do dia, que causem desconforto e náuseas, como um cadáver em praça pública: precisamos entender por que ele está lá, quem o matou, se há um crime, que outras coisas se deve aprender sobre aquela morte, e o que deve ser feito para evitar que outras aconteçam; ao invés disso, diante da complexidade das questões que surgem, simplesmente chamamos o serviço funerário para retirar o

corpo e dar a ele uma cova. O judiciário é o serviço funerário. Tirou o cadáver de nossos olhos e já podemos voltar a passar pela rua sem aquela visão, mas as questões que aquele cadáver suscitou seguirão nos assombrando! Essa contribuição do judiciário com a crise da democracia é tanto maior quanto mais os juízes considerem que tem a responsabilidade de substituir ou representar o povo e sua vontade. Gilberto Bercovici (2013)³⁶ analisando a conduta da Suprema Corte dos EUA no caso *Marbury x Madison* afirma:

A suprema corte clama pela identificação com os representados, defende que sua voz é a voz do povo. [...] A opinião do povo funda a ordem política que estabiliza esse mesmo povo e torna possível a sua representação na permanência do direito. A suprema corte, ao declarar o que é o direito naquele momento histórico, também declara, consequentemente, o que é a opinião do povo. (BERCOVICI, 2013, p. 179-180)

Embora a análise se dirija à atuação da suprema corte, não é demais considerar que essa passou a ser uma visão frequente dos juízes. Juízes vêem a si mesmos como fundamentais à democracia, embora se esqueçam de considerar que o autoritarismo nunca abriu mão dos juízes. E juízes vêem seu papel como parte fundamental da realização da democracia, embora isso represente, quase sempre, uma visão de restrição ou controle sobre os espaços políticos em que se manifesta de maneira mais concreta a democracia, traduzida nas escolhas decorrentes do exercício do sufrágio universal.

ii) como um sintoma da crise; a revelar então a incapacidade da sociedade de desvencilhar-se adequadamente do conflito político e dar-lhe uma conformação civilizada. O judiciário ganha proeminência na crise da democracia, não porque ele expresse a defesa da democracia, mas porque ele representa uma tentativa não democrática de manutenção do *status quo*. Ou seja, a crença em juízes, se existe, não estaria a revelar um novo patamar da democracia liberal, mas o indício sério de uma profunda crise.

³⁶ Bercovici na verdade adota, segundo suas próprias palavras, a análise de Paul Kahn.

2.3.2. A relação judiciário-democracia requer submissão dos juízes à lei

Agora já é possível retomar a primeira linha de resposta à pergunta sobre como fazer que juízes integrem um governo *do* povo, ou seja um governo democrático. Essa resposta considera que juízes integram um governo *do* povo se *cumprem* rigorosamente e se *se submetem* à lei.

Luiz Werneck Viana, Maria Alice R. de Carvalho e Marcelo B. Burgos (2018) conduziram uma pesquisa, patrocinada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, intitulada “Quem somos – a magistratura que queremos”. A pesquisa ouviu, no ano de 2018, 4.000 juízes. No que toca à relação dos juízes com a política, os pesquisadores concluíram que o protagonismo do judiciário “está agora predominantemente referido a temas procedimentais da democracia política, o que se pode constatar com os resultados da presente pesquisa”. (VIANA; CARVALHO e BURGOS, 2018) A afirmação se baseia em uma das respostas, segundo qual juízes não estariam, em sua maioria, dispostos a “exercer papéis substitutivos aos dos poderes políticos”.³⁷

A afirmação, no contexto da análise do protagonismo do judiciário na vida política nacional, parece afirmar que juízes estariam mais contidos quanto a um eventual “ativismo” e mais preocupados em assegurar os procedimentos democráticos. De acordo com os autores da pesquisa, essa perspectiva seria confirmada por outra resposta: na média, entre 58 e 70% - variando este percentual entre juízes de primeiro grau e de tribunais intermediários ou superiores - dos respondentes da pesquisa afirmaram que a expressão com a qual “mais se identifica” é: “o Poder Judiciário deve promover a realização plena do Estado de Direito, garantindo a aplicação da lei e a sua correta interpretação”.

³⁷ O protagonismo do Poder Judiciário na vida política brasileira, que, na pesquisa da AMB de vinte anos atrás, parecia mais orientado para os temas sociais, está agora predominantemente referido a temas procedimentais da democracia política, o que se pode constatar com os resultados da presente pesquisa. Indagados, por exemplo, se a presença do Poder Judiciário em diferentes dimensões da vida brasileira seria prejudicial à democracia, os magistrados consideraram que “sim, caso ele fosse levado a exercer papéis substitutivos aos dos poderes políticos” (Questão 64). O mesmo ponto é demonstrado, de forma ainda mais incisiva, pela afirmação de que “o Poder Judiciário deve promover a realização plena do Estado de Direito, garantindo a aplicação da lei e a sua correta interpretação”, assertiva que obteve aprovação de cerca de 70% dos magistrados de 1º e 2º graus, ativos e inativos (Questão 66). (WERNECK, CARVALHO e BURGOS, 2018, p. 18)

É improvável que qualquer juiz respondesse que sua atuação não está ligada ao Estado de Direito ou à garantia de aplicação e interpretação da lei. Mas “promover a plena realização do Estado de Direito” é uma expressão mais complexa, que envolve uma interpretação específica dos juízes sobre o que eles consideram ser o conteúdo de “Estado de Direito” e como, através das decisões judiciais, os juízes consideram que poderiam “promover” a plenitude de sua realização, e se isso ainda tem relação com as regras da democracia. O mesmo se diga da expressão “aplicação da lei e a sua correta interpretação”. O que é uma interpretação “correta”? Eros Grau (2016), observa a questão do seguinte modo:

[...] a interpretação é uma *prudência*, de sorte que a decisão jurídica correta a ser tomada em cada caso há de ser aquela que o juiz entende, em sua consciência, que *deve* (não que *pode*) tomar. (GRAU, 2016, p. 18)

Partindo dessa contribuição, a decisão “correta” surge como um *dever*. Se é um dever, não se pode olvidar que está submetida aos termos da lei preexistente. As conclusões do autor indicam isso:

E de tal modo que a incontrolada deslocação de poder do Legislativo para o Judiciário coloca-nos diante de uma pergunta crucial: pode um Estado, pode uma democracia existir sem que os juízes sejam servos da lei? (GRAU, 2016, p. 18)

Na pesquisa de WERNECK, CARVALHO e BURGOS (2018) a resposta à mesma pergunta – sobre a expressão com a qual mais se identifica – apontou que entre 18 e 29% dos juízes afirmaram se identificar com a afirmação: “O Poder Judiciário deve limitar-se a intervir quando mobilizado por indivíduos ou grupos em conflito em torno de um bem juridicamente disciplinado”. O maior percentual, 29% foi encontrado entre juízes de tribunais superiores, ficando em 20% entre juízes de primeiro grau. A afirmação pode conter alguma ambiguidade, mas se entendemos que “conflito em torno de um bem juridicamente disciplinado” é um conflito em torno da aplicação da lei a um caso concreto, então a resposta traz a conclusão de que – em média – apenas 1/5 dos juízes estão dispostos a aceitar que sua posição seja de aplicação estrita de uma lei preexistente. Apenas para complementar, entre 11 e 14% dos respondentes se identificaram com a afirmação: “O Poder Judiciário deve atribuir-se um papel ético-moral na sociedade, educando-a para a vida pública e a cidadania”.

Como se vê, essas questões da pesquisa, tanto quanto suas respostas, se preocupam com o problema do protagonismo político e social dos juízes, especialmente pelo viés de sua visão, como grupo, acerca do papel que consideram dever cumprir no Estado e na sociedade. Mas não explicitam os problemas jurídico-políticos essenciais que estão subjacentes às respostas dadas e ao porquê das preocupações com a atuação dos juízes para fora do que seriam suas funções no Estado de Direito sob condições de democracia.

Cláudio Ladeira de Oliveira (2015) faz uma fundamental advertência sobre essa questão a partir de uma análise sobre a relação entre democracia e ativismo judicial:

Mas o que dizer sobre as instituições políticas “contramajoritárias” cuja existência às vezes é justificada sob o argumento de que são destinadas conter tais injustiças? Em primeiro lugar, e acima de tudo, é preciso ter em mente que também elas são fonte de injustiças reais e potenciais. Os membros do poder judiciário, por exemplo, podem desenvolver interesses próprios e preferências ideológicas próprias e utilizar os instrumentos do controle de constitucionalidade para promovê-los. E mesmo quando atuam buscando apenas promover a aplicação adequada do direito em vigor, interpretando de boa-fé institutos jurídicos essencialmente controvertidos, é possível que supervalorem as suas próprias capacidades intelectuais e terminem por tomar decisões cujas consequências são contraproducentes mesmo do ponto de vista dos interesses que deveriam ser promovidos. (OLIVEIRA, 2015, p. 191)

Há dois pontos que podem ser considerados determinantes para a compreensão do problema. O primeiro deles é colocado por Carl Schmitt (2007) ao enfatizar a importância da “diversidade objetiva entre lei e sentença judicial”. (p. 55) Essa é uma diferenciação que permanece objetiva, na visão de Schmitt, a despeito das imprecisões que possam se colocar quanto à divisão dos poderes ou mesmo quanto ao número de poderes do Estado. Uma sentença é diferente de uma lei pois “no Estado de Direito, existe justiça somente como sentença judicial *com base* em uma lei.

Essa distinção entre a lei e os demais atos praticados no âmbito do Estado remonta a Rousseau. Rousseau definiu a soberania como o “exercício da vontade

geral”, afirmando-a como inalienável e indivisível, e situando a soberania no povo³⁸. Ao tratar a soberania como indivisível ele categoricamente relaciona a soberania com a lei:

Pela mesma razão que a torna inalienável, a soberania é indivisível, porque a vontade é geral, ou não o é; é a vontade do corpo do povo ou apenas de uma de suas partes. No primeiro caso, essa vontade declarada constitui um ato de soberania e faz lei; no segundo, não passa de uma vontade particular ou um ato de magistratura: é, no máximo, um decreto. (ROUSSEAU, p. 38)

Assim, tendo a soberania como indivisível³⁹, Rousseau distingue a lei – ato soberano – dos atos de aplicação da lei – atos de magistratura, que podem ser “no máximo, um decreto”, ou, poder-se-ia dizer, uma sentença. Ao tomar como parte da autoridade soberana “o que não era mais do que emanações da mesma”, dirá Rousseau:

Assim, olhou-se por exemplo, o ato de declaração de guerra e o de assinar a paz como atos de soberania, o que é falso, uma vez que cada um desses atos de modo algum constitui uma lei, mas tão-somente uma aplicação da lei, um ato particular que determina o caso da lei[...] (p. 39)

As afirmações são inconfundíveis e demonstram não só a colocação da soberania na lei, e por consequência no legislativo, mas, especialmente para o nosso interesse aqui, estabelece uma distinção fundamental entre o que seja a lei e o que sejam atos de aplicação da lei, sendo a primeira o exercício da soberania, o os segundos apenas emanações do ato soberano original.

³⁸ “Se o povo, portanto, promete simplesmente obedecer, dissolve-se em consequência desse ato, perde sua qualidade de povo; no instante em que houver um senhor, não mais haverá soberano, e a partir de então, o corpo político estará destruído”. (ROUSSEAU, edição eletrônica, disponível em www.jahr.org, p. 37)

³⁹ Diz ele: “Porém nossos políticos, não podendo dividir a soberania em seu princípio, dividem-na em força e em vontade, em poder legislativo e em poder executivo, em direitos de impostos, de justiça e de guerra, em administração interior e em poder de tratar com o estrangeiro; ora confundem todas essas partes, ora as separam; fazem do soberano um ser fantástico formado de peças ajustadas; é como se compusessem o homem reunindo diversos corpos, um dos quais teria os olhos, outro os braços, outro os pés, e nada mais. Os pelotiqueiros do Japão, segundo dizem, despedaçam uma criança à vista da assistência; em seguida lançam ao ar, um após outro, todos os membros, e fazem a criança voltar ao chão viva e completamente rejeitada. Tais são aproximadamente os engodos de nossos políticos: depois de haverem desmembrado o corpo social graças a uma prestidigitação digna da feira, reúnem as peças não se sabe como” (p. 38)

Rousseau vê a lei como manifestação geral da vontade geral, quando “todo povo estatui sobre todo o povo”, e por isso “só a si mesmo considera”, devendo por isso ser a lei uma manifestação abstrata, distinguindo novamente a lei de sua aplicação nas funções do Estado, pois “toda função que se relacione com um objeto individual não pertence de nenhum modo ao poder legislativo”. E conclui:

Vê-se ainda que, reunindo a lei da universalidade da vontade e a do objeto, tudo que um homem, seja quem for, ordena de sua cabeça não é em absoluto uma lei; mesmo o que é ordenado pelo soberano acerca de um objeto particular não é igualmente uma lei, mas um decreto; nem constitui um ato de soberania, mas de magistratura. (ROUSSEAU, p. 54) (grifo meu)

Ingeborg Maus (2010) aprofunda esta interpretação e considera que com a democratização do Estado é alcançada pela primeira vez a separação de duas funções que sob o absolutismo coincidiam: “a soberania e o poder estatal”:

Por isso, soberania popular significa que a atividade legislativa incumbe exclusivamente ao “povo”, ou seja, àqueles que não são funcionários, em oposição aos titulares de funções públicas dos aparelhos estatais, de modo que toda ação do poder estatal, devido à vinculação legal deste, deve ser absolutamente controlada e dirigida pela base social. (p. 139) (grifo meu)

Maus (2010) dirá então que essa separação – entre soberania e poder estatal – é condição essencial da democracia. Que a soberania é indivisa e permanece na base social somente quando:

[...] a nenhum poder estatal é concedida a mínima participação na atividade criadora do Direito (e, por conseguinte, na autoprogramação) é que a fórmula “domínio do povo mediante domínio da lei” pode assumir um caráter não ideológico. (MAUS, 2010, p. 139)

O sentido de *autoprogramação* pode ser compreendido como a capacidade dos poderes estatais (constituídos) decidirem sobre si a partir do direito, produzindo direito, e, por conseguinte, se autoprogramando:

[...] a exclusão da autoprogramação jurídica dos aparelhos estatais implica uma assimetria específica na repartição de **âmbitos isentos do Direito** que deve ser vista como constitutiva para uma democracia: a juridicização total dos aparelhos estatais e inversamente – para os

cidadãos – a subsistência da liberdade do estado natural para além dos limites de cada lei com suas disposições exatas. (MAUS, 2010, p. 139-140) (grifos meus)

Então uma sentença é diferente de uma lei não apenas porque ela representa exercício de uma função diferente por pessoas diferentes. Uma sentença é objetivamente diferente de uma lei porque uma sentença só tem lugar no exercício de um ato de magistratura *com base em uma lei* preexistente.

A “juridicização total” dos aparelhos estatais implica reconhecer a estrita legalidade a que estão sujeitos seus membros – em nosso caso os juízes – no exercício de suas funções. Como recorda Oliveira (2015): “As ameaças ao Estado de direito não se originam exclusivamente no legislativo ou executivo. Também a interpretação das leis é uma fonte potencial de abusos de poder”. (p. 195). E ainda:

Decisões judiciais motivadas pelo auto-interesse também podem ser exemplificada pelos casos em que os magistrados utilizam seus poderes institucionais para enfrentar lideranças políticas que afetam seus interesses ou para barganhar políticas de seu interesse com os poderes executivo e legislativo. (OLIVEIRA, 2015, p. 198).

Oliveira (2015) também lembra que apesar da possibilidade de multiplicidade ideológica dos membros do judiciário “é possível que juízes com convicções ideológicas conflitantes atuem de um modo similar na defesa de seus interesses institucionais comuns”. Isso acontece, segundo Ferejohn e Pasquino (2003) porque juízes “vão encontrar mais facilidade para agir com base em interesses institucionais comuns do que membros do legislativo”. (p. 259) Esta facilidade está ligada à estrutura hierárquica do judiciário e também pelo treinamento comum.

Se a soberania, em sentido democrático, reside no povo, como costumamos afirmar e reconhecer, então a compatibilização do judiciário com a democracia implica uma forte *submissão* dos juízes à lei. *Submissão à lei* nos dois sentidos antes sublinhados: 1) na aplicação da lei a um caso concreto. 2) na atuação em conformidade com a lei no que toca ao exercício próprio de suas funções como estão reguladas, de seus direitos e deveres legais, ou atos de administração.

Mas, como demonstram Ferejohn e Pasquino (2003), juízes e tribunais entram em conflito com as demais instituições, especialmente com o parlamento. Tais conflitos são ideológicos e institucionais, mas carregados com a marca da legalidade.

A legalidade e o império da lei são utilizados como fundamento desses conflitos, mas eles são conflitos “políticos” e “estão enraizados no desejo de manter ou ampliar autoridade e não necessariamente ligados às normas de legalidade em si” (FEREJOHN e PASQUINO, 2003). Então o percurso da *submissão do juiz à lei* no sentido de compatibilizar a atuação dos juízes à democracia exige reconhecer um conjunto de condições que pode ser assim descrito:

1º. Democracia e legalidade são compatíveis. Mas, por isso mesmo, uma lei é diferente de um ato de jurisdição e um ato de jurisdição não pode nunca pretender ser uma lei.

2º. Todo ato de jurisdição é (ou deve ser) um ato do juiz ou tribunal – uma decisão – com base em uma lei preexistente.

3º. Somente quando o juiz ou tribunal toma uma decisão *com base em uma lei* preexistente – manifestação democrática da soberania popular – sua atuação é compatível com a democracia

4º. Um ato do juiz ou tribunal sem base em uma lei não é um ato de jurisdição, e por isso, ainda que se lhe dê a aparência de ato judicial, deve estar sujeito a controle.

5º. Nem tudo o que um juiz ou tribunal faz é justiça, ou seja, nem todo ato praticado por um juiz ou tribunal é – pelo fato de ter sido praticado por um juiz ou tribunal – um ato de jurisdição.

6º. Decisões sobre a forma da *administração da justiça* são decisões políticas são e não de jurisdição, e, portanto, não podem pertencer exclusivamente ao judiciário se se quiser compatibilizá-lo com a democracia.

7º. Juízes e tribunais tomam decisões políticas sob o argumento da legalidade, e o fazem muitas vezes visando manter ou ampliar sua autoridade, e por isso devem estar sujeitos a controles democráticos.

As respostas em pesquisas como aquela indicada acima podem revelar o que juízes pensam e dizem, mas não necessariamente o que fazem. Parte-se do pressuposto básico de que juízes integram um governo *do* povo e, portanto, integram a democracia quando se submetem à lei. Quando se submete à lei em sua aplicação e interpretação, nos casos em que estão julgando. Mas também quando estão aplicando e interpretando a lei a si próprios, ou seja, quando eles são o objeto da norma. E essa é uma questão fundamental que cerca a atuação do Conselho Nacional de Justiça: o modo como juízes estão dispostos a aceitar a aplicação da lei ou resistir a ela, quando eles próprios estão sendo regulados, ou seja, quando são seus atos em si e seus interesses que estão submetidos a uma definição e conformação legal em condições regulares da democracia.

3. JUÍZES E SEUS INTERESSES.

A disposição de juízes para identificar sua posição na estrutura institucional do Estado e como veem sua função são questões importantes. Tanto quanto sua compreensão do funcionamento da democracia e como devem agir em relação a ela. Juízes estão propensos à democracia? Que função eles efetivamente têm e que função consideram ter em um Estado democrático? Essas são questões muito relevantes sobretudo porque juízes estão de alguma forma integrados ou são considerados parte do que se considera *elites* do país⁴⁰, e também porque não estão à parte do Estado, integrando sua estrutura de autoridade.

No capítulo anterior apontou-se que a forma possível de estabelecer uma relação entre judiciário e democracia, ou mais especificamente entre os juízes e a democracia, é a submissão dos magistrados à lei. Essa submissão se dá em duas direções: a) na interpretação e aplicação da lei a terceiros. b) na interpretação e aplicação da lei às suas próprias práticas e direitos.

Juízes tem uma posição *sui generis* sobre a decisão política. Convertido o conflito em processo, e transmutada a decisão política em divergência, para a qual será necessária uma decisão judicial, juízes podem se tornar árbitros de seus próprios interesses. Para deixar a questão mais explícita, imaginemos que o legislativo aprove uma lei que implica algum tipo de obrigação aos juízes em geral; surgida uma divergência sobre se esta obrigação pode ser legal e constitucionalmente imposta aos juízes, são eles mesmos, os juízes – e aqui pouco importa se juízes em uma vara ou membros de um tribunal constitucional – que decidirão sobre se a obrigação pode ou não ser imposta, deve ou não ser seguida, ou como ela poderá ou deverá ser seguida.

A possibilidade de divergência em relação à decisão política não é, claro, restrita aos juízes. Membros do parlamento divergem o tempo inteiro. Partidos, grupos de interesse, organizações sociais, indivíduos entre si também divergem sobre as decisões políticas tomadas. Nestes casos eles seguirão divergindo e tentando modificar a decisão política tomada, o que leva em conta inclusive, em eleições futuras, a eleição de membros do legislativo e executivo que estejam mais

⁴⁰ VIANNA et al (1997). “De outra parte, como notório, os magistrados fazem parte das elites e, neste sentido, o fenômeno da intensa mobilidade social que se manifesta entre eles não poderia ser ignorado”. (p. 7)

comprometidos com uma ou outra visão, com a intenção de manter ou modificar dada decisão política. Em última análise, partidos, grupos sociais e indivíduos podem até mesmo utilizar o judiciário como prolongamento de suas divergências e dentro de uma estratégia *política* para sustentar ou evitar a decisão tomada.

O que distingue a situação dos juízes da situação dos demais é que eles não podem – ou pelo menos não poderiam – traduzir sua divergência política em uma decisão judicial. Se membros do parlamento podem, no dia seguinte, seguir divergindo da decisão tomada, membros do judiciário não podem fazer daquele poder uma trincheira para a manutenção da divergência. Essa é a distinção entre uma sentença e uma lei, no sentido expressado por Carl Schmitt (2007, p. 57)

Pode-se dizer que juízes tem a plena possibilidade de agir politicamente, e eles agem, no parlamento e em outros espaços sociais em defesa de seus interesses. No Brasil dos anos 1990 juízes chegaram a realizar greves. Juízes agem e se organizam como grupo com interesses comuns, procuram influenciar as decisões políticas, defendem publicamente opiniões. Geralmente o fazem em organizações, como as associações de juízes, mas podem fazê-lo até individualmente.

Mas como é possível distinguir opiniões, visões e interesses dos juízes – como grupo – das decisões do Judiciário como instituição do Estado? Heterogeneidade social e política poderiam fazer alguma diferença, na medida que diferentes visões de mundo presentes fora do grupo poderiam se apresentar também dentro do grupo. Mas talvez essa não seja uma questão tão simples. Que distinção há, por exemplo, entre a opinião emitida por uma associação de juízes e um tribunal? Em que medida elas se distinguem efetivamente e em que medida elas se interpenetram simbioticamente?

Em *Corpo e alma da magistratura brasileira* Luiz Werneck Vianna, et al (1997) fazem um diagnóstico da composição social do grupo dos juízes e analisam algumas de suas visões. Esse estudo e outros de Vianna foram conduzidos a partir de uma articulação entre a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e os pesquisadores em questão e as instituições de pesquisa às quais são vinculados.

Nesta parte do trabalho tomo esse estudo de Vianna como ponto de partida, cotejando-os com outros estudos realizados, submetendo a teste crítico pontos dos resultados e conclusões alcançados para analisar a manifestação dos interesses dos juízes no plano específico dos seus interesses e de suas visões políticas em três pontos: a) a relação das organizações políticas de juízes com os tribunais; b)

interesses econômicos imediatos de juízes, como salários e benefícios, em relação aos limites legais e constitucionais; c) a forma de angariar legitimidade social e política colocada em curso pelos juízes e tribunais.

3.1. ASSOCIAÇÕES DE JUÍZES E SIMBIOSE COM TRIBUNAIS

A preocupação do estudo de Vianna, et al (1997) esteve centrada na identificação da “origem social” dos magistrados, considerada como uma variável relevante na análise – sociológica – da atuação dos juízes e do funcionamento do judiciário, entendidos os juízes como parte importante da elite nacional. A tese do trabalho considera que a formação da elite judicial sofreu descontinuidades mais profundas que as demais, passando de grupo que fornecia os dirigentes do Estado – sob o império – a uma posição de técnicos de aplicação da lei ao fato social. E também um deslocamento quanto à origem: das elites proprietárias, para as camadas médias da sociedade. (VIANNA et al, 1997).

Vianna, et al (1997) identificam um menor nível de socialização interna dos magistrados, em comparação com carreiras militares do da diplomacia (Itamarati), dado que à aprovação no concurso segue-se a imediata atuação na função, em caráter vitalício, concluindo que

A corporação, deste modo, desconhece recursos formais que, sob a condução da sua hierarquia, venham a expor cada novo juiz à cultura da sua instituição. Daí que, predominantemente pela via da magistratura, a alta burocracia do Estado se apresente permeável às correntes de opinião que se expressam na sociedade, existindo apenas o breve hiato de um concurso público entre o bacharel em Direito e o juiz investido de soberania. (VIANNA et al, 1997, p. 11)

A explicação estaria ligada à inexistência de mecanismos institucionais de socialização dos magistrados. E o resultado uma magistratura “permeável” às opiniões presentes na sociedade. Seria isso mesmo?

VIANNA; REZENDE e BURGOS (2018) repetiram a pesquisa, também sob articulação da Associação dos Magistrados Brasileiros, em 2018. A mesma ideia de verificação da “origem social” parece nortear esse segundo trabalho, revelando uma preocupação em demonstrar a permeabilidade democrática da magistratura e do

judiciário. A conclusão acima parece inalterada, remetendo à ideia de que há uma separação significativa entre os interesses da corporação dos juízes, vista como “heterogênea” e “pluralística”⁴¹.

Essa possibilidade parece bem demonstrada, primeiro pela percepção dos autores, naquele momento, de que o “protagonismo do Judiciário, pelo menos até aqui, aparentemente vem encontrando melhor caminho para sua explicitação no vértice institucional do que na organização da corporação”. (VIANNA et al, 1997, p. 46) Essa ideia aparece combinada com a conclusão de que a magistratura como “ator” teria uma dupla representação: o vértice do Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal; e o vértice da “vida associativa nacional”, através da Associação dos Magistrados Brasileiros. (VIANNA et al, 1997, p. 322).

O que quero considerar é como essa pesquisa, embora não fosse sua intenção, apontou na direção de algo relevante para a compreensão da dinâmica do judiciário brasileiro, sobretudo pós-Constituição de 1988: a simbiose – em curso e que seria reforçada – entre “vida associativa” e Judiciário, a combinação entre interesses corporativos e atos institucionais, entre direitos e privilégios.

No específico, por enquanto, vamos centrar na relação entre associações e judiciário, e no que se pretende afirmar com a ideia de “simbiose”. Na pesquisa mencionada (*Corpo e Alma da Magistratura*), uma das questões avaliava a atitude dos juízes em relação ao papel das associações. As alternativas eram as seguintes:

1) As Associações de Magistrados devem ter como objetivo, ao lado do processo de negociação interno ao Judiciário, atuar como uma expressão da consciência jurídica e social desse Poder, aliada à sua representação diante dos demais Poderes e da própria sociedade civil.

2) A vida associativa da magistratura deve limitar-se à criação de um espaço de negociação interno ao Poder Judiciário, com o objetivo de melhor realizar as suas funções. Diante dos demais Poderes e da sociedade civil, os magistrados se fazem representar pelos órgãos máximos – estaduais ou federais – do Judiciário.

⁴¹ “[...] a corporação se apresenta recortada pluralisticamente, podendo-se notar que ela conhece diversos sistemas de orientação, salvo na questão da autonomia do Poder Judiciário e na da soberania do juiz, diante das quais há largo consenso”. (VIANNA et al, 1997, p. 14)

O resultado apontou que 84,7% dos respondentes consideravam que as associações deveriam atuar como “expressão da consciência jurídica e social” do Poder Judiciário. E também como representação desse poder “diante dos demais poderes e da sociedade civil”. A relevância, quase assustadora, da resposta está em que juízes consideraram que as associações deveriam se tornar a expressão e representante do Judiciário, ou do que quer que seja sua “consciência jurídica e social”. Isso sem sair de seu papel de negociação de interesses internamente, pois bem lidas as alternativas, pode-se concluir que 100% dos respondentes continuavam entendendo o processo de negociação interna de interesses como função das associações.

A mesma pesquisa apontou que, naquela ocasião, 38,1% dos respondentes consideravam que eles juízes deveriam ter a “possibilidade de [...], licenciando-se de suas funções, exercerem mandatos ou cargos no Legislativo e no Executivo”. E 93,3% tinham uma atitude “favorável” ou “muito favorável” à adoção, pelas associações de magistrados, de um “papel na vida pública”. (VIANNA et al, p. 132).

É muito elucidativo constatar que a pesquisa em questão parte de um pressuposto teórico: a existência de uma “crescente aproximação do sistema de *civil law* brasileiro aos institutos da *common law*”. Então, “trazido para o centro da vida pública, não é surpreendente que o juiz venha a redefinir sua identidade, alargando o campo de sua intervenção sem abdicar do seu papel específico”, concluem os autores da pesquisa. Há uma dominância, nesse passo, da ideia de convergência entre os sistemas da *civil law* e da *common law*, explicada a partir da “inadequação do seu [do judiciário] sistema de origem normativista”, ou ainda da “erosão do padrão normativista”. Em síntese: “O deslocamento da tradição normativista consiste na melhor e na mais geral caracterização do novo sistema de orientação do magistrado brasileiro”. (VIANNA et al, 1997, p. 12-14). Isso indica, ao menos em tese, uma propensão dos juízes, em sua atuação, de identificarem seu padrão de decisão com aquele emergente da *common law*.

É difícil verificar, em pesquisas dessa natureza, em que o pesquisado é também o definidor dos rumos da pesquisa, o ponto de distinção entre a simples constatação e a intencionalidade, ou seja, entre a captura do retrato nas condições naturais do retratado ou se a pose foi previamente organizada pelas perspectivas de

luz a que se condiciona o fotógrafo ou mesmo retocada e ajustada pelo fotografado⁴². É difícil distinguir precisamente diagnóstico de prognóstico e de intenção, sobretudo quando se cruzam as perspectivas da pesquisa acadêmica com as perspectivas do grupo social (corporação para usar a palavra de VIANNA et al., 1997) pesquisado. Se há algo de relevante em uma pesquisa conduzida pela batuta de uma organização de juízes é que se deve considerar que ela provavelmente também pavimenta o agir associativo a partir resultados encontrados⁴³.

Ao que parece, premidos pelas demandas crescentes, levados a conviver com uma pletera de processos que repetem demandas cotidianas, os juízes passam a refletir e internalizar na atuação das associações reflexões sobre seu próprio poder, reivindicando para tanto uma posição política na definição dos rumos do Estado e recusando sistematicamente a condição de “técnico-perito no ajustamento da lei ao fato social”. A ideia de juiz como “guardião” de uma ordem constitucional se espraia, pela ação das associações, do topo da estrutura judiciária – STF – para a base, embalada pela ideia de que caberia ao juiz ser o “guardião das promessas”⁴⁴ não cumpridas pelo Estado.

⁴² A metáfora do retrato foi utilizada pelos pesquisadores do trabalho citado em sua conclusão. Para melhor compreensão da alusão: “No curso da exposição da pesquisa, tentou-se corrigir a natureza inevitavelmente imóvel de um retrato com uma análise das tendências que, em uma série de vinte anos, pudesse vir a fornecer informações sobre o sentido recente do movimento da corporação. Nada, porém, para escamotear aquilo que é intrínseco a um retrato, imagem parada no tempo e que, por isso mesmo, somente pode sugerir, com vagueza e imprecisão, as possibilidades do movimento futuro. Em particular, porque nessa pesquisa o retratado é surpreendido em meio a um vigoroso processo de mudança na sua identidade, que vem alterando, a um só tempo, a composição social dos seus quadros e a forma de inscrição da sua corporação na sociedade brasileira”. E ainda: “A magistratura, ademais, além de ser uma instituição é também um ator e, no caso brasileiro, com dupla representação: o vértice do Poder Judiciário – o Supremo Tribunal Federal – e a sua vida associativa nacional – a Associação dos Magistrados Brasileiros. E a ele cabe, em interação com os aliados que souber mobilizar em favor da democratização do judiciário e do acesso à Justiça, retocar o acabamento do seu retrato, em uma circunstância de intensa pressão social, logo em seguida ao descortino, por parte da moderna sociedade brasileira, do quanto é estratégica a questão desse poder para uma agenda pública democrática”. (VIANNA et al, 1997, p. 321-322)

⁴³ Aqui considero relevante apontar uma questão que me parece da maior importância quando se trata de análises acadêmicas do judiciário. A expectativa de que juízes possam ser influenciados pela visão teórica à qual são expostos quando se aproximam dos círculos universitários precisam ser bem apreciadas, sobretudo porque pode haver muita confusão na transição entre uma perspectiva teórica e sua conformação numa atividade prática diária como a de julgar processos, e também porque há uma inegável influência recíproca, numa via de mão dupla: acadêmicos podem estimular novas visões aos juízes, mas juízes passam a influenciar a direção de trabalhos acadêmicos em torno de suas visões. Fronteiras borradas são um terreno fértil para todo tipo de resultado, mesmo aquele não pretendido.

⁴⁴ A ideia de “guardião das promessas” refere à obra do juiz francês Antoine Garapon. Embora a pesquisa seja de 1997 e a 1ª edição de Garapon no Brasil seja de 1999, é provável que suas ideias já fossem aqui conhecidas. A segunda rodada da pesquisa coordenada por Luiz Werneck Vianna, de 2018, faz uma referência explícita a essa ideia de Garapon.

Juízes são encarados, ou encaram a si mesmos, como técnicos, portadores de um saber especializado, que justifica (meritocraticamente) seus salários elevados, mas também são – ou desejam ser – atores políticos de relevância; não querem ser apenas aplicadores da norma ao fato, desejam ser poder. A visível ambiguidade dessa dúplice posição é contornada por uma também dúplice representação: de um lado pelos órgãos superiores do judiciário, de outro pelas associações de juízes. E o mais importante: não em um processo apartado de representação ou numa disputa entre interesses corporativos de grupo e posição institucional, mas ao contrário, em uma combinação dos interesses às estruturas institucionais e/ou sua acomodação e garantia institucional. Viabilizados pela simbiose entre representação associativa e tribunais. Essa percepção é compartilhada por Ferejohn e Pasquino (2003) que consideram que juízes tem maior facilidade em para “agir com base em interesses comuns” (p. 258) e uma das razões é o seu “treinamento comum e expectativas gerais quanto ao comportamento judicial adequado” (p. 259).

É interessante registrar como isso surge em “Corpo e Alma da Magistratura Brasileira”, menos pelos resultados em si da pesquisa, e mais pelo que ela parece apontar aos juízes em relação ao que seria sua atuação futura. O uso dos verbos no futuro do pretérito torna as afirmações indiretas. Mas recorrência a Tocqueville e à ideia de “revolução sem revolução” não deixa dúvida do acentuado peso que é dado à visão de que juízes poderiam se tornar os protagonistas do processo de mudança social conduzindo uma revolução silenciosa e sem rupturas: “A revolução como que abandonaria a forma do especificamente político para se internalizar nas instituições, tendo encontrado nelas o seu portador, igualmente constitucional – a magistratura”. (VIANNA et al, 1997, p. 33), é uma das conclusões.

Essa posição – acima – explicaria a busca de aproximação entre *common law* e *civil law*, para que, em países dessa última tradição, o judiciário assumira um “formato institucional compatível com as exigências contemporâneas”, desprendendo-se “do ideário e dos processos que conduziram, pela via da revolução, a passagem do mundo tradicional ao moderno, e que teriam resultado na imobilização política daquele Poder”. (VIANNA et al, 1997, p. 36)

A revolução como ruptura é vista como um ponto problemático e responsabilizada pela conformação do judiciário a uma posição de submissão à

soberania popular e à supremacia do legislativo. Há, no desejo dessa revolução silenciosa, a expectativa de uma disputa pela soberania.

A convergência entre *civil law* e *common law* não é vista como um fenômeno social ou político, mas como uma possibilidade de um judiciário que se “autonomiza do controle do sistema político”, e isso torna esse Poder “um novo protagonista do sistema político do mundo moderno, paradoxalmente mais ativo e intervencionista nos países de *civil law*...” (VIANNA et al, 1997, p. 37). Essa explicação parece convergir com a interpretação de John Griffith (1997) de que os juízes tendem a exercer maior “criatividade” judicial na interpretação de leis formalmente estatuídas, do que no desenvolvimento da *common law*.

De um lance a posição esperada da magistratura é revelada por inteiro: é “na invenção do futuro que a ideia do direito associado ao ideal de justiça demandaria um novo ator” (VIANNA, et al, 1997):

O novo ator nasce com papel substitutivo às utopias que até recentemente estariam a animar o mundo [...] O Judiciário, quer como ator coletivo, quer por meio da ação heróica e compadecida do juiz individual, abandona seu canto neutro e se identifica com a preservação dos valores universais em uma sociedade que cada vez menos se reconhece no seu Estado, em seus partidos e no seu sistema representativo. [...] Os intelectuais do Judiciário seriam a consciência dessa revolução silenciosa que se desenrolaria a partir do interior do núcleo do Estado [...]. (VIANNA et al, 1997, p. 39)

Essas não são questões necessariamente novas, mas elas se associam ao ponto aqui desenvolvido à medida que, ao apontar para o protagonismo do Judiciário o faz num contexto específico – de uma pesquisa cujas expectativas políticas e teóricas são conduzidas por uma organização corporativa de juízes – e com um objetivo específico – de apontar como o vértice da “vida associativa” poderia se tornar o condutor da “revolução silenciosa” em paralelo ao vértice institucional do Judiciário (o STF).

As associações de magistrados em geral, e em particular a Associação dos Magistrados Brasileiros, ao que parece, atuaram reforçando a ideia de protagonismo da magistratura, como parte de sua estratégia política. Mas há algo mais. Vianna et al (1997) considera, naquele momento, que as atitudes dos juízes expressam duas ideias-força:

a primeira, se caracteriza pela intenção de atribuir ao Poder Judiciário maior atividade nos processos de mudança social, tendo como base a vida associativa dos magistrados e não o vértice hierárquico daquele Poder; [...] a segunda ideia-força se constitui na percepção que enfatiza o papel do juiz na mudança social – o herói não é o Judiciário, mas o juiz. (VIANNA, et. al, 1997, p. 323)

Então o círculo se fecha. O herói é o juiz e a vida associativa uma espécie de “sala de justiça” em se organiza a ação para a preservação dos “valores universais” da sociedade, a qual já não se reconhece no Estado decaído. A ênfase na vida associativa é real, mas também útil para vencer o paradoxo presente no fato de que juízes são integrantes desse mesmo Estado.

Fabiano Engelmann (2006) em um estudo sobre o “associativismo e engajamento político dos juristas” analisa como esse engajamento aparece no período de formação da Constituição de 1988 e prossegue após ela. Ele verá, por exemplo, na proposta “democratizadora” de reforma do judiciário uma afinidade com o “discurso dos movimentos associativos de magistrados, que opõem-se às propostas racionalizadoras que tendem a diminuir o poder político do Judiciário e, ao mesmo tempo, suas garantias corporativas”⁴⁵.

Ao analisar o surgimento e atuação da AJURIS (Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul) Engelmann (2006) identifica duas funções principais da associação:

A primeira, de mediar interesses dos juízes de primeiro grau junto à cúpula do Tribunal de Justiça e, a segunda, de representar politicamente os interesses do conjunto do poder Judiciário frente à sociedade. (ENGELMANN, 2006, p. 197)

A magistratura, como corporação de agentes estatais, vai organizar seu engajamento associativo em torno desse duplo papel da associação. De um lado defender interesses corporativos dos juízes. De outro funcionar como canal de expressão das “posições políticas da cúpula do Tribunal frente à sociedade ou a outros poderes de Estado” (ENGELMANN, 2006, p. 198). A defesa corporativa:

⁴⁵ “Num mesmo sentido, a mobilização de estratégias de lobby e alianças com diversas associações estaduais e nacionais em torno de uma concepção de ‘reforma do judiciário’ demonstra que nesse processo está em jogo o papel ‘político’ e o espaço que os juristas de Estado ocupam na esfera do poder nacional” (ENGELMANN, 2006, p. 195)

[...] é feita com a preocupação de formar um núcleo comum que representa a “lógica do juiz”. As reivindicações salariais, prerrogativas da profissão, etc., são apresentadas como garantias da “dignidade do cargo”, da “autonomia do juiz”, que se confundem com a defesa da autonomia do Judiciário. (ENGELMANN, 2006, p. 198)

Veremos na sequência alguns exemplos de manifestação desse tipo especial de discurso.

3.2. A “LÓGICA DO JUIZ” NAS NOTAS PÚBLICAS DA AMB

Os exemplos da ambígua posição e da “lógica do juiz” identificada por Engelmann (2006), aparecem em profusão. Para ilustrar e exemplificar, se procurou a seguir identificar e descrever essa lógica em notas públicas de manifestações produzidas pela AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros, em anos recentes. Não houve preocupação em realizar um corte temporal ou temático específico. Há inúmeras outras notas de conteúdo idêntico, das quais aquelas apresentadas abaixo são apenas exemplos:

1º. Em nota pública de 23.12.2021 a associação critica a decisão do governo federal de dirigir reajustes a apenas uma ou duas categorias de servidores públicos. Faz a defesa da valorização de “todas e todos que se dedicam às carreiras públicas”, e ampara a defesa no seguinte argumento:

O Judiciário, durante todo o período da pandemia, marcado por sofrimento e incertezas, respeitou novos limites legislativos e atuou como garantidor dos direitos fundamentais e da democracia. A atuação das magistradas e dos magistrados brasileiros resultou na destinação direta de milhões de reais para o combate ao coronavírus. (AMB, 2021)

Há uma nítida e proposital confusão entre deveres funcionais, garantia de direitos fundamentais, e salário.

2º. Em nota de 21.08.2021 a associação repudia o pedido de impeachment do ministro Alexandre de Moraes, com o seguinte argumento:

Decisões judiciais devem ser contestadas no âmbito do Poder Judiciário e jamais por meio de instrumentos políticos. Temos a certeza de que as instituições – em especial, o Senado Federal – saberão reagir a toda e qualquer tentativa de rompimento do Estado de Direito e da ordem democrática. (AMB, 2021)

A nota foi emitida ecoando nota semelhante do STF do dia anterior, 20 de agosto de 2021. Aqui a associação repisa a ideia de que tudo o que o juiz faz é ato jurisdicional, não cabendo questionar tais atos em qualquer nível de controle e ignora, ou omite, o fato que, na ordem constitucional brasileira, sob o “estado de direito”, o impeachment de um ministro do Supremo Tribunal Federal é uma possibilidade normativa válida.

3º. Em 07.04.2021 a associação repercutiu nota da AMATRA IX para repudiar ofensa a uma magistrada em audiência. Entre os argumentos surge:

A ofensa dirigida a uma magistrada não atinge apenas a figura da juíza no desempenho de suas funções, mas a dignidade de todos o Poder Judiciário. (AMB, 2021)

Há uma diluição do fato em si, que deveria ser apurado, e seu aproveitamento e deslocamento para torná-lo um “ataque” ao judiciário como instituição. Um conflito sobre o cumprimento da lei ou um conflito específico no contexto de um processo, são amplificados e apresentados como um conflito de natureza institucional.

4º. A nota de 28.09.2020 faz a defesa da atuação do Desembargador Klever Rêgo, nos seguintes termos:

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) vem a público esclarecer que considera descabida a discussão de decisão judicial em via administrativa, por meio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no caso que envolve a atuação do desembargador Klever Rêgo, relator do litígio sobre a massa falida da Usina Laginha, em Alagoas. (AMB, 2020)

Aqui a associação reforça a indistinção entre o que é jurisdicional e o que não é jurisdicional, para demarcar posição contra a atuação do CNJ, já que havia representações no Conselho, questionando a atuação daquele juiz do ponto de vista legal e funcional.

5º. Em nota pública de 24.06.2020 a associação se posiciona a respeito de um artigo intitulado “Quando o judiciário silencia: agravamento da violência contra a mulher?”, assinado por três pesquisadoras ligadas à Universidade Federal de Minas Gerais. O título da nota pública é emblemático: *O judiciário não silencia, age!* A nota, que como se vê toma a função de defesa institucional do judiciário, é assinada não só pela associação, mas também por uma juíza e uma desembargadora, representando, a primeira o Fórum Nacional de Juízes e Juízas de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher – FONAVID, e a segunda, o Colégio de Coordenadores da Mulher em Situação de Violência Doméstica do Poder Judiciário Brasileiro, um órgão institucional interno aos tribunais.

6º. Em nota de 01.08.2019 a associação repudia “crimes cometidos com a invasão de celulares”. O vazamento de conversas em aplicativos foi tratado como crime “*com o nítido propósito de desestabilizar as instituições democráticas*”. Aqui o vazamento das conversas é apresentado como desejo de desestabilizar instituições democráticas, confundindo – propositalmente – responsabilidade penal de hackers, e também eventuais responsabilidades penais e funcionais de agentes públicos com as instituições democráticas do país. Afora o fato de tratar antecipadamente como crime o que ainda estava em apuração, a nota produz um curioso vínculo entre a dúvida sobre a legalidade de atos praticados por agentes do Estado e a desestabilização de “instituições democráticas”.

7º. Em nota de 12.08.2015, “em defesa da independência da magistratura”, a associação faz a defesa do então juiz Sérgio Fernando Moro. Um dos argumentos é o seguinte:

Os juízes brasileiros estão mobilizados para assegurar a manutenção da institucionalidade no País. Não fossem as prerrogativas da magistratura, o Poder Judiciário brasileiro estaria sem suas garantias fundamentais: imparcialidade e independência. Sem tais predicados não teríamos força institucional para processar casos de corrupção da envergadura das operações como a Lava Jato e Zelotes. (AMB, 2015)

As “prerrogativas” dos juízes são correlacionadas com “imparcialidade e independência” do Poder Judiciário, em nome de quem a associação fala.

8°. Em nota de 15.06.2016 a AMB dirigiu crítica à Associação Nacional de Jornais – ANJ pelo prêmio atribuído ao jornal Gazeta do Povo, de Curitiba, por matéria jornalística sobre salários de juízes do Paraná excedendo ao teto constitucional. Eis parte da nota:

A postura da Associação Nacional de Jornais (ANJ) de premiar jornalistas por matéria tendenciosa sobre os vencimentos da magistratura é um atentado ao direito à informação. Laurear o jornalismo irresponsável e voltado a descredibilizar a magistratura brasileira atenta não somente contra o Poder Judiciário, mas contra cada cidadão brasileiro que tem o direito de ser bem informado. (AMB, 2016)

A crítica aos altos salários, encartada em matéria jornalística, é apresentada como um “atentado” contra o Judiciário e contra cada cidadão brasileiro.

9°. A Nota Pública de 09.12.2015 contém uma ácida crítica ao parlamento:

Agressões físicas e verbais no espaço do Parlamento, assistidas por todo o País, nos diminuem como nação aos olhos do mundo e reduzem a política aos elementos mais subvertidos do seu conceito civilizatório. Empresários, trabalhadores e toda a cidadania merecem respeito diante da apreensão e instabilidade que tais posturas impõem aos País, e não uma classe dirigente que parece ter renunciado à representação, mais preocupada em tomar ou se manter no poder a qualquer custo. Partidos sem programa, políticos sem compromisso partidário, tornam a política nacional um componente lamentável, que gera desconfiança naqueles que representam o povo, fenômeno altamente danoso às instituições democráticas. É imperioso neste momento de crise a construção de um consenso nacional para cessar a destruição do país e iniciar a reconstrução de um padrão político ético e altivo para o pleno exercício dos direitos sociais e econômicos, pleito inarredável da dignidade humana. (AMB, 2015)

Aqui a associação parece dar cabo de outra perspectiva desejada para sua atuação: a representação do Judiciário diante dos demais poderes, vocalizando a crítica de um poder na direção dos demais. Essa crítica faz lembrar a observação de Oliveira (2015) para quem:

[...] algumas das características mais costumeiramente apontadas como ‘prova’ da superioridade do poder judiciário face à ‘mundana’ política prática são exatamente o resultado de procedimentos políticos, disputas partidárias e negociações parlamentares. (p. 194)

E é exatamente a crítica a esses aspectos do agir político no parlamento que a nota da associação dirige sua crítica. Mais que isso, insere-se no processo de disputa

político buscando fortalecer sua posição sob a aparência de neutralidade asséptica, como uma voz especializada e superior à política “mundana”.

10°. Em nota de 28.07.2016 a AMB repudia o pedido do ex-presidente Luiz Inácio “Lula” da Silva encaminhado à ONU em relação a seu julgamento pelo juiz Sérgio Fernando Moro.

Para a entidade, a Corte Internacional não deve ser utilizada para constranger o andamento de quaisquer investigações em curso no País e, principalmente, aquelas que têm como prioridade o combate à corrupção. A AMB vê com perplexidade as diversas tentativas de paralisar o trabalho da Justiça brasileira. O fato reforça a relevância da imediata rejeição ao Projeto de Lei do Senado (PLS) 280/2016 que tipifica como crime por abuso de autoridade diversos atos comuns no curso de investigações. Para a AMB, o texto é uma clara tentativa de amordaçar a magistratura brasileira. Nas entrelinhas, o projeto prevê uma série de penalidades para tentar paralisar juízes e juízas, além de procuradores e polícias, por desempenharem o seu ofício como determina a legislação. Tal texto, se já estivesse consolidado em lei, jamais tornaria possível uma operação investigativa como a Lava Jato.[...] O País e toda a sociedade precisam estar atentos aos ataques contra o Poder Judiciário, para que tal absurdo não avance no Congresso Nacional, com o único objetivo de favorecer investigados e envolvidos em grandes casos de corrupção. (AMB, 2016)

O uso do instrumento (legítimo) de ida ao comitê da ONU é apresentado como uma “tentativa de paralisar a justiça brasileira”. E então o contexto político é aproveitado para reforçar uma reivindicação dos juízes contra a aprovação de projeto que tipifica o abuso de autoridade, que por sua vez é apresentado como parte dos “ataques contra o Poder Judiciário”. Ou seja, todo e qualquer questionamento de um ato de um juiz passa a ser considerado um ataque ao conjunto da magistratura e ao Judiciário.

11°. A nota de 15.09.2016 é dirigida à defesa do juiz Manoel Carlos de Gouveia Soares Neto, do Estado do Pará, após sua decisão, como juiz eleitoral, de indeferir o registro de candidatura de Paulo Liberte Jasper.

Este agir fere o Estado Democrático de Direito e as leis que regem a vida em sociedade, e merece o absoluto repúdio da AMB, que não se quedará silente ou inerte na defesa de seu associado, da democracia e dos direitos civis. (AMB, 2016)

A crítica que o candidato com registro indeferido dirige publicamente à decisão é vista como a ferir “o Estado democrático de Direito” e a defesa do associado aparece ligada à defesa “da democracia e dos direitos civis”. Uma gramática que se funde na defesa, por uma organização de juízes, de uma decisão judicial, revelando uma contradição em relação à sistemática defesa da Associação de que atos jurisdicionais se submetes a recursos mas não à questionamento correicional (no CNJ, por exemplo). O candidato em questão reverteu a decisão e foi eleito prefeito do município de Tailândia/PA naquele ano.

12º. A Nota Pública de 21.10.2016 é assinada conjuntamente pela AMB e pela AMATRA e acusa a Ordem dos Advogados do Brasil, afirmando que a “OAB contribui para o desmonte do judiciário brasileiro”. O que é acusado como atuação da OAB para desmonte do judiciário brasileiro? Uma representação ao CNJ, encabeçada pelo Conselho Federal da OAB e pela OAB-SP em que questiona o descumprimento de deveres funcionais por juízes do Tribunal do Trabalho da 2ª Região em 05.10.2016. Em resumo inúmeros juízes, alegando paralisação (greve) e sob orientação da Amatra, tomaram as seguintes decisões: 1) retirar de pauta todos os processos pautados para 05.10.2016. 2) redesignar as audiências e no despacho de redesignação registrar os motivos do ato. Alguns trechos do despacho sugerido pela Amatra 2:

Todos os Juízes e membros do Ministério Público do País estão unidos pela independência funcional de atuação, a fim de repudiar os ataques perpetrados contra tais carreiras, possibilitando que se faça a melhor justiça, se estabeleça a paz social e se faça a verdadeira democracia. [...] Tais esforços revelam-se em iniciativas como: (a) a retomada, em inusitado regime de urgência, do PL 280/2016 (abuso de autoridade), com diversos tipos penais que criminalizam condutas corriqueiras na condução de processos judiciais ou inquéritos civis e policiais; (b) a PEC 62/2015 (alteração do art. 93/CF para desvincular os subsídios da Magistratura dos subsídios do STF), a gerar insegurança jurídica e econômica para as carreiras da Magistratura e do Ministério Público, sem resolver o principal problema fiscal que assola o país, a saber, a expansão progressiva do limite do “abate-teto”; (c) a PEC 241/2016, que afronta os direitos da cidadania por 20 anos (inclusive no campo da saúde e da educação) e ataca as garantias constitucionais do funcionalismo público (p. ex., a revisão geral anual, que não tem sido sequer assegurada na prática), além de colocar em risco direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos; (d) as Reformas Previdenciária e Trabalhista, que igualmente atentam contra direitos sociais históricos, tanto que a Reforma Previdenciária, na forma proposta, afetará mais uma vez os predicamentos da vitaliciedade e da irredutibilidade de

vencimentos, garantias constitucionais que servem à independência da Magistratura e do Ministério Público. (AMB, 2016)

A nota das duas associações de magistrados (AMB e ANAMATRA) além de acusar a OAB de contribuir para o desmonte do judiciário, diz que atuam em “defesa da instituição judiciária” e em “defesa do Estado de Direito”, enfatizando um discurso que amplia a já profusa confusão entre defesa de vencimentos dos juízes, defesa da independência do judiciário e defesa do Estado Democrático de Direito, como todas estas questões pudessem ser subsumidas a um mesmo ponto: a independência do juiz e suas prerrogativas funcionais e ganhos salariais.

13º. Há outras notas públicas em que essa confusão – aparentemente proposital – de temas, definições normativas e direitos aparece, podendo seu ponto de convergência ser explicitado nas seguintes premissas subjacentes: 1º. toda e qualquer crítica a uma decisão de um juiz é vista como uma crítica a toda a magistratura e ao judiciário como instituição. 2º. qualquer crítica aos desvios ou descumprimento de deveres por um juiz é vista como indevida interferência em decisão jurisdicional que só admite questionamento no processo através de recurso. 3º. questionamentos a eventuais ilegalidades quanto às vantagens salariais dos juízes são vistas como ataques à independência funcional, ao Estado de Direito e à democracia. Por exemplo: a) na nota de 23.10.2016, que critica matéria do jornal *O Globo* sobre o desrespeito ao teto salarial, o combate à corrupção é invocado como se o questionamento aos altos salários fosse uma tentativa de enfraquecer o combate à corrupção. b) na nota de 18.11.2016, ao responder a uma crítica do governador de Minas Gerais Fernando Pimentel, a associação afirma que o “judiciário tem sido clamado a resolver a crise política brasileira” através de operações como Lava-Jato e Zelotes. c) em nota de 05.04.2017 a votação do projeto de lei dos crimes de abuso de autoridade é tratada como “tentativas de fragilização e intimidação da justiça brasileira”. d) em nota de 09.05.2017 uma decisão do Ministro Gilmar Mendes, do STF, é apresentada como tentativa de “desestabilizar o próprio Judiciário, instituição que tem garantido a própria estabilidade democrática”. e) a nota de 01.11.2018 saúda o convite ao juiz Sérgio Fernando Moro para ocupar cargo de Ministro da Justiça, entendido, o convite, como “um reconhecimento à Magistratura brasileira”.

O que aparece é uma diluição de fronteiras entre a atuação individual, independência e cumprimento de deveres funcionais pelos juízes, e a composição dessa atuação no quadro geral dos interesses corporativos da magistratura. Há uma confusão, ainda mais significativa, entre magistratura e judiciário, com corporação de magistrados tomando a posição e o lugar da instituição de Estado chamada Poder Judiciário.

O vértice da confusão pode ser observado como uma ultrapassagem do interesse público pelos interesses corporativos. Mas a raiz mais profunda da intocabilidade dos juízes parece residir na concepção alargada sobre atuação jurisdicional, ou mais precisamente, na indistinção entre atuação jurisdicional e atuação não jurisdicional dos juízes. Muito do que os juízes fazem não é justiça – ou mais precisamente, não é exercício de jurisdição. Ao atribuir a toda e qualquer ação dos juízes essa condição, tem-se então o juiz protegido em sua atuação política, como um ato de jurisdição. Os desdobramentos são óbvios: ao exercer jurisdição o juiz é intocável, uma intocabilidade que se transmite ao corpo da magistratura, e por decorrência, ao judiciário. Como tudo o que o juiz faz passa a ser tratado como ato de jurisdição toda crítica à ação dos juízes é um ataque à jurisdição e tudo que ela possa representar, denunciado como violação do “Estado de Direito” do qual os juízes seriam os únicos defensores.

A “vida associativa” se articula sobre essa base – a ideia de independência dos juízes – sendo a associação o ponto de convergência e organização da militância política em favor dessa posição. Ou seja, são as associações, mais do que os tribunais, que funcionam como pontos de socialização e organização dos interesses dos juízes – vocalizados como interesses institucionais do judiciário ou mesmo como defesa do Estado Democrático de Direito.

Noutro exemplo, Engelmann (2009) mostra a outra face dessa articulação. Ao analisar a atuação da associação de juízes do Rio Grande do Sul (Ajuris) ele mostra que dos 28 presidentes da associação, 13 ocuparam a presidência ou vice-presidência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), revelando uma relação “bastante forte entre a passagem pela direção da instituição e a ocupação de postos no topo da hierarquia do Tribunal”. (ENGELMANN, 2009, p. 200)

Uma análise superficial a partir de dados nos sítios eletrônicos dos tribunais de Santa Catarina, São Paulo e Bahia, indica que nesses estados, pelo menos um terço

dos ocupantes do cargo de presidente ou vice-presidente do respectivo Tribunal de Justiça ocupou antes o cargo de presidente da associação de magistrados local, em proporção bastante próxima àquela encontrada por Engelmann (2009). Esses dados não consideram outros cargos na estrutura político-administrativa do judiciário, ou mesmo dos chamados juízes-assessores, que ocupam cargos de apoio nas estruturas administrativas dos tribunais.

Outro mecanismo reforçador da simbiose entre representação corporativa e órgãos institucionais do Judiciário são os assentos especiais concedidos às associações de juízes em órgãos da administração do judiciário. Um exemplo disso foi a polêmica que envolveu a decisão do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) de não mais dar assento à ANAMATRA nas reuniões do conselho. A decisão ocorreu em agosto de 2016, mas foi revista em junho de 2017, mantendo o assento da entidade associativa junto ao órgão. No Tribunal de Justiça de SC, nas sessões administrativas do Órgão Especial, sempre se vê sentado(a) à mesa o(a) presidente da Associação dos Magistrados, embora não haja previsão no regimento para esta presença. No Tribunal de Justiça de São Paulo a prática foi introduzida a partir de 2014, com participação de representante da APMAGIS (Associação Paulista dos Magistrados) nas sessões administrativas do Órgão Especial, sem direito a voto. O regimento interno do Tribunal de Justiça do Paraná permite manifestações de até 15 minutos à associação dos juízes, em matérias de seu interesse, no órgão especial do tribunal. Nos anos 2000 a AJUFE (Associação dos Juízes Federais) passou a ter assento no Conselho da Justiça Federal (CJF).

Outros exemplos poderiam ser apresentados, mas parece suficiente para demonstrar simbolicamente o reforço dessa ideia de simbiose de interesses cujo principal efeito é borrar fronteiras e tornar indistintos os campos institucional e corporativo da atuação da magistratura.

3.3. SOCIALIZAÇÃO E AS VÁRIAS “ESCOLAS” DOS JUÍZES

Um outro aspecto vale ser apresentado e que tem impacto relevante sobre essa parte da discussão. O papel das escolas da magistratura. As escolas constituem espaço privilegiado daquilo que Luiz Werneck Vianna chama de “socialização” como

parte importante do processo de formação da elite da burocracia judiciária. Rafael Viegas, com base em outros autores, analisando a “profissionalização política” dos procuradores do MPF afirma:

A socialização é responsável, entre outras coisas, por um tipo de aprendizagem (treinamento) exigida para posições especializadas, mas também pelos cálculos e estratégias acionadas em defesa das próprias posições e privilégios, pela lealdade, em suma, por elementos centrais para a estabilidade organizacional, conforme se retém de Michels (1982), Merton (1968), Selznick (1953) e Crozier (1974). (VIEGAS, 2020, p. 6).

A socialização a que ele e, também, Luiz Werneck Vianna se referem é, pois, mais ampla. Envolve o contato em geral que estabelecem entre si os membros das burocracias, em processo de aprendizado mútuo ou compartilhamento de valores.

É importante então perceber que as escolas da magistratura se tornaram espaços privilegiados da socialização dos juízes. Espaços que se instauram antes mesmo do ingresso no concurso, tendo em vista que pelas escolas passa um número considerável daqueles que serão depois aprovados em concursos públicos para ingresso na magistratura. No sítio eletrônico da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, por exemplo, a abertura contém a seguinte chamada: *Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina Formamos mais da metade dos magistrados ativos em Santa Catarina*. O mesmo sítio informa que 65% dos docentes da escola são juízes ou desembargadores. Já a Escola da Magistratura Federal do Paraná apresenta como sua “visão”: “Consolidar a Escola da Magistratura Federal – ESMAFE/PR como a melhor escola preparatória para concursos na área do direito público, notadamente para o concurso de provimento de cargo de juiz federal”.⁴⁶

Há escolas que integram a estrutura institucional dos tribunais e escolas criadas como instituições privadas ligadas às associações de magistrados. As ligações institucionais dessas últimas com os tribunais são pouco claras, assim como não são claras as relações entre escolas institucionais e associações de juízes. A página eletrônica da Escola de Magistrados da Bahia (EMAB), por exemplo, informa que ela

⁴⁶ <https://www.esmafe.com/quem-somos/> (acesso em 01/06/2022)

foi criada por indicação do TJBA, mas ligada à associação dos juízes, depois firmando convênio com o tribunal⁴⁷.

A Escola Nacional da Magistratura (ENM), por sua vez, informa ter 69 anos de atividade. Ela está vinculada à AMB, mas faz uma referência cruzada com a ENFAM (Escola Nacional de Formação de Magistrados):

Além da capacitação exclusiva para associados à AMB, por meio da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), em 2020, a ENM inicia sua atuação digital no Brasil com o lançamento da plataforma de cursos na modalidade a distância para toda a comunidade jurídica⁴⁸.

A referência é estranha porque enquanto a ENM é organização privada ligada à AMB, a ENFAM é instituição pública, prevista na Emenda Constitucional 45 e criada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). De acordo com as informações na página da ENFAM na internet:

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) é o órgão oficial de treinamento de juízes de direito e juízes federais brasileiros. A ela cabe regulamentar, autorizar e fiscalizar os cursos oficiais para ingresso, vitaliciamento e promoção na carreira da magistratura. (grifo meu)

⁴⁷ “A Escola de Magistrados da Bahia – EMAB, instituição da Associação dos Magistrados da Bahia – AMAB, foi criada em 14 de dezembro de 1982, ainda com o nome de Escola de Preparação e Aperfeiçoamento de Magistrados (EPAM). Resultou de uma indicação do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ-BA), durante gestão do então presidente, Desembargador Adolfo Leitão Guerra. Ele criou uma comissão para estudar a melhor forma de instituir a Escola, e que foi coordenada pelo Desembargador Renato Mesquita. Ainda em agosto de 1981, em sessão plenária do Tribunal de Justiça, foi apresentada sugestão do Desembargador Renato Mesquita de estimular a criação de um curso pela AMAB, com a qual o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia firmaria convênio. A proposta foi aprovada por unanimidade pelo Pleno. Em dezembro de 1982, em reunião extraordinária da Associação dos Magistrados da Bahia – AMAB, o então presidente da entidade, Desembargador Mário Augusto Albiani Alves, fez uma exposição sobre a importância da criação da Escola, mostrando a necessidade e viabilidade da implantação, através do citado convênio com o Tribunal. Na oportunidade, também foi apresentado o regulamento da nova instituição. A criação da Escola de Preparação e Aperfeiçoamento de Magistrados (EPAM) bem como o seu regulamento inicial foram aprovados na data. No final da década de 90, sob direção do Desembargador Edmilson Jatahy Fonseca Júnior, mudou o nome para Escola de Magistrados da Bahia (EMAB). A nova denominação expressava melhor a importância da Instituição, oportunizando uma melhor identificação da nossa Escola no cenário nacional”. (Disponível em <http://emab.com.br/escola>, acesso em 23/06/2022)

⁴⁸ Disponível em : (<https://escoladamagistratura.amb.com.br/institucional>, acesso em 29 de maio de 2022)

Mas quais seriam os “cursos oficiais” de formação da magistratura brasileira? A questão conduz a assinalar outro aspecto do funcionamento dessas escolas: tanto escolas institucionalmente públicas como as de caráter privado funcionam também realizando formação aberta ao público em geral, especialmente na forma de cursos de pós-graduação.

O STJ por sua vez, ao instituir a escola prevista no Art. 105, parágrafo único, inciso I da Constituição Federal – que é a ENFAM – deu-lhe como funções “regulamentar, autorizar e fiscalizar” os cursos oficiais para ingresso e promoção na carreira da magistratura. Com isso, “cursos oficiais” tanto podem ser aqueles realizados pelos próprios tribunais e suas escolas internas ou academias, como aqueles “autorizados” pela Enfam e organizados pelas escolas ligadas às associações.

Em outro nível as escolas podem operar a partir de convênios estabelecidos com os Tribunais de Justiça, e receber recursos através de bolsas de estudos. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por exemplo, possui convênio com a ESMESC (Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina) pelo qual custeia 70% da mensalidade de alunos servidores do judiciário que queiram realizar curso preparatório ao concurso da magistratura. No ano de 2008 o Tribunal de Justiça da Bahia firmou convênio com a Escola da Magistratura da Bahia para oferecer 250 bolsas de estudos a juízes e servidores em cursos de pós-graduação⁴⁹. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais firmou em 2019 convênio com a ENM (Escola Nacional da Magistratura) e com a Amagis (a escola da magistratura ligada à associação daquele estado)⁵⁰.

⁴⁹ Disponível em <https://www.tjsc.jus.br/web/servidor/esmesc> (acesso em 01/06/2022): “É um auxílio financeiro concedido aos servidores efetivos do Poder Judiciário de Santa Catarina para custear parte das mensalidades do curso de preparação para ingresso na magistratura, promovido pela Escola Superior da Magistratura do Estado de SC - Esmesc. O valor do auxílio fica estabelecido em 70% (setenta por cento) da mensalidade paga regularmente pelo beneficiário”.

⁵⁰ Disponível em <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-celebra-convenio-para-curso-de-autoprotecao.htm#.YpdY2O7MLIU> (acesso em 01/06/2022): “O Tribunal de Justiça de Minas Gerais celebrou, nesta quarta-feira (25/5), um convênio que visa à realização de um curso, inédito no País, para capacitar magistradas para medidas de autoproteção. A iniciativa reúne, como parceiros, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), por meio da Escola Nacional da Magistratura (ENM); a Polícia Militar de Minas Gerais; o Corpo de Bombeiros Militar de Minas

A Escola da Magistratura do Rio de Janeiro é considerada uma instituição pública, criada por lei estadual. Aparentemente ela está vinculada ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, mas opera com a extensão *.com* em seu sítio na internet e realiza cursos abertos e pagos. Em 2016, por exemplo, realizou convênio com a ENM/AMB para realização de curso de Direito Eleitoral⁵¹.

Noutro exemplo dessa relação ambígua entre vida associativa e vida institucional mediada pelas escolas de magistratura, a Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, AJURIS, noticia em seu site que é instituição oficial do judiciário daquele estado:

Missão, aliás, consagrada na Lei Estadual nº 14.597, que reconheceu em 2014 a Escola como a instituição de ensino oficial do Tribunal de Justiça para organizar e ministrar cursos de formação e aperfeiçoamento de magistrados e de servidores vinculados ao Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul⁵².

Outro ponto de contato entre vida associativa, escolas, e tribunais é dado pela chamada “residência judicial” ou “residência jurídica”. A questão foi objeto de decisão no âmbito do STF na ADI 5.752 (e nas ADIs 6.693, 5.477, 5.803 e 6.520), e também discutida no Conselho Nacional de Justiça no PCA 0006414-77.2019.2.00.0000. Na ADI 5.752 o Supremo reconheceu a constitucionalidade da residência jurídica no Ministério Público, mas o julgamento serviu de fundamento para o CNJ editar a Resolução 439, regulamentando a residência judicial no âmbito do Judiciário, embora

Gerais; a Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes (Ejef); e a Associação dos Magistrados Mineiros (Amagis).

⁵¹ Disponível em: <https://amaerj.org.br/noticias/convenio-entre-enm-e-emerj-amplia-curso-de-direito-eleitoral/> (acesso em 01/06/2022) A Escola Nacional da Magistratura (ENM), da AMB, firmou convênio com a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj) para ampliação do curso de Direito Eleitoral. A assinatura foi feita pelo diretor da Emerj, desembargador Caetano Ernesto da Fonseca, e pelo diretor-presidente da ENM, desembargador Cláudio dell’Orto. Outros exemplos: ENM e CEJUM assinam convênio para cursos na área militar. “Com o objetivo de ampliar o intercâmbio de informações e a oferta de cursos para a área militar, a Escola Nacional da Magistratura e o Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar da União (CEJUM) assinaram nesta quarta-feira (17) convênio entre as instituições. Diversos ministros do Superior Tribunal Militar (STM) prestigiaram o ato, que foi feito pelo presidente da ENM, Marcelo Piragibe, e o coordenador-geral da CEJUM, José Coêlho Ferreira”. Disponível em: <https://amagis.com.br/posts/enm-e-cejum-assinam-convenio-para-cursos-na-area-militar> (acesso em 01/06/2022)

⁵² Carta à magistratura: 40 anos da escola da Ajuris. Disponível em: <https://www.escoladaajuris.org.br/esm/noticias/1443-carta-a-magistratura-40-anos-da-escola-da-ajuris> (acesso em 05/06/2022).

ela já existisse há muitos anos. No PCA junto ao CNJ a decisão no ano de 2020 fez o mesmo reconhecimento, já com base na decisão do STF, considerando, estranhamente, a residência judicial como “estágio” com base na lei 11.788/2008⁵³.

Mas um ponto do PCA chama atenção. O procedimento foi aberto contra uma resolução do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS). O objetivo do autor do PCA era questionar o eventual uso de “residentes” judiciais como forma de suprir a ausência de servidores públicos permanentes que deveriam ser contratados por concurso público. O Conselho não recebeu tal argumento. Mas outro problema se apresentava: a resolução do TJMS que criara a residência judicial reservava as vagas de residente exclusivamente para alunos da ESMAGIS (Escola da Magistratura do Mato Grosso do Sul). Nesse ponto, antes do julgamento do CNJ a resolução foi alterada pelo tribunal, permitindo o ingresso de alunos de outras instituições. Mas essa é uma questão pouco clara quando se verifica a situação junto aos tribunais⁵⁴.

Outro campo em que representações associativas se tocam às instituições do Judiciário sem que seja possível distinguir com precisão funções administrativas do poder e funções de representação corporativa é na ocorrência das chamadas “parcerias”. Alguns exemplos:

a) em março de 2022 a AMB noticiou a realização de “parceria” com o STF em torno da campanha “A Turma da Mônica e o Poder Judiciário”. De acordo com a notícia, a associação encaminharia 50 mil revistas para as associações filiadas e o STF encaminharia 450 mil revistas para as secretarias de educação de todo o país. Mas o que não fica claro é o sentido e o alcance do termo “parceria” utilizado. A notícia inclui

⁵³ Diz o artigo 1º da referida lei que: “Estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam freqüentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos”. O residente judicial é pessoa já graduada, o que fez o STF foi dar interpretação à expressão “ensino regular em instituições de ensino superior” como extensivo a alunos de pós-graduação, estabelecendo essa como condição para ocupar a posição de “estágio” em residência judicial ou residência jurídica.

⁵⁴ O site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por exemplo, informa que: “O Programa de Residência Judicial é norteado por meio do Acordo de Cooperação n. 102/2015, firmado entre o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) e a Associação dos Magistrados Catarinenses (AMC). É regulamentado pela Resolução GP n. 42/2020 e consiste em atividades prático-jurídicas, desenvolvidas por alunos do Curso de Pós-Graduação de Preparação ao Ingresso na Magistratura Catarinense da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (Esmesc), sob a supervisão da Academia Judicial. Possui carga horária de 20 (vinte) ou 30 (trinta) horas semanais, podendo ser realizado em período máximo de dois anos, de forma presencial ou remota”. Disponível em <https://www.tjsc.jus.br/web/academia-judicial/-/programa-de-residencia-judicial-abre-vagas-para-orientadores-da-turma-2022-2> (acesso em 01/06/2022)

também entre os parceiros a Ajufe e a Anamatra. O sítio da Anamatra na internet noticia o mesmo fato informando:

Produzida pelos Estúdios Maurício de Souza, a iniciativa tem patrocínio da Associação dos Juízes Federais (Ajufe), da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), sem custo aos cofres públicos⁵⁵.

Muito embora a notícia aponte que não há gastos públicos envolvidos – o que é duvidoso pois o envio de 450 mil revistas para “todas as secretarias de educação do país” envolve certamente algum custo – ainda assim, e talvez por isso mesmo, o sentido do termo “parceria” se torna menos nítido, obscurecendo a natureza do material e promovendo uma zona de indistinção quanto às intenções ou interesse público nele envolvidas. A mensagem parece ser: STF e AMB tem e representam uma mesma visão do Judiciário.

b) Em agosto de 2021 a FAO (Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura) informou em seu sítio na internet uma “parceria” com a Associação dos Magistrados Brasileiros, através da ENM (Escola Nacional da Magistratura) “para desenvolver ações voltadas para o fortalecimento da governança de terras”. A parceria se estabeleceu em forma de Memorando de Entendimento e, segundo a notícia, tem caráter acadêmico. De acordo com a notícia:

“A principal importância desse tema para nós do Judiciário é focarmos nas inovações, em formas de diminuição de conflitos fundiários, por meio da capacitação de magistrados e da busca de maior integração institucional entre o Judiciário e o Executivo, para, finalmente, regularizarmos as terras no Brasil”, afirmou a coordenadora da Escola Nacional da Magistratura (ENM), Ticiany Maciel⁵⁶. (grifo meu)

⁵⁵ STF firma parceria com a Turma da Mônica para combater desinformação. Disponível em <https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/32053-stf-firma-parceria-com-a-turma-da-monica-para-combater-desinformacao> - acesso em 02/06/2022)

⁵⁶ FAO firma parceria inédita com Associação dos Magistrados Brasileiros sobre governança de terras. Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/139131-fao-firma-parceria-inedita-com-associacao-dos-magistrados-brasileiros-sobre-governanca-de> (acesso em 02/06/2021)

O objetivo da cooperação parece ser a realização de regularização de terras. A menção em destaque indica isso. Mas o que chama a atenção é que a associação e a escola parecem falar em nome do Judiciário brasileiro, ressaltando o destaque que tenho feito de uma zona de indistinção entre “vida associativa” e representação institucional do Judiciário.

c) A parceria pode se dar também em níveis mais simples e locais.

c.1. Em março de 2022 o sítio eletrônico da AMAMSUL (Associação dos Magistrados do Mato Grosso do Sul) noticiou um evento de debates sobre o sistema de precedentes. De acordo com a notícia, o encontro ocorreu a partir de uma “parceria” entre AMAMSUL, a AMB e o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul⁵⁷.

c.2. em dezembro de 2017 a AMAGIS (Associação dos Magistrados de Minas Gerais) anunciou em sua página na internet a inauguração de uma sala na cidade de Uberlândia. A sala, conforme a notícia fica no interior do edifício do fórum, um prédio público. De acordo com a notícia: “Após a inauguração do novo prédio, os juízes subiram para o 7º andar, onde fica a nova Sala da Amagis. O desembargador Maurício Soares agradeceu a presença de todos e destacou que a sala “é um espaço para que os juízes da comarca tenham um momento de união e confraternização”⁵⁸. Afora a singeleza do fato, é algo simbólico de uma ideia de “vida associativa” como parte integrante ou integrada à ação institucional do Judiciário, a partir da ideia, pouco determinável juridicamente, de “parceria”.

Os exemplos trazidos, se não demonstram em definitivo, revelam uma aparente confusão entre espaços institucionais públicos e os espaços de articulação de interesses da magistratura, a partir da sua atuação na gestão das escolas, reforçando a ideia de simbiose entre as estruturas institucionais de gestão pública dos tribunais e a representação privada de interesses da frente associativa. Não é que haja um ajuste

⁵⁷ Encontro da magistratura desse ano irá discutir sistema de precedentes. Disponível em: <http://www.amamsul.com.br/site/index.php/11-noticias/1561-encontro-da-magistratura-discutira-sistema-de-precedentes> (acesso em 02/06/2022)

⁵⁸ Uberlândia recebe novo Fórum e sala da Amagis é inaugurada. Disponível em: <https://amagis.com.br/posts/uberlandia-recebe-novo-forum-e-sala-da-amagis-e-inaugurada> (acesso em 02/06/2022)

permanente e combinado de interesses como guia das ações de parte a parte. O que aparece é uma imprecisão de fronteiras, uma confusão – que pode ser proposital ou não – entre cada espaço, produzindo uma zona de indefinição na qual as decisões são justificadas em um nível automático de autoprogramação que passa despercebido no cotidiano, pois normalizado.

O que o exemplo das escolas reforça é a presença de espaços consistentes de socialização dos juízes que servem tanto à formação como à homogeneização como grupo social.

Rafael Viegas (2020) em seu estudo do Ministério Público Federal brasileiro, analisa especialmente o que ele descreve como a formação de “procuradores políticos profissionais”. Cotejando os estudos existentes sobre o Ministério Público Viegas (2020) considera que eles ignoram “um amplo espaço informal de ação que também constitui essa estrutura burocrática”. O que é descrito como “espaço informal de ação” no caso do MP analisado no estudo são as designações para espaços políticos no interior da instituição.

A intersecção do estudo de Viegas (2020) com o que se está analisando aqui se dá em dois pontos: 1º. sua demonstração de que os espaços informais – aquilo que tenho chamado aqui de “espaços vazios” e que Ingeborg Maus (2010) trata como “espaços livres de direito” – são importantes para compreender a ação política de burocracias fortalecidas pelo acordo constitucional de 1988 como são os promotores e os juízes, reforçando sua tendência à autorreprodução e capacidade de autoprogramação institucional do judiciário. 2º. por apontar um papel de destaque para as organizações de vida associativa, no caso de seu estudo a atuação da ANPR (Associação Nacional dos Procuradores da República) em sua articulação com as decisões de cunho institucional do Ministério Público.

No caso do estudo de Viegas (2020) a atuação da associação (a ANPR) surge como um elemento explicativo importante da política de designações para ocupação de cargos/espaços políticos de decisão no interior da PGR (Procuradoria Geral da República). Designações são menos comuns no interior do Judiciário, embora pareça necessário aprofundar estudos sobre os espaços informais formados no âmbito da gestão administrativa e a designação – frequente – de juízes para esses cargos, em articulação com a “vida associativa” da magistratura. Mas não é objetivo nem é possível fazê-lo neste trabalho.

O que parece relevante é a constatação de Viegas sobre a intersecção produzida entre representação corporativa e atuação burocrática institucional:

vi) a respeito da ANPR, o problema vai além da “profissionalização política”, pois a proximidade de integrantes diretamente ligados à defesa de interesses privados (ANPR) dos fatores relacionados ao comportamento dos integrantes do MPF pode gerar confusão no espaço público – próprio da burocracia de Estado – com o mundo privado da associação. (VIEGAS, 2020, p. 5)

Viegas (2020) usa categorias da sociologia para destacar aspectos da alta burocracia do Ministério Público Federal como “socialização”, “oligarquização”, “organização informal” ou “disfunção” e a dualidade entre “estrutura formal” e “informal” de poder de uma organização, todos esses fenômenos convergindo para o que descreve como “profissionalização política” dos integrantes daquela burocracia.

No Ministério Público as designações internas cumprem um papel crucial na definição da distribuição de poder e na conformação do comportamento de suas lideranças. No judiciário a inexistência de designações internas faz com que não exista uma estrutura formal de poder na qual desaguaria a atuação da estrutura informal. Se no MPF a “vida associativa”, a ANPR, atua procurando influenciar estruturas institucionais e a ocupação de seus espaços, no Judiciário, a “vida associativa” parece se manifestar em um nível ainda mais informal, e ao mesmo tempo mais interpenetrado nas estruturas institucionais, a partir de uma indistinção entre os interesses representados na vida associativa e uma parte importante das decisões políticas do judiciário.

Alguns dados mais a indicar uma tendência à autorreprodução dos ocupantes dos cargos de juiz (a) na imbricação entre socialização interna, escolas da magistratura e vida associativa:

- De acordo com o perfil sociodemográfico elaborado a partir de pesquisa do CNJ (2018) 34% dos magistrados que afirmaram exercer docência o fazem em escolas da magistratura (é o maior percentual, seguido de docência em instituições públicas, 14% e outras instituições, 11%)
- Ainda de acordo com o perfil sociodemográfico 92% dos juízes afirmaram estar associados a alguma entidade representativa dos magistrados.

- A frequência em escolas da magistratura como preparação para o concurso é também um indicador de autorreprodução e sobretudo de um tipo de socialização que se inicia antes mesmo de o (a) juiz (a) chegar ao cargo. Em *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira* a pesquisa mostra que dos juízes que ingressaram entre 1966-1970 apenas 1,6% frequentaram curso preparatório de escola da magistratura. Esse percentual foi de 42,4% entre juízes que ingressaram de 1991 a 1995. Na pesquisa de 20 anos depois – em 2018 – 27,7% dos juízes de primeiro grau disseram ter passado por curso preparatório de escola da magistratura. Mas esse dado é difícil de ser interpretado, pois não há distinção de momento do ingresso⁵⁹, o que impede verificar um dado atual sobre a relação entre frequência a curso preparatório de escolas de magistratura e a aprovação.

- Um indicador que reforça o indício de autorreprodução – que não aparece num nível formal – está presente no *Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros 2018*, construído a partir de pesquisa do Conselho Nacional de Justiça. De acordo com aquela pesquisa, 64% dos juízes que ingressaram entre 1991 e 2000 disseram ter ocupado cargo público antes do concurso; o percentual foi de 69% para os que ingressaram entre 2001 e 2010; e de 74% dos que ingressaram a partir de 2011. Desses, praticamente metade – 48% disseram ter ocupado cargo público no próprio judiciário, e outros 13% no Ministério Público.

- De acordo com *Corpo e Alma da Magistratura*, em 1997, 26,6% dos magistrados respondentes àquela pesquisa disseram ter algum parente também magistrado e 14,3% afirmaram ter algum promotor na família. Mas é interessante notar que na mesma pesquisa a soma dos que responderam ter “pai, tio, avô, irmão, primo, filho ou sobrinho” na magistratura foi de 32,4%. No entanto, quando se detalha a informação a partir dos dados pesquisa original – *O perfil do magistrado brasileiro* – os percentuais dos que responderam positivamente à pergunta “há magistrados na família” foram de 25,5% entre juízes de primeiro grau, 37,5% entre juízes de segundo grau em atividade, 32,3 entre juízes de segundo grau inativos e 39,6 entre ministros dos tribunais superiores. Na atualização da pesquisa, em 2018, os que responderam positivamente

⁵⁹ Em “Corpo e alma da magistratura” a média entre os anos 1966 e 1995 ficou em 27,6%, o que é explicado pela soma dos números baixos dos períodos anteriores (1966-70: 1,6%; 1971-75: 10,4%; 1976-80: 12,6%; 1981-85: 17,1%) com números bem mais altos nos períodos seguintes: 1986-90: 35,8% e 1991-95: 42,4%.

à pergunta “há magistrado na família” foram 23,2%, dos magistrados de primeiro grau, mas o percentual foi de 29,3 entre juízes de 2º grau em atividade e 32,1 entre os juízes de segundo grau aposentados e 14,3% entre ministros de tribunais superiores. Mas outro dado pode indicar uma considerável ocultação da real dimensão da informação: enquanto na pesquisa de 1995 o número dos que responderam à questão “há magistrado na família” foi muito próximo do total da amostra – 3.897 em uma amostra que totalizava 3.927 questionários – na pesquisa de 2018 o número dos que responderam esta questão foi de 2.501 juízes em um total de 3.851 questionários. Ou seja, 1.350 integrantes da amostra não responderam a esta questão, o que equivale a 1/3 da amostra⁶⁰.

3.4. ISOLAMENTO POLÍTICO E VIDA ASSOCIATIVA

Ramos e Castro (2019), em pesquisa recente, sustentam a ideia de que a magistratura brasileira age ao modo de uma aristocracia, e que esse “*habitus* aristocrático e elitista” seria determinado pelo fato de juízes ocuparem uma posição econômica privilegiada, decorrente de seus altos salários e privilégios. Tal caráter aristocrático seria mascarado pela racionalização burocrática dos processos de seleção através de concurso, sustentando privilégios e altos salários sobre a base do “mérito”. (RAMOS e CASTRO, 2019) Suas conclusões são:

Desde o sistema de ingresso na carreira, a magistratura brasileira tende a admitir em seus quadros pessoas que partilham um *habitus* muito semelhante, sobretudo no que toca às circunstâncias econômicas privilegiadas de que desfrutam, o que compromete o caráter plural e democrático que o Estado brasileiro declara querer promover em sua Carta Constitucional. Além disso, os salários excepcionais permitem aos juízes entrar ou permanecer no círculo dos mais afortunados economicamente, o que conduz a uma assimilação e uma reprodução do *habitus* – isto é, das visões de mundo, dos interesses, das relações de poder, dos valores, das opções de consumo, etc. – compartilhado pelas elites econômicas e políticas. (RAMOS e CASTRO, 2019, p. 31)

⁶⁰ No *Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros* 1.887 juízes entre os 11.348 que participaram da pesquisa, disseram ter familiares na magistratura, o que representa um percentual de 16%, bem abaixo dos indicados acima. Mas este dado tem pelo menos dois problemas: 1º. Não há indicação de quantos foram os respondentes da pergunta específica. 2º. Não há, no relatório publicado, especificação de qual foi a pergunta formulada aos magistrados.

Essa é uma leitura relativamente comum, tendente a apontar a proximidade entre os membros da magistratura a partir da visão de sua origem social formando um grupo de “pessoas que partilham um *habitus* muito semelhante” (RAMOS e CASTRO, 2019, p. 31). Parece ter sido contra essa visão que a Associação dos Magistrados Brasileiros bradou, a partir da pesquisa *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*, os resultados indicadores sobre origem social e familiar dos magistrados que procuram negar a ideia de reproduções familiares ou a partir de grupos sociais mais específicos.

Mas não é por uma convergência de origens ou hábitos, ou proximidades com elites econômicas que os juízes necessariamente assumem suas posições jurídicas e/ou políticas, embora essa não deixe de ser uma questão relevante.

Juízes tendem ao insulamento na maior parte do tempo. Em grandes centros urbanos e capitais, onde circula parte relevante da elite econômica e política de estados federados e do país a grande massa de juízes passa despercebida, diluída num conjunto amplo de pessoas que dispõe tanto de mais recursos econômicos como de mais recursos culturais do que eles. Apenas quando alcançam os tribunais, como desembargadores e ministros é que passam a gozar de alguma visibilidade, ainda assim, na maior parte do tempo, relacionada às suas decisões em processos concretos que repercutem política, econômica ou socialmente.

Em centros urbanos menores, pequenas e médias cidades para onde se dirigem grande parte dos juízes ao longo da carreira, podem gozar de alguma reputação e proximidade maior com elites econômicas e políticas locais. Mas a visão negativa e a desconfiança em relação aos membros dos demais poderes – demonstrada na pesquisa da AMB – bem como o julgamento de processos que podem impactar sobre os interesses – econômicos e políticos – dessas elites locais, tendem a colocá-los muitas vezes em choque ao invés de em relação de cumplicidade.

Insulados os juízes encontram alento na “vida associativa” e nas relações da “família judiciária”: os outros juízes, os promotores, defensores, demais servidores do judiciário e advogados⁶¹. É ali que constroem a maior parte de sua sociabilidade, compartilhando, reproduzindo e programando seus valores e ideias sobre justiça, democracia e tantos outros temas. A “vida associativa” dá sentido de pertencimento a um grupo social mais amplo, a grande família dos magistrados, de dimensões

⁶¹ A lista pode incluir professores universitários onde os mesmos juízes são convidados a dar aulas.

nacionais. De acordo com os dados das pesquisas da AMB e do CNJ, 92% dos juízes são “associados”.

Em alguns casos, as críticas podem ir ainda mais longe. João Filho, por exemplo, em artigo recente no site *TheIntercept*⁶², afirmou que a ação combinada entre juiz e promotores na Operação Lava Jato poderia ser comparada à ação de um partido político. Em referência à mesma operação Lava Jato Matheus Felipe de Castro (2017) considera que em torno dessa operação pode ter surgido no Brasil o fenômeno de juízes *partisans*. O termo *partisan*, como revela o autor, remete a um conceito de Carl Schmitt quanto a um tipo específico de soldado, um *partidário*, que atua na guerra fora dos seus princípios clássicos, agindo de modo irregular e com propósitos políticos.

Essas efetivamente são constatações válidas e muito relevantes, e se ligam ao problema da tese aqui enfrentada, na medida que o controle sobre a atuação política dos juízes pressupõe exatamente o combate a essa *irregularidade* de sua ação.

Mas o que parece chamar mais a atenção aqui é o que há de comum no cotidiano regular da organização dos magistrados e que os exemplos de situações de exceção acima citados podem revelar. A “vida associativa” produz um amálgama e dá sentido ao grupo social “magistrados” que, nem o judiciário como instituição, nem a atuação individual do juiz, podem dar. Ao amalgamar o grupo social, fortalecendo suas perspectivas como integrantes de um coletivo, a “vida associativa” fortalece também o elemento particular que reforça seus laços: seus espaços específicos de poder, conformados exatamente nos espaços vazios de legalidade, naquelas atuações cotidianas que não estão cobertas pela normatividade produzida nos espaços institucionais dos demais poderes. Sob esse ponto específico, utilizando o termo de Schmitt lembrado por Castro (2017) as associações podem se tornar espaços organizativos de um tipo especial de juiz militante⁶³. Maria Tereza Sadek usa a

⁶²Moro, Deltan e Janot na política: Lava Jato assume o partido que sempre foi. Disponível em <https://theintercept.com/2021/11/06/moro-deltan-dallagnol-janot-lava-jato-partido-politica/> (acesso em 08/06/2022)

⁶³ Maria Tereza Sadek (2004) apresenta essa ideia de um juiz, “quase um militante político”. A rigor, é possível desenhar, do ponto de vista formal, dois tipos “puros” de magistrados: o que só se pronuncia nos autos e o que se manifesta para além dos autos. Trata-se de tipos polares e, como tal, absolutamente distintos. O primeiro, cultua a imagem de um juiz distante dos dramas do dia a dia, é quase um ser anódino. O segundo, ao contrário, preza seu papel social, é quase um militante político. (p. 33)

expressão “juiz militante” a qual associa mais diretamente aos juízes identificados com o chamado “direito alternativo”. Mas sua descrição é facilmente generalizável:

O juiz militante, ao contrário do tradicional, não é um ser recolhido, que se pronuncia apenas nos autos. Suas posições sobre temas variados são públicas, não foge dos meios de comunicação e tende a ver a si próprio como portador de uma missão social. Dessa forma, longe de prezar o insulamento, é um ator político, um militante, responsável, por excelência, pela realização da justiça social. Esse “tipo” de magistrado tende a desconfiar dos políticos profissionais. (SADEK, 2004, p. 34)

É difícil afirmar que juízes e suas associações tenham chegado a esse nível de organicidade, mas é visível que ao longo dos anos 2000 e 2010 fortaleceram posições nessa direção a partir da simbiose entre vida associativa e vida institucional, borrando fronteiras entre visões políticas, associativas e institucionais.

4. QUE CONTROLE? O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA EM AÇÃO

O pressuposto sobre o qual se assenta a análise adiante é que o judiciário deve atuar segundo – as regras do jogo democrático, o que implica uma vinculação estrita dos juízes à lei, de modo que o legislativo – manifestando a soberania popular – busque reduzir ao menor nível possível os espaços vazios, ou espaços livres de direito, que permitiriam que juízes se tornassem mais do que aplicadores das normas e se convertam em donos da decisão política, subvertendo a soberania popular.

No primeiro capítulo desta tese foram identificadas as premissas para a compatibilização do judiciário e da atuação dos juízes com a democracia:

1º. Democracia e legalidade são compatíveis. Mas, por isso mesmo, uma lei é diferente de um ato de jurisdição e um ato de jurisdição não pode nunca pretender ser uma lei.

2º. Todo ato de jurisdição é um ato do juiz ou tribunal – uma decisão – com base em uma lei preexistente.

3º. Somente quando o juiz ou tribunal toma uma decisão *com base em uma lei* preexistente – manifestação democrática da soberania popular – sua atuação é compatível com a democracia

4º. Um ato do juiz ou tribunal sem base em uma lei não é um ato de jurisdição, e por isso, ainda que se lhe dê a aparência de ato judicial, deve estar sujeito a controle.

5º. Nem tudo o que um juiz ou tribunal faz é justiça, ou seja, nem todo ato praticado por um juiz ou tribunal é – pelo fato de ter sido praticado por um juiz ou tribunal – um ato de jurisdição.

6º. Decisões sobre a forma da *administração da justiça* são decisões políticas são decisões políticas e não de jurisdição, e, portanto, não podem pertencer exclusivamente ao judiciário se se quiser compatibilizá-lo com a democracia.

7º. Juízes e tribunais tomam decisões políticas sob o argumento da legalidade, e o fazem muitas vezes visando manter ou ampliar sua autoridade, e por isso devem estar sujeitos a controles democráticos.

Nesse sentido, pressuposto decorrente é que a existência de um órgão de controle e sua atuação compatibilizam o judiciário com a democracia na medida em que servirem para assegurar que juízes se vinculem, explicitamente, ao estrito cumprimento da lei. Nesse sentido, qualquer controle compatível com a democracia implica reduzir – e não ampliar – os espaços vazios da administração da justiça, induzindo uma vinculação formal dos juízes à leis aprovadas pelo parlamento.

Então o controle sobre o judiciário será tanto mais capaz de torná-lo adequado e compatível às condições da democracia quanto mais conseguir reduzir os espaços vazios, ou “espaços livres de direito” (MAUS, 2010); e o órgão será tanto menos capaz de cumprir a função de controle e adequação se de sua atuação esses espaços vazios não forem reduzidos, ou mesmo forem ampliados.

No caso do Conselho Nacional de Justiça e dos dois vetores de controle – controle da atividade administrativa e controle do cumprimento dos deveres funcionais – o segundo se sobressai no cotidiano, pois diz respeito ao cumprimento das normas legais, ou seja, ao estrito cumprimento da lei como o primeiro e elementar dever de todo juiz. A atividade administrativa enseja naturalmente, e no mesmo sentido, vinculação estrita à lei. O controle reduz os espaços vazios em dois sentidos: a) se o controle assegura que os juízes e tribunais cumpram de modo estrito as normas constitucionais e legais relativas à administração e ao cumprimento de deveres legais inerentes à posição de agente estatal; b) ao assegurar esse cumprimento produza como resultado algum tipo de disciplina de submissão à lei, útil para garantir o respeito à legalidade na esfera administrativa e também na esfera própria dos atos jurisdicionais, onde incide de forma mais visível a disciplina dos deveres funcionais.

O objetivo deste capítulo, então, é analisar o Conselho Nacional de Justiça a partir de sua efetiva atuação nos 15 anos que vão desde sua criação em 2005 até o ano de 2020, tomando como referência suas funções, atribuídas pelo texto constitucional, do Art. 103-B, especialmente seu § 4º. Não se analisará o conselho em sua posição institucional, objeto do capítulo seguinte. A análise recairá sobre a ação concreta do Conselho através de seus atos de controle, normatizando.

Para tanto uma parte do capítulo é destinada a analisar o Conselho a partir de sua ação para realização das duas funções constitucionais que lhe foram atribuídas: (1) “o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário” e (2) “do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes”. Essa parte da análise será realizada com base em dois tipos de informações: a) dados estatísticos sobre a atuação do conselho em relação a estas duas funções constitucionais, existentes e disponibilizados pelo próprio CNJ; b) uma classificação dos atos regulamentares do Conselho expedidos na forma de resolução que pontem as tendências preponderantes quanto às normativas daquele órgão no cumprimento de cada uma dessas funções. c) análise de decisões tomadas pelo órgão em processos de controle do cumprimento dos deveres funcionais – os chamados processos correicionais – cotejando-as com a ideia de submissão do juiz à lei. Na função de “controle da atuação administrativa e financeira” o objetivo é identificar a existência, ou não, de uma *política judiciária* na ação do Conselho e seu eventual impacto sobre a submissão de juízes e tribunais à lei. Na função de controle do “cumprimento dos deveres funcionais” o ponto de análise será estabelecido em torno da ideia de *independência* dos juízes, e mais precisamente à distinção entre *atos jurisdicionais* e *atos não jurisdicionais* como limite à atuação correicional do CNJ.

4.1. O CNJ COMO REGULADOR: INFORMAÇÕES E ANÁLISES PRELIMINARES

A partir de sua criação o Conselho Nacional de Justiça vem produzindo dados e informações em profusão. Esse é um aspecto positivo na existência do Conselho. A dispersão produzida pela autonomia federativa leva, sem dúvida, a uma atomização das informações sobre os dados de atuação do judiciário em termos nacionais. A centralização e uniformização produzidas pelo CNJ, de algum modo auxiliaram, nos últimos anos, na existência e compilação desses dados e informações gerais do judiciário.

No entanto, a existência das informações e dados em si, não é suficiente. Como se interpretam e analisam a miríade de dados contidos, por exemplo, em relatórios como o Justiça em Números? Tais relatórios, de regra, não contém prescrições, privilegiando achados quantitativos e estatísticos. Que decisões são postas em curso

a partir das informações compiladas, ou quais diretrizes orientam a própria formação da base de dados são questões que não aparecem, ao menos não de forma direta ou evidente. A questão foi anotada em estudo anterior (Rosalen, 2018), que registra a ausência de “interpretações críticas” e consistentes que possam levar à apreensão dos “grandes movimentos que sustentam a ideia política de protagonismo do poder judiciário no Brasil”. (p. 181) num nível mais abrangente que aquele próprio dos estudos sobre controle de constitucionalidade pelo STF. Em resumo, em meio à profusão de informações, veem-se as estatísticas, mas é difícil extrair sínteses sobre o que o judiciário realmente é ou o que está fazendo.

Fato é que o CNJ tem produzido com regularidade esses dados e informações de caráter estatístico sobre o judiciário brasileiro. E a partir de 2018 também sobre a atuação do próprio conselho. À produção e divulgação dessas estatísticas, se sabe, subjaz uma diretriz política não explícita que colocou a *eficiência* como princípio de ação do conselho⁶⁴.

As informações analisadas a seguir são dados sobre a atuação do conselho, presentes no Relatório CNJ em Números. O objetivo é encontrar ou apontar tendências gerais na atuação do conselho que permitam averiguar a eventual contribuição do Conselho na determinação de uma convergência entre judiciário e democracia a partir do (conteúdo do) controle exercido pelo CNJ.

O “CNJ em números” traz dados sobre a atuação do conselho, especialmente quanto à decisão de procedimentos administrativos lá instaurados. A apresentação dos dados segue uma divisão baseada nas duas funções constitucionais atribuídas: 1) controle da atuação administrativa e financeira do judiciário; 2) controle dos deveres funcionais dos juízes. Essa segunda função é apresentada no relatório como “atividade correicional” do conselho. As informações são tratadas no mesmo padrão do relatório “Justiça em Números”, ou seja, levando em conta números de casos, decisões, processos baixados:

Os dados processuais foram subdivididos em dois grupos, um deles reunindo as classes processuais que refletem o exercício de controle administrativo e financeiro e, outro, as classes relacionadas à atividade correicional. O cálculo relativo às

⁶⁴ Isso aparece também explicitamente nas resoluções: A resolução 70/2009 no art. 1º., IV, a, fixou como objetivo estratégico do judiciário a “eficiência operacional”. E também na Resolução 325/2020, como “atributo de valor” da Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026.

decisões, aos casos novos e baixados utilizou regras estabelecidas a partir das tabelas de movimento. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, p. 15)

Para a classificação das informações o relatório apresenta as seguintes categorias: 1) casos novos; 2) processos baixados; 3) processos reativados e arquivamentos após a primeira baixa; 4) processos pendentes e; 5) decisões, subdivididas em terminativas e não terminativas. A lógica é gerencial, ou de organização do trabalho com base em indicadores, e aferição de produtividade.

Na organização dos dados sobre a função de controle da atuação administrativa e financeira são utilizadas no relatório as seguintes classes processuais⁶⁵:

- a) Nota técnica
- b) Procedimento de competência de comissão
- c) Ato normativo
- d) Parecer de mérito sobre anteprojeto de lei
- e) Reclamação para garantia das decisões
- f) Acompanhamento de cumprimento de decisão
- g) Consulta
- h) Procedimento de controle administrativo
- i) Pedido de providências
- j) Arguição de Suspeição e de Impedimento

Quanto aos dados sobre a função de controle do cumprimento dos deveres funcionais pelos juízes⁶⁶ eles são organizados a partir das seguintes classes processuais:

- a) Processo administrativo disciplinar em face de servidor
- b) Avocatória

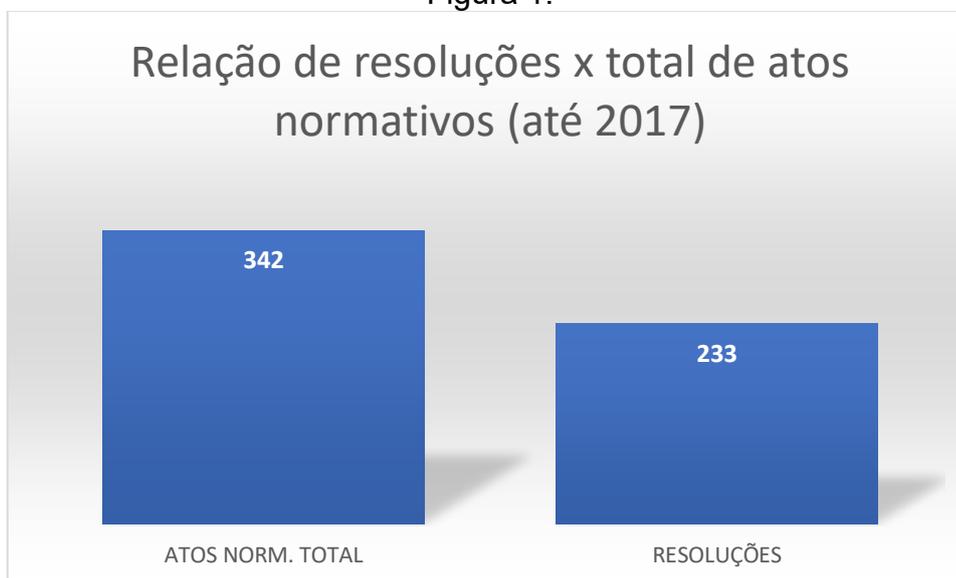
⁶⁵ Além da profusão, persiste também confusão: no parágrafo que apresenta as classes processuais utilizam-se três expressões diferentes, aparentemente como sinônimos: “atividade administrativa”, “gestão administrativa” e “competência administrativa”. Como se vê e verá, precisão conceitual não é uma grande preocupação na ação do conselho.

⁶⁶ O relatório utiliza a expressão “classes da competência correicional”.

- c) Correição ordinária
- d) Inspeção
- e) Processo administrativo disciplinar em face de magistrado
- f) Sindicância Revisão disciplinar
- g) Reclamação disciplinar
- h) Pedido de providências
- i) Representação por excesso de prazo

Além das informações sobre os processos, são apresentados alguns dados sobre os “atos normativos” expedidos pelo Conselho. O relatório de 2018 (ano-base 2017) indica que da instalação do conselho até ano de 2017, 342 atos normativos foram expedidos pelo CNJ. Desses, 233 foram resoluções. Esse dado explica a opção pela análise das resoluções que será empreendida adiante, revelando que as resoluções, além de mais abrangentes quanto aos conteúdos, são também o tipo de ato normativo mais frequente expedido pelo Conselho.

Figura 1.



Dois relatórios constituem a base de análise: o primeiro foi publicado em 2018, contendo informações sobre a atuação do Conselho dos anos de 2007 até 2017; o segundo foi publicado em 2020 contendo informações sobre a atuação do Conselho

dos anos 2007 até 2019. É importante destacar, de pronto, que o “CNJ em Números” segue um standard idêntico ao “Justiça em Números”. Seu padrão referencial está centrado em quantitativo de processos e níveis de produtividade. Boa parte do relatório analisado é composta de infográficos que demonstram dois “indicadores de desempenho”: 1) Taxa de Congestionamento. 2) Índice de Atendimento à Demanda. Uma parte grande do relatório – 33 páginas, representando 1/3 do documento – é dedicada a apresentar infográficos desses dois indicadores. Uma parte do relato são informações apresentadas por conselheiro(a), relativas ao ano de 2018 (1º de janeiro a 2 de julho). E outra parte uma série histórica de indicadores de produtividade para cada vaga ocupada.

Especificamente quanto aos processos que tramitaram no Conselho o primeiro relatório apresenta dados de um período de 11 anos, de 2007 a 2017, e o segundo, dos anos 2007 a 2019. Os processos são divididos, como se disse, em dois grupos: controle da atuação administrativa e financeira do poder judiciário e “atividade correicional”.

Quanto ao primeiro grupo, de controle da atuação administrativa e financeira, aponta o relatório:

(...) do total de 69.543 processos tramitados no Conselho Nacional de Justiça, 15.466 (22,2%) referem-se a processos nos quais o órgão atua na supervisão da atividade administrativa e financeira dos demais órgãos do Poder Judiciário, ou como formulador de políticas judiciárias veiculadas em atos normativos de sua competência. (CNJ, 2018, p. 61)⁶⁷.

A leitura das principais informações trazidas permite algumas inferências, que podem ser resumidas assim:

A) Predomínio de decisões monocráticas: a atividade decisória é bastante solitária (ao menos formalmente) no conselho. De acordo com o CNJ em Números, em 2015, 82,2% das decisões terminativas foram monocráticas, ou seja, decididas pelo(a)

⁶⁷ No que toca às “políticas judiciárias”, a questão será objeto de análise adiante. Quanto aos dados que aparecem na sequência do relatório sobre as classes processuais em que estão encaixados os 15.466 processos identificados, bem como indicadores de entrada e baixa ou de desempenho, não serão objeto de análise, por fugir ao escopo deste trabalho.

conselheiro(a) sem envio ao plenário do conselho. Esse número foi de 61,5% em 2016 e de 81,9% em 2017⁶⁸.

B) Pedidos procedentes em percentual mínimo: na esteira do relatório, considerando as decisões monocráticas terminativas, apenas 7,49% são classificadas como “julgado procedente o pedido” para o ano de 2017. Esse percentual – com resultado “julgado procedente o pedido” – foi de 10,4% em 2019 (relatório 2020).

Em 2017 (Relatório 2018) os resultados “Prejudicado o recurso”, “Extinto o processo por desistência”, “Indeferida a petição inicial”, “Determinado o arquivamento”, “Julgado improcedente o pedido” e “Não conhecido o recurso” somaram 85,73% das decisões. Em 2019, de acordo com o relatório 2020, os resultados “julgado improcedente o pedido”, “não conhecido o recurso”, “determino o arquivamento”, “indeferida a petição inicial e “conhecido o recurso e não provido” somaram 80,2% do total das decisões terminativas⁶⁹.

C) Apesar de tudo, as informações são poucas: não há dados sobre o conteúdo dos pedidos, conteúdo das decisões ou demandantes. Sabe-se que os principais assuntos que concentram demandas nessa esfera de controle são classificados como “Dir.Adm/Pub - Atos Administrativos - Ato Normativo”, “Dir.Adm/Pub - Atos Administrativos - Revisão/Desconstituição de Ato Administrativo” e “Dir.Adm/Pub - Atos Administrativos – Providências”. Quanto aos proponentes de demandas, sabe-se que a grande maioria são pessoas físicas – 64,9% em 2017 e 59% em 2020 – mas o “perfil” delas apresentado pelo relatório constata apenas questões como “sexo” e “faixa etária”. Não é possível saber mais⁷⁰.

⁶⁸ As informações são difíceis de ler dado as descontinuidades. Aqui sobressai o problema de uma certa aleatoriedade no domínio e tratamento de dados pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) do CNJ. No relatório de 2020 essa informação não repete o padrão. Apenas as informações relativas às liminares decididas monocraticamente estão registradas. O relatório se limita a registrar: “Em 2019 ocorreram 1.196 decisões terminativas. Dessas, sobressaíram decisões do tipo: julgado improcedente o pedido (27,7%), não conhecido o recurso (25,9%), determino o arquivamento (10,5%), julgado procedente o pedido (10,4%), indeferida a petição inicial (8,2%) e conhecido o recurso e não provido (7,9%)”.

⁶⁹ No relatório: “Em 2019 ocorreram 1.196 decisões terminativas. Dessas, sobressaíram decisões do tipo: julgado improcedente o pedido (27,7%), não conhecido o recurso (25,9%), determino o arquivamento (10,5%), julgado procedente o pedido (10,4%), indeferida a petição inicial (8,2%) e conhecido o recurso e não provido (7,9%)”. (CNJ, 2020, p. 69)

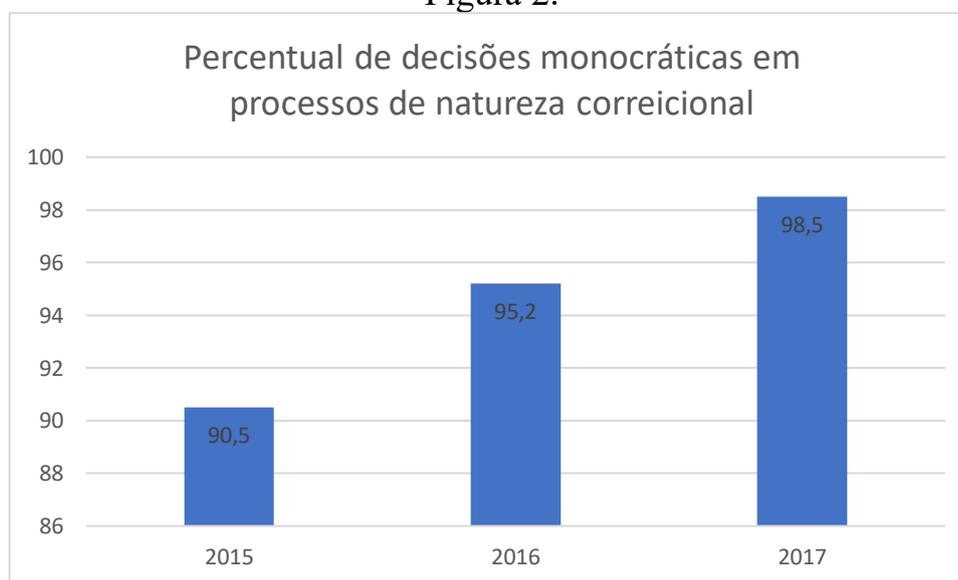
⁷⁰ Apenas especulativamente, é possível traçar algumas hipóteses sobre os demandantes classificados como pessoas físicas: 1) cidadãos que, no exercício de direitos, dirigem demandas ao CNJ visando o controle

Quando o assunto é a função de “controle do cumprimento dos deveres funcionais pelos juízes” (“competência correicional” na linguagem do relatório), o relatório informa que de 2007 a 2017 eles somaram 54.077 processos e representaram 77,8% de todos os processos administrativos instaurados no Conselho, representando uma expressiva maioria dos processos. “Representações por excesso de prazo” foram 48,5% desses processos, “pedidos de providência de competência da Corregedoria” somam 30,3%, e “reclamações disciplinares” 19,5%

Nesse ponto específico as informações trazidas permitem algumas inferências, que podem ser resumidas assim:

A) Predomínio de decisões monocráticas: assim como nos processos de controle da atuação administrativa, no controle “correicional” predominam as decisões monocráticas; em nível ainda mais alto do que naqueles. De acordo com o relatório, as decisões terminativas foram monocráticas em 90,5% dos casos no ano 2015, crescendo para 95,2% em 2016 e chegando a um percentual de 98,5% de decisões monocráticas no total dos processos em 2017⁷¹.

Figura 2.



democrático de atos do judiciário. 2) juízes e demais servidores demandando contra seus próprios tribunais em questões de natureza corporativa ou funcional. 3) ocupantes, ou pretendentes à ocupação, de cartórios extrajudiciais.

⁷¹ Aqui novamente surge o problema da descontinuidade das informações. No “CNJ em Números 2020” (ano-base 2019) essa informação sobre as decisões monocráticas não segue o padrão do relatório de 2017, de modo que não há como aferir sequência da situação.

Sob a ótica do controle, o predomínio das decisões monocráticas torna o cargo de Corregedor Nacional um cargo com concentração de grandes poderes no âmbito do conselho, vez que são dele a quase totalidade dessas decisões. Vale recordar aqui o importante poder que decorre do controle sobre a pauta a partir das decisões monocráticas, observado por Oscar Vilhena no STF, que diz:

Em política, o controle sobre a agenda temática, bem como sobre a agenda temporal, tem um enorme significado; e este poder se encontra nas mãos de cada um dos ministros, decidindo monocraticamente. Esse poder e os critérios para a sua utilização, como não são expressos, fogem a possíveis tentativas de compreensão, quanto mais de controles públicos sobre essa atividade. Cria-se, assim, uma sensação de enorme seletividade em relação aquilo que entra e o que fica de fora da pauta do Tribunal. (VILHENA, 2008, p. 450)

No caso do CNJ, no controle do cumprimento dos deveres funcionais, esse poder está concentrado no(a) Corregedor(a) Geral.

B) O arquivo é o principal destino: além de solitárias, as decisões terminativas são predominantemente para determinar o arquivamento do processo. Foi o que aconteceu em 98,56% das decisões terminativas monocráticas proferidas de 2015 a 2017. Pode surgir alguma dúvida já que o “arquivamento” é um passo formal comum em qualquer processo ao seu término, e nesse sentido tanto processos procedentes como improcedentes seriam arquivados. Mas aqui devemos considerar o arquivamento como uma decisão não apenas procedimental, mas grande parte das vezes como decisão de mérito, previstas no regimento interno as suas hipóteses⁷².

⁷² Art. 8º Compete ao Corregedor Nacional de Justiça, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - receber as reclamações e denúncias de qualquer interessado relativas aos magistrados e tribunais e aos serviços judiciários auxiliares, serventias, órgãos prestadores de serviços notariais e de registro, determinando o arquivamento sumário das anônimas, das prescritas e daquelas que se apresentem manifestamente improcedentes ou despidas de elementos mínimos para a sua compreensão, de tudo dando ciência ao reclamante; II - determinar o processamento das reclamações que atendam aos requisitos de admissibilidade, arquivando-as quando o fato não constituir infração disciplinar; (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, Res. 67/2009) (grifo nosso)

Há ainda uma previsão específica no regimento referente às “representações por excesso de prazo”, que podem ser arquivadas:

Art. 78. A representação contra magistrado por excesso injustificado de prazo para a prática de ato de sua competência jurisdicional ou administrativa poderá ser formulada por qualquer pessoa com interesse legítimo, pelo Ministério Público, pelos Presidentes de tribunais ou, de ofício, pelos Conselheiros. (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, Res. 67/2009) (grifo meu)

Neste caso, o artigo 26 do Regulamento Geral da Corregedoria Nacional de Justiça prevê que:

Art. 26. Se das informações e dos documentos que a instruem restar desde logo justificado o excesso de prazo ou demonstrado que não decorreu da vontade ou de conduta desidiosa do magistrado, o Corregedor arquivará a representação. (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, Portaria 211/2009) (grifo nosso)

São arquivadas então as denúncias e reclamações:

- a) anônimas
- b) que se encontrem prescritas
- c) manifestamente improcedentes
- d) despidas de elementos mínimos para sua compreensão
- e) cujo fato não constitui infração disciplinar
- f) em caso de excesso de prazo, se justificado, ou demonstrado que não decorreu da vontade ou de conduta desidiosa do juiz

Como registrado acima, de 2015 a 2017 (anos em que há dados deste tipo no relatório) 98,56% das decisões monocráticas tomadas, foram determinando o arquivamento. A base foi sido alguma das hipóteses acima.

C) Excesso de prazo como o grande motivo de reclamação: o regimento interno do Conselho prevê ainda uma representação específica para o excesso de prazo no julgamento dos processos por juízes e tribunais, regulada no art. 78 e seguintes. De acordo com o “CNJ em Números”, essas representações representaram 48,5% de

todos os processos relacionados à “atividade correicional”. De 2007 a 2017 foram 26.214 representações por excesso de prazo. Esse número cai para 39,7%⁷³ no relatório de 2020, que considera o período 2007 – 2019.

D) Processos administrativos disciplinares e sanções raras: ainda de acordo com o relatório, ao longo dos 11 anos (2007-2017) foram julgados 115 Processos Administrativos Disciplinares contra magistrados. Se tomamos em conta a totalidade de processos de natureza “correicional”, os 115 PADs representam 0,21% do total. Equivale a dizer que de cada 10.000 processos de natureza “correicional” instaurados no CNJ, 21 foram processados e julgados como processo disciplinar contra magistrado. Dos 115 julgados, foi aplicado algum tipo de pena em 85, ou seja, 0,15% (15 processos julgados com penalidade para cada 10.000 processos de “atividade correicional”).

O número de processos com pena máxima, qual seja, a aposentadoria compulsória com proventos proporcionais foi de 57, ou, seja, 0,10% (10 processos julgados com penalidade máxima para cada 10.000 processos de “atividade correicional”). Se tomarmos apenas as informações apenas do ano de 2017, foram instaurados 5 (cinco) processos administrativos disciplinares em face de magistrados naquele ano, de um total de 9.087 processos de “atividade correicional”, o que equivale a 0,055% ou 5,5 processos disciplinares em face de magistrados a cada 10.000 processos de “atividade correicional” que tramitaram no conselho.

Os dados do “CNJ em Número 2020” apontam na mesma direção. De acordo com esse relatório, nos 15 anos que vão de 2006 a 2020, foram julgados 111 (cento e onze) processos administrativos disciplinares contra magistrados⁷⁴. Desses, em 87

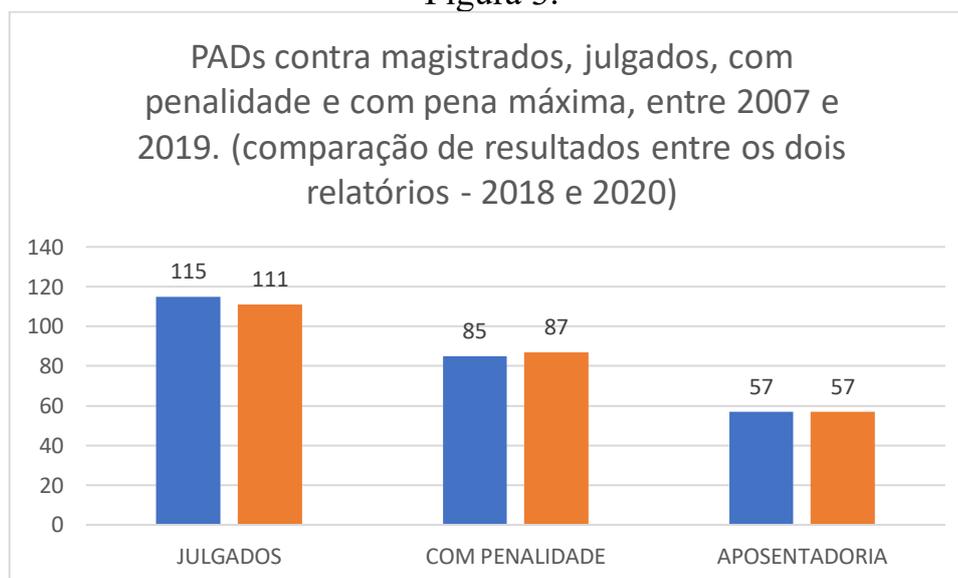
⁷³ A redução significativa é estranha, especialmente porque são relatórios com dados sobrepostos, sendo que o segundo cobre apenas dois anos a mais – 2018 e 2019. De todo modo não há no relatório explicação sobre as razões da aparente queda.

⁷⁴ O relatório contém um possível erro ou inconsistência. A questão será demonstrada a seguir, mas é importante apontar aqui. O relatório 2018 (ano-base 2017) registra que no período de 11 anos, entre 2007 e 2017 foram julgados 115 processos administrativos disciplinares em face de magistrados. O relatório 2020 (ano-base 2019) considera dados de um período de 15 anos, de 2006 a 2020, e informa que foram julgados 111 processos administrativos disciplinares contra magistrados. Além do eventual açodamento na confecção do relatório, a discrepância pode indicar também que o Departamento de Pesquisas Judiciárias -DPJ não tem completo controle das informações manuseadas.

houve atribuição de algum tipo de penalidade, e em 57 a penalidade aplicada foi a máxima prevista na Lei Orgânica da Magistratura – a aposentadoria compulsória. Se considerarmos que no mesmo período houve 76.829 processos de “atividade correicional”⁷⁵, os processos administrativos disciplinares contra magistrado correspondem a 0,14% do total, ou 14 para cada 10.000 processos de atividade correicional; os processos julgados em que houve penalidade são 0,11%, ou 11 em cada 10.000; e os processos em que houve aplicação da pena máxima – aposentadoria compulsória – são 0,07% ou 7 em cada 10.000 processos identificados como de “atividade correicional”.

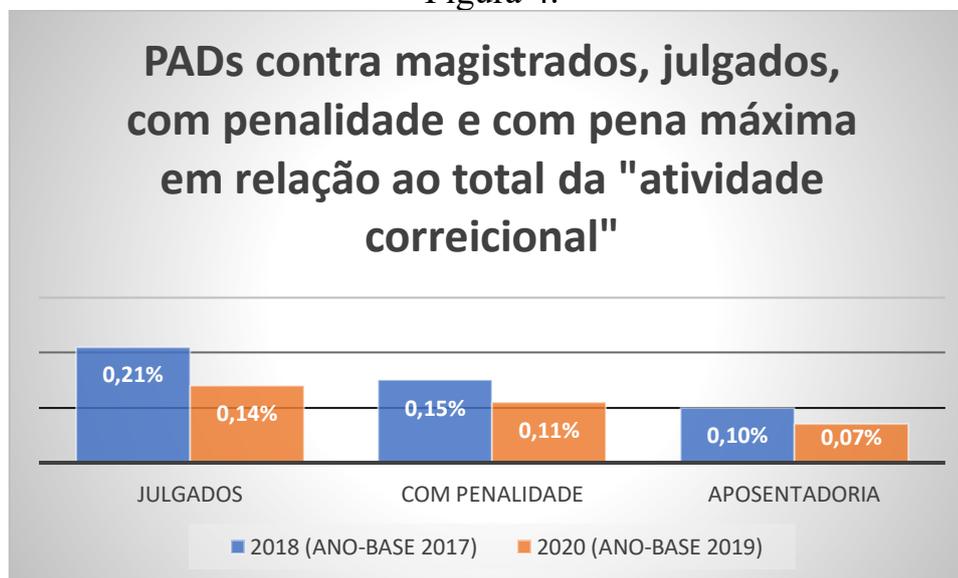
Comparando os dados dos dois relatórios temos o resultado mostrado na Figura 3. O número de processos administrativos disciplinares julgados, com penalidade e com a aplicação da punição máxima – a aposentadoria compulsória – são mostrados na Figura 4:

Figura 3.



⁷⁵ Pode-se objetar que não seria metodologicamente adequado comparar a totalidade de processos da “atividade correicional” com o número de PADs contra magistrados. No entanto, se consideramos as classes processuais utilizadas pelo Conselho, poderíamos eventualmente excluir do cálculos as classes “processo administrativo disciplinar contra servidor”, “inspeção” e “correição ordinária”. Mas essas classes no relatório 2020 somam 154 processos. As classes que somam a grande maioria dos processos são “representação por excesso de prazo”, que, como previsto no regimento, pode levar à instauração de processo disciplinar, e “pedido de providências”. Esta última classe aparece tanto nos processos de controle da atividade administrativa e financeira, como nos processos de controle do cumprimento de deveres funcionais pelos juízes, ou seja, os pedidos de providências que aparecem nessa parte do relatório se referem à “atividade correicional”, ou seja, ao controle do cumprimento de deveres funcionais pelos juízes, ensejando, portanto, atuação disciplinar e eventual abertura de processo dessa natureza.

Figura 4.



E) Falta de informações: nos dados sobre o resultado da atividade correicional a falta de algumas informações relevantes compromete as análises. Explicando: uma das possíveis razões para que o número de processos e punições apareça em níveis proporcionalmente bastante baixos em relação ao total de processos pode ser a “delegação de competência à corregedoria local”⁷⁶; essa é uma decisão bastante frequente em representações por excesso de prazo, baseada em decisões do STF que reconheceram a competência “correicional” do CNJ como concorrente em relação às corregedorias dos tribunais. Mas não há informações sobre quantitativos de delegações e os resultados das apurações conduzidas pelas corregedorias locais⁷⁷. Além disso, a delegação de competência promoveu uma inversão do controle, devolvendo poderes de controle aos órgãos controlados.

Como registrado, as inferências possíveis a partir dos dados contidos nos relatórios “CNJ em Números” são limitadas. Isso se deve sobretudo à diretriz política (ou diretrizes políticas) sobre a qual os relatórios são produzidos. Além do viés

⁷⁶ A questão da delegação da competência é importante não apenas para análise dos dados estatísticos, mas também para interpretação dos limites ao controle estabelecidos a partir de decisões do STF, e será analisada adiante no subcapítulo 4.3.

⁷⁷ Dirigi e-mail à Corregedoria Nacional em 23/01 para verificação dessa informação.

estatístico, as referências para a produção de dados – que giram em torno de “indicadores de desempenho” tais como a “taxa de congestionamento” e o “índice de atendimento à demanda” – são estabelecidas a partir do planejamento estratégico do Conselho. Assim, se a quantidade de processos ingressados e quantidade de processos baixados são tratados com centralidade, enquanto aspectos qualitativos do exercício das funções de controle são menosprezados, isto não é uma decorrência da simples definição matemática dos indicadores, mas da decisão política que determina as chamadas “estratégias nacionais” do Judiciário. A questão das estratégias, e sua relação, ou não, com algo nominado como “política judiciária” será observada mais adiante.

Antes, é preciso avançar na análise da atuação do Conselho em outro ponto relevante: sua função normatizadora. As observações a seguir foram produzidas a partir de duas referências: 1º. Uma tentativa de classificação de um tipo específico de ato normativo do CNJ – as resoluções – expedidas desde a instalação do conselho até a resolução 307/2019, de 17 de dezembro de 2019, por encerrar aquele ano, marcando o 15º ano desde a instalação. 2º. Uma análise de expressões relacionadas com o texto constitucional que define as funções do conselho e sua presença nos textos das resoluções do CNJ. Essa segunda análise leva em conta um período um pouco mais longo, dada a opção de seguir como fonte um conjunto de quatro publicações – em formato de livro – encontráveis na página do conselho na internet. Neste caso a última resolução presente nas publicações é a 332/2020 de 21 de agosto de 2020⁷⁸.

4.1.1. Classificando as resoluções

Há, num conto fantástico de Jorge Luis Borges⁷⁹, uma passagem bastante conhecida, e que também é recordada como um alerta quando o assunto é estabelecer classificações, quaisquer que sejam. Diz Borges:

Em uma certa enciclopédia chinesa que se intitula Empório Celestial de Conhecimento Benevolente, está escrito, em suas remotas

⁷⁸ Essas publicações se encerram na Resolução 332/2020 pois consideram a última resolução da gestão do Ministro Dias Toffoli como presidente do CNJ.

⁷⁹ El idioma analítico de John Wilkins.

páginas, que os animais se dividem em: a) pertencentes ao imperador; b) embalsamados c) domesticados; d) leitões; e) sereias; f) fabulosos; g) cães em liberdade; h) incluídos na presente classificação; i) que se agitam como loucos; j) inumeráveis; k) desenhados com um pincel muito fino de pêlo de camelo; l) et cetera; m) que acabam de quebrar a bilha; n) que de longe parecem moscas. (BORGES, 1952, Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4465622/mod_resource/content/1/BORGES_ElIdiomaAnaliticoDeJohnWilkins.pdf)

Fazer uma classificação envolve algo indominável, pois pressupõe uma concordância prévia acerca das bases sobre as quais uma tal classificação se estabelece⁸⁰.

O objetivo da presente proposta de classificação é o oposto disso. A classificação das resoluções do conselho em um dado período não toma critérios prévios, porque eles simplesmente não existem. O objetivo aqui é agir em sentido oposto e colocar sob dúvida um critério, não aparente, implícito, que pode ser expressado da seguinte maneira: “tudo o que o Conselho Nacional de Justiça faz é controle, e controle é tudo o que o Conselho Nacional de Justiça faz”. Esse critério, não explícito fica evidenciado pelo modo como os relatórios “CNJ em Números” lidam com as informações a respeito dos atos normativos. O relatório se resume a classificar e distinguir os atos normativos em seus vários tipos – resoluções, portarias, enunciados administrativos, etc – e alguns grupos de assuntos marcantes da gestão de cada presidente do conselho. Nada mais.

A classificação que proponho questiona esse critério implícito descrito, porque procura distinguir aqueles atos que representam ações ou normas de controle – aqui

⁸⁰ Michel Foucault (1999) revela o riso, a perplexidade e ao mesmo tempo o profundo significado do texto de Borges. “Quando instauramos uma classificação refletida, quando dizemos que o gato e o cão parecem menos que dois galgos, mesmo se ambos estão adestrados ou embalsamados, mesmo se os dois correm como loucos e mesmo se acabam de quebrar a bilha, qual é, pois, o solo a partir do qual podemos estabelecê-lo como inteira certeza? Em que “tábua”, segundo qual espaço de identidades, de similitudes, de analogias, adquirimos o hábito de distribuir tantas coisas diferentes e parecidas? Que coerência é essa – que se vê logo não ser determinada por um encadeado a priori e necessário, nem imposta por conteúdos imediatamente sensíveis? Pois não se trata de ligar consequências, mas sim de aproximar e isolar, de analisar, ajustar, e encaixar conteúdos concretos; nada mais tateante, nada mais empírico (ao menos na aparência) que a instauração de uma ordem entre as coisas; nada que exija um olhar mais atento, uma linguagem mais fiel e mais bem modulada; nada que requeira com maior insistência que se deixe conduzir pela proliferação das qualidades e das formas. E, contudo, um olhar desavisado bem poderia aproximar algumas figuras semelhantes e distinguir outras sem razão de tal ou qual diferença; de fato não há, mesmo para a mais ingênua experiência, nenhuma similitude, nenhuma distinção que não resulte de uma operação precisa e da aplicação de um critério prévio”. (p. XV, Prefácio)

entendido controle como a redução dos espaços livres de direito – e que, portanto, correspondem ao exercício das funções constitucionais atribuídas ao conselho, de atos que correspondem a simples arranjos burocráticos ou organizativos que, por seu conteúdo, não representam necessariamente o estabelecimento de controles ou, mais enfaticamente, de limites à ação de juízes e tribunais. E o mais importante: verificar a existência de atos normativos que atuam ampliando, a partir da ideia de políticas judiciárias, os espaços livres de direito, impactando sobre as possibilidades de submissão dos juízes à lei.

Como dito, o ponto crucial para compreender essa classificação é que ela representa uma recusa à ideia de que todo e qualquer ato do CNJ é um ato de controle. É uma recusa expressa ao “formalismo inócuo” desvelado por Carl Schmitt (2007) e que, no caso das decisões judiciais, sustenta grande parte da ação dos juízes:

Esse tipo de lógica se processa, em contínuas trocas, da seguinte maneira: justiça é o que um juiz faz, ou seja, tudo o que um juiz faz é justiça, o juiz é independente, ou seja, toda pessoa que é independente é um juiz, assim, tudo o que um órgão independente faz sobe a proteção de sua independência é justiça (...). (SCHMITT, 2007, p. 57)

Segundo essa lógica formal, que aparece subjacente ao tratamento que o CNJ dá aos seus atos normativos, todo e qualquer ato do conselho é um ato de controle, e o controle está em todo e qualquer ato do conselho⁸¹.

Então, a classificação a seguir, rejeita essa lógica, e propõe, de um lado distinguir entre atos de controle do conselho e atos que não tem essa função. E, também, uma segunda classificação, interna a essa primeira, segundo o conteúdo previsto para cada resolução de acordo com sua ementa.

⁸¹ A ideia de controle está aqui entendida como a fixação de limites, e está associada à teoria da separação dos poderes. Madison (2005) insistiu, no Federalista 48, que os poderes deveriam estar conectados, a ponto de um exercer o “controle” sobre o outro, e essa seria a forma de manter a separação de poderes. Então, um ato de controle é um ato que representa uma limitação ao campo de decisão política dos tribunais. Numa perspectiva democrática o controle pertence ao povo, o detentor da soberania; numa perspectiva liberal o controle é exercido pelos outros poderes, na forma de *checks and balances*, como defendido por Madison. No caso do judiciário caminha-se para que não haja nenhum dos dois.

As resoluções de número 1 a 307 foram inicialmente separadas em três grandes grupos: GRUPO I: De organização administrativa e/ou de estruturas burocráticas, GRUPO II: De organização do trabalho e GRUPO III: De controle. Internamente esses grupos foram divididos em subgrupos, de modo a tornar mais perceptível o conteúdo das resoluções a o seu enquadramento em cada grupo/subgrupo.

No GRUPO I foram alocadas as resoluções cujo objeto foi a organização de atividades administrativas ou de estruturas burocráticas, por vezes do próprio CNJ. Nessas resoluções o controle ou o limite à ação dos tribunais não aparece como objeto direto. Elas formam uma base de organização prévia das estruturas administrativas e burocráticas, que poderíamos chamar também de atividades meio. Ou seja, elas foram consideradas em sua instrumentalidade, como formas ou meios, que podem ser úteis ao desenvolvimento da atividade de controle, mas que não representam controle ou limitação.

No GRUPO II foram alocadas resoluções cujo objeto é a organização do trabalho, ou, talvez em termos mais precisos a organização do serviço público judiciário. Se poderia também dizer que neste grupo estão atividades meio. Este é, seguramente, um campo mais aberto. Aqui entram resoluções que podem ser alocadas como de “política judiciária”. Elas tanto podem representar limites e controles mais rígidos para juízes e tribunais como podem, representar maior flexibilidade quanto ao cumprimento das normas legais, visto que forma um novo nível normativo, definido internamente ao judiciário. Ou seja, os espaços vazios tanto podem ser reduzidos como podem ser ampliados.

No GRUPO III foram alocadas as resoluções que tem por objeto direto determinar limites e exercer controle sobre a ação dos tribunais cumprindo os dois vértices estabelecidos pelo texto constitucional como funções do Conselho: controle sobre a atuação administrativa e financeira, e controle sobre o cumprimento dos deveres funcionais pelos juízes. São casos de fechamento das normas em torno da estrita legalidade, ou seja, para assegurar que juízes e tribunais sejam submetidos à lei.

Os grupos foram subdivididos em subgrupos, conforme mostra a tabela:

GRUPO I – Organização administrativa e/ou estruturas burocráticas	SUBGRUPO I – De organização administrativa e/ou estruturas burocráticas do CNJ
	SUBGRUPO II - De organização administrativa e/ou estruturas burocráticas dos tribunais
	SUBGRUPO III - De organização administrativa e/ou estruturas burocráticas – Cartórios Extrajudiciais
	SUBGRUPO IV - De organização administrativa e/ou estruturas burocráticas – Da política de segurança do judiciário
	SUBGRUPO V - De organização administrativa e/ou estruturas burocráticas – prazos para envios de propostas orçamentárias do judiciário da União, DF e Territórios.
GRUPO II – Organização do trabalho	SUBGRUPO I – De organização do trabalho
	SUBGRUPO I – De organização do trabalho – Estatísticas
	SUBGRUPO II - De organização do trabalho – Planejamento
	SUBGRUPO III - De organização do trabalho – Acesso à informação
	SUBGRUPO IV - De organização do trabalho – Tecnologia da informação e PJE
	SUBGRUPO V - De organização do trabalho – Cadastro de condenados por improbidade
	SUBGRUPO VI - De organização do trabalho – Formação e aperfeiçoamento de pessoal
	SUBGRUPO VII - De organização do trabalho – Autorizações de viagens
	SUBGRUPO VIII - De organização do trabalho – Gestão de precatórios
	SUBGRUPO IX - De organização do trabalho – Convocação de juízes para auxílio ou substituição em tribunais
	SUBGRUPO X - De organização do trabalho – outros temas
SUBGRUPO XI - De organização do trabalho – Padronização de	

	procedimentos em recursos repetitivos e incidentes
	SUBGRUPO XII - De organização do trabalho – proteção à criança e ao adolescente
	SUBGRUPO XIII - De organização do trabalho – Fóruns
	SUBGRUPO XIV - De organização do trabalho – Execução penal e sistema carcerário
GRUPO III - Controle	SUBGRUPO I – De controle com impacto sobre a atuação administrativa e financeira
	SUBGRUPO II – De controle com impacto sobre o cumprimento dos deveres funcionais pelos juízes

A própria apresentação dos subgrupos permite uma visão dos conteúdos e da classificação, mas alguns exemplos mais podem ajudar a entender a distribuição de resoluções em cada grupo/subgrupo⁸²:

No Grupo I estão, por exemplo: a resoluções acerca do regimento interno do conselho (02 e 67); que criam atividades de apoio do conselho (01); criando auxílio saúde para os servidores do CNJ (38, 141, 207 e 294); que estabelece critérios de dependência econômica de familiares de servidores do conselho, ou para reconhecimento de união estável (39, 40, 167 e 168); ou ainda, para os tribunais: resoluções sobre uso de serviço móvel celular (18); sobre conversão de férias de juízes em pecúnia (23, 25 e 27); estabelecendo o domínio primário jus.br ou padronizando endereços eletrônicos (41 e 45); criando o prêmio nacional de estatísticas judiciárias (78 e 129); sobre remoção a pedido ou permuta de juízes (32 e 97); acerca da antecipação do pagamento de diligências de oficiais de justiça (153); sobre encargos trabalhistas de empresas terceirizadas contratadas (98, 169, 183, 248); padronizando a carteira de identidade de magistrado (193); uso do nome social por usuários, juízes e servidores (270).

Ainda neste grupo foram incluídas as resoluções que tratam da organização e funcionamento de cartórios extrajudiciais (12 resoluções no total). E um número

⁸² Uma lista de todas as resoluções de 1 a 307 estão no Anexo... do trabalho, com a respectiva ementa, para eventual confronto.

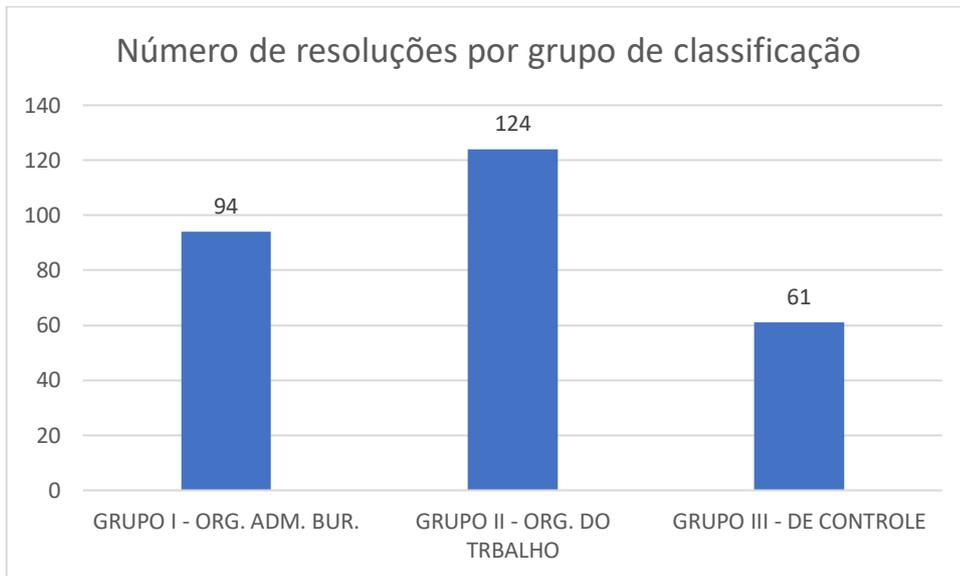
considerável de resoluções cujo objeto é organizar a política e serviços de segurança interna do poder judiciário (104, 124, 148, 176, 189, 218, 239, 275, 291).

No Grupo II estão, por exemplo: resoluções que regulam a produção de dados estatísticos do judiciário (04, 15, 49, 66, 76, 87, 117); ou as que tratam de procedimentos para autorização de viagens nacionais ou internacionais para crianças e adolescentes (51, 55, 74, 131, 295); também resoluções que tratam de cadastramento da conta única para o sistema BacenJud (61), ou sobre depósito e destinação de armas de fogo (134); as resoluções que criam fóruns nacionais, cujo objetivo é troca de informações e acompanhamento de situações específicas (107, 110, 138, 163, 197, 212, 231).

No Grupo III estão, por exemplo: resoluções que tratam da extinção de férias coletivas, dos limites para despesa com pessoal, dos critérios de merecimento para promoção de juízes (03, 05 e 06); sobre a composição dos órgãos especiais dos tribunais (16); também sobre afastamento de juízes para aprimoramento profissional (64) e concursos para ingresso na magistratura (75, 118, 208); sobre jornada de trabalho (88 e 130); transferência de juízes para órgãos fracionários de tribunais (139, 150); ou ainda as resoluções que tratam do nepotismo (07, 09, 20, 21, 181, 229); e também as relativas à distribuição de cargos e orçamento entre primeiro e segundo grau (12 resoluções no total: 146, 184, 194, 195, 219, 243, 259, 267, 278, 282, 283, 297); também foram classificadas aqui resoluções sobre: uniformização dos procedimentos de Processo Administrativo Disciplinar contra magistrado (30, 135); exercício do magistério por juízes (34, 226); o código de ética da magistratura nacional (60); regulamentação de suspeições por motivo de foro íntimo (82); parâmetros para uso das redes sociais por membros do poder judiciário (305); ou regulando a participação de juízes em eventos tais como seminários, congressos, simpósios, etc.

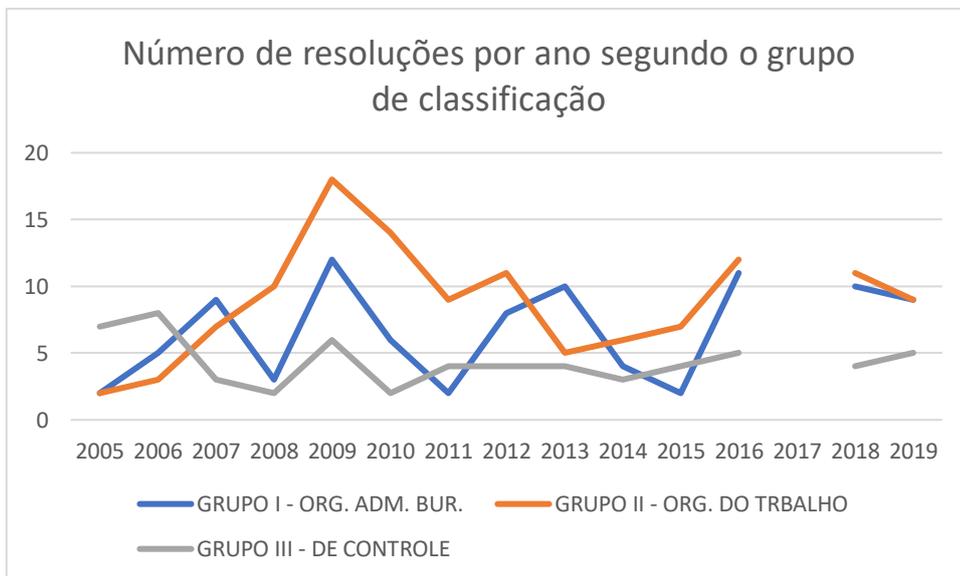
De acordo com a classificação proposta, nos 15 anos entre 2005 e 2019, das 307 resoluções publicadas, 94 foram para regular aspectos de organização administrativa ou de estrutura burocrática do próprio CNJ e dos tribunais; 124 foram voltadas à organização do trabalho, em grande parte uniformizando procedimentos e formas de gerir e realizar o trabalho cotidiano voltado à prestação do serviço público de jurisdição; e 61 tiveram como objeto o controle efetivo sobre as decisões político administrativas dos tribunais, traçando limites a essas decisões, ou o controle do cumprimento dos deveres funcionais por parte dos juízes, como mostra a Figura 5.

Figura 5:



A figura 6 mostra a evolução ano a ano das resoluções de acordo com o grupo de classificação no qual está inserida:

Figura 6



As resoluções “de controle”⁸³ estiveram em maior número que as demais no primeiro ano de existência do Conselho e, a partir daí, se mantiveram em números inferiores às resoluções de organização administrativa e burocrática e às de organização do trabalho, com raras e sensíveis ultrapassagens em 2011 e 2015.

Já as resoluções voltadas para a organização do trabalho passaram a predominar a partir de 2008 e se mantiveram como a maior atuação regulatória do conselho nos anos seguintes.

A partir dessas informações e das funções atribuídas pelo texto da constituição ao Conselho Nacional de Justiça, busquei estabelecer dois recortes que permitissem o confronto entre as regulamentações elaboradas pelo CNJ através de resoluções e as funções atribuídas pelo Art. 103-B, § 4º da CF e com as decisões do STF acerca das mesmas funções.

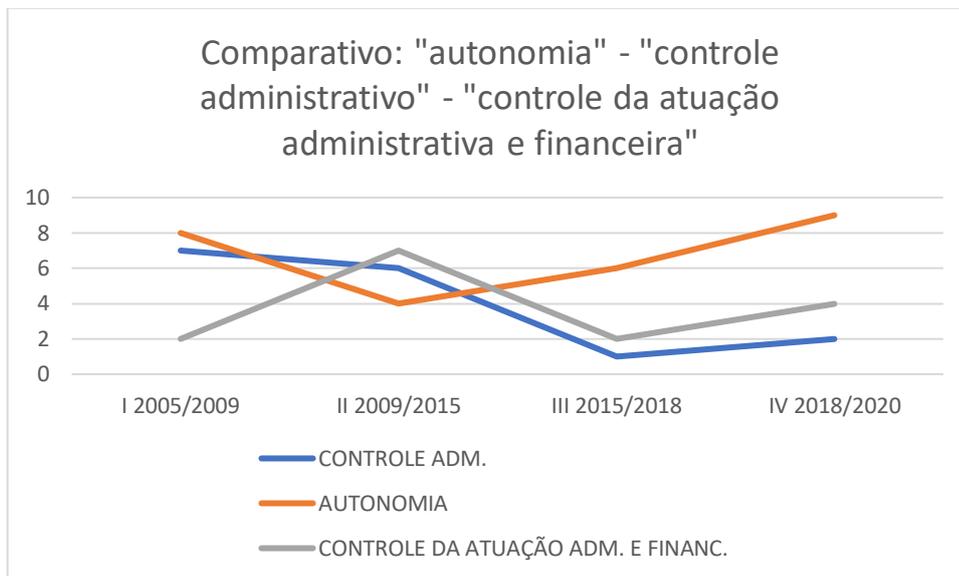
O primeiro recorte levou em conta as resoluções 01 a 332. A opção por trabalhar com estas resoluções se deveu à facilidade de acesso ao conjunto de atos, contidos em quatro (04) livros publicados em 2020 e disponíveis na página do CNJ na internet. Não há, na publicação, uma explicação sobre o critério de distribuição das resoluções em cada livro, de modo que para a análise das informações os livros foram utilizados como referência, como Livro “I”, Livro “II”, Livro “III” e Livro “IV”.

Nesse caso, o trabalho consistiu em buscar a presença de expressões contidas no texto constitucional nos livros contendo as resoluções. Os dados foram colhidos livro a livro. Sobre o que contém cada livro: o livro I as resoluções de 01 a 91 (de 29/06/2005 até 29/09/2009); livro II as resoluções 94 a 210; (de 27/10/2009 a 15/12/2015); livro III as resoluções de 211 a 264 (de 15/12/2015 a 09/10/2018); e livro IV as resoluções de 265 a 332 (de 09/10/2018 a 21/08/2020).

Com base nas informações contidas nas publicações confrontou-se as expressões “autonomia”, “controle administrativo” e “controle da atuação administrativa e financeira”. O resultado aparece na Figura 7:

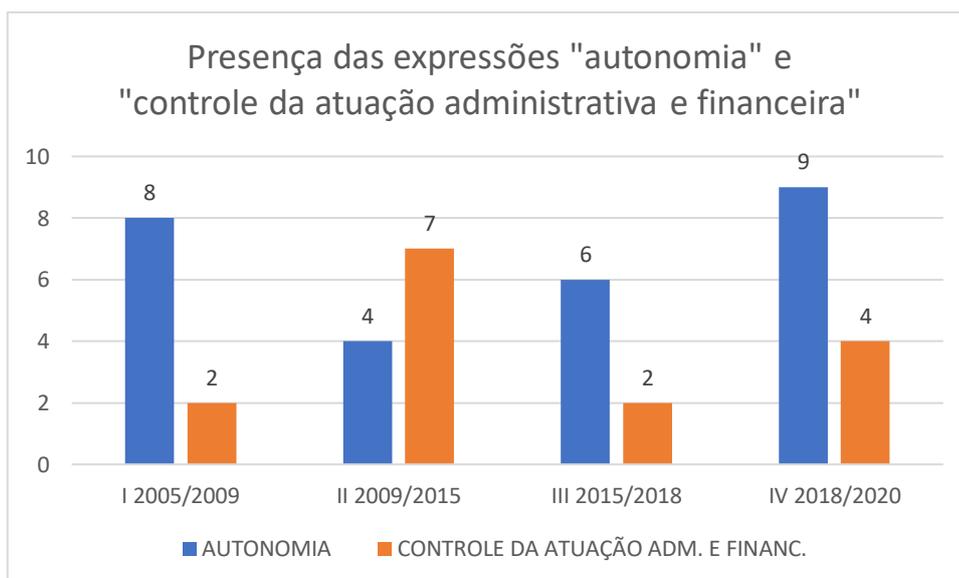
⁸³ A classificação pode ser considerada rigorosa. Mas não é o que aparece se considerarmos o que traz o próprio Conselho em suas publicações. Nas publicações citadas adiante, um conjunto de quatro livros publicados no ano de 2020 contendo uma compilação de todas as resoluções, da resolução número 01 até a 332, o índice temático classifica resoluções em de “controle da atuação administrativa e financeira”. Nesse verbete, no livro número I não há nenhuma resolução; no livro II apenas cinco (5); no livro III apenas uma (01); e no livro IV nenhuma resolução. Nessa comparação, a classificação proposta é muito mais flexível do que aquela constante nas publicações do Conselho.

Figura 7.



A expressão “autonomia”, como se vê, aparece em vantagem ante as expressões de “controle”. Utilizando apenas as expressões “autonomia” e “controle da atuação administrativa e financeira” o resultado é o da Figura 8. Neste caso as expressões utilizadas estão ambas no texto constitucional, no artigo 103-B, § 4º e inciso I.

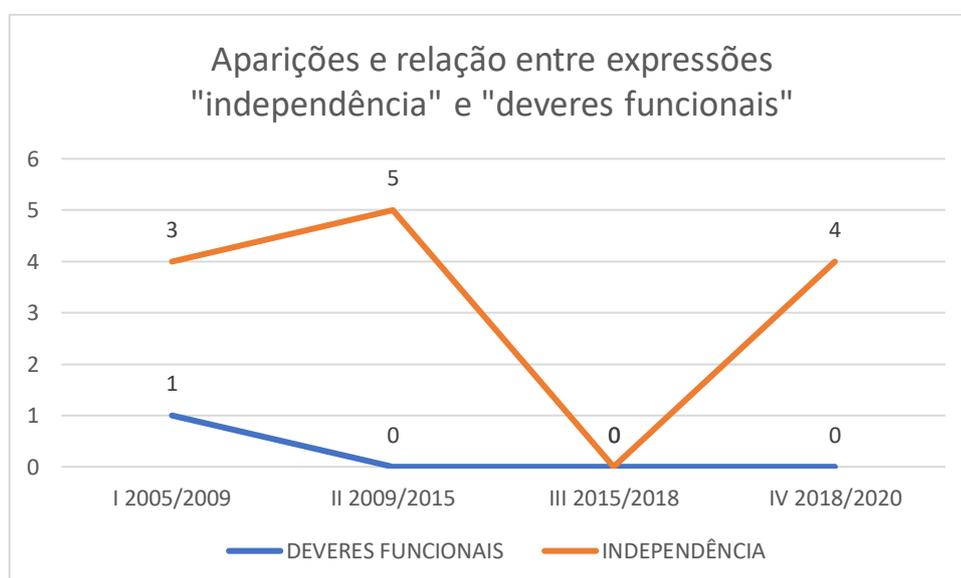
Figura 8.



A comparação é importante não só porque se trata de expressões presentes no texto da constituição como pelo fato de que são expressões que se opõem. Controle significa menos autonomia ao passo que mais autonomia indica menos controle.

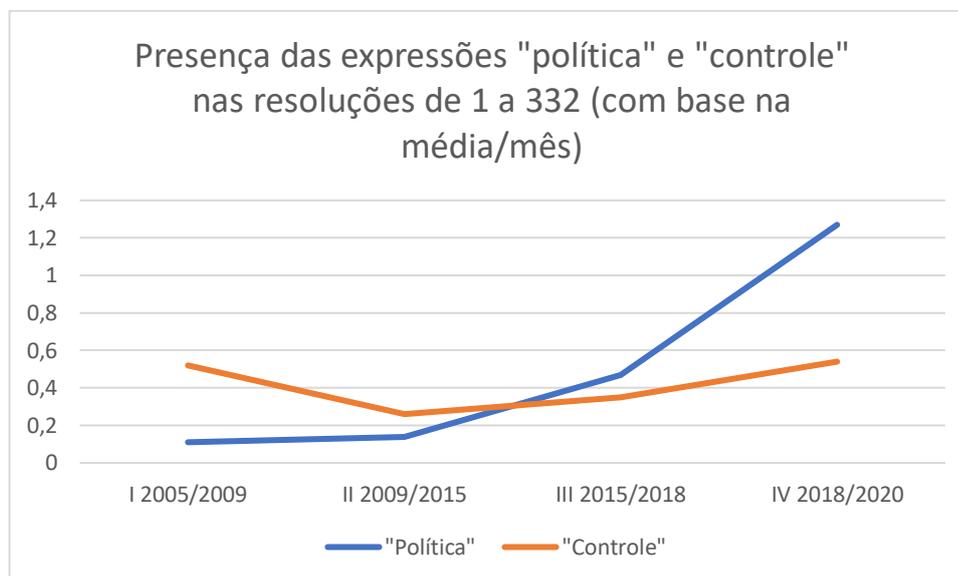
No quadro a seguir, fez-se a extração da presença das expressões “deveres funcionais” e “independência”. O resultado está na Figura 9:

Figura 9.



Considerando que a expressão que melhor define as funções do Conselho, nos termos do texto da constituição, é “controle”, e que “política” representa uma maior possibilidade de formação de espaços vazios e de autoprogramação, procurou-se verificar a evolução da presença das expressões “política” e “controle”, em contraste. A Figura 10 mostra o resultado:

Figura 10.



Entendido o controle como o exercício de uma regulação que se submete democraticamente à soberania popular e, por consequência, significa circunscrever à ação dos juízes e tribunais à estrita legalidade, os resultados anteriores apontam uma tendência contrária, de certo afrouxamento dessa perspectiva de controle. A ultrapassagem da política sobre o controle é indicativa dessa possibilidade. Política é campo aberto à decisão. Controle indica o campo estrito do cumprimento da norma.

4.2. CONTROLE DO CUMPRIMENTO DOS DEVERES FUNCIONAIS E OS ATOS “EMINENTEMENTE JURISDICIONAIS”

Foi Montesquieu quem apresentou o “poder de julgar” como um poder “terrível entre os homens”, anunciando então que, “não estando ligado nem a um certo estado, nem a uma certa profissão” ele se tornaria “nulo”. (MONTESQUIEU, 1999)

Se a ideia de separação de poderes parece inevitavelmente vinculada a Montesquieu, a conformação atual da magistratura e da organização do judiciário, no entanto, pouco deve a Montesquieu, mas quase tudo aos federalistas norte-americanos. No Federalista 78 John Hamilton construiu o escopo da estrutura organizativa do judiciário, esquadrihando questões como: forma de acesso e tempo

de permanência no cargo. O ramo “menos perigoso” do Estado precisava ser compensado com proteções contra o “perigo contínuo de ser dominado, intimidado ou influenciado pelos seus ramos coordenados”:

[...] e como nada pode contribuir mais para sua firmeza e independência, do que a estabilidade no ofício, esta qualidade deve, portanto, ser considerada como um ingrediente indispensável em sua constituição; e em grande medida como a cidadela da justiça pública e da segurança pública. (MADISON; HAMILTON; JAY, 2005, p. 413) (grifo nosso)

Apresentada como uma preocupação em proteger o judiciário contra a ação usurpadora dos demais poderes, o que ali se desenhou foi uma espécie de intocabilidade do judiciário pelos demais, vistos como poderes perigosos para as liberdades individuais. Ao judiciário caberia então a função de proteger aquelas liberdades. A fraqueza que requer compensações na retórica federalista, é transformada em força. De um poder “invisível e nulo” na visão de Montesquieu, a um poder que tem a função de proteger as liberdades contra os ataques dos demais. O resultado final dessa proteção, no caso norte americano foi, para Bercovici (2013), uma inversão da Constituição e a atuação da Suprema Corte combatendo a ampliação da democracia.

A concepção de que os juízes (e o judiciário) devem ser protegidos deitou raízes profundas nas constituições, mesmo com consequências bastante graves para o desenvolvimento e preservação da democracia e para o exercício da soberania popular. A expressão que melhor representa essa ideia de proteção é, sem dúvida, a palavra *independência*.

A independência dos magistrados ganhou posição de destaque, desassociando-se da ideia de imparcialidade. Enquanto a imparcialidade é exigida do juiz em relação às partes do processo, a independência é uma proteção contra os demais poderes e agentes do arranjo estatal. Mas isso implica em colocar o judiciário fora da submissão à soberania popular.

Então, vitaliciedade no cargo, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, são apresentadas como proteções da imparcialidade e da independência de juízes, e elevadas à posição de “cláusulas pétreas”

constitucionais⁸⁴. No Brasil, José Afonso da Silva (2008) considera que as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos são “garantias de independência dos órgãos judiciários”, separando das “garantias de imparcialidade dos órgãos judiciários”, que seriam dadas pelas vedações dos incisos do art. 95 da CF.

O raciocínio pode ser assim resumido: apresentado como o ramo mais frágil do arranjo de poderes estatais, o judiciário é compensado em sua suposta fragilidade, pela atribuição de garantias que são suas seguranças contra o “assalto” dos demais poderes. A independência é uma pretensão, e ao mesmo tempo, um discurso ideológico e de força da magistratura. Qualquer ideia ou expectativa de controle sobre o judiciário teve ou terá que se debater com a invocação da independência. *Independência* e *controle* são apresentados como antípodas, e em grande parte, a problemática do controle (qualquer que seja a adjetivação que se lhe dê) sobre o judiciário, vai ter que se defrontar com essa questão.

A possibilidade de controle sobre o judiciário foi, aparentemente, superada com a aprovação da Emenda Constitucional 45 e a criação do Conselho Nacional de Justiça. Mas a compreensão sobre a extensão do controle permanece problemática sobretudo quando confrontada com as visões acerca da independência do judiciário, que em grande extensão, afastam ou impedem a verificação de atos dos juízes, a partir da qualificação que se dê ao ato praticado.

Foi sobre a base da independência dos juízes e do judiciário que se desenvolveu a jurisprudência do Conselho Nacional de Justiça acerca dos atos chamados de “eminentemente jurisdicionais” ou “evidentemente jurisdicionais” e à afirmação de impossibilidade de controle dos atos assim denominados. Essa jurisprudência ofuscou o debate doutrinário sobre a natureza dos atos do juiz e que deve ou não ser considerado jurisdicional⁸⁵.

⁸⁴ A expressão foi utilizada no julgamento do Pedido de Providências 0005955-90.2010.2.00.000, pelo Conselheiro Walter Nunes da Silva Júnior, juiz federal e que foi presidente da Associação dos Juizes Federais – AJUFE.

⁸⁵ Gramaticalmente os advérbios têm a função de modificar a palavra que acompanham. No caso das expressões, os advérbios “evidentemente” e “eminentemente” atuam modificando o adjetivo “jurisdicional”. Assim, o adjetivo é reforçado pela presença do advérbio. Seria algo como dizer que alguma pessoa “é bonita” ou é “evidentemente bonita”. O uso parece um recurso retórico para fechar a porta a qualquer discussão. O que é “evidentemente jurisdicional” não pode ser questionado, não pode ser colocado em dúvida. Basta lembrar que a raiz do advérbio mencionado é o substantivo evidência, do inglês, *evidence*, que significa prova. Ou seja, o que é evidente, é o que está provado. É assim inclusive que o direito positivo brasileiro trata a questão, ao prever no Código de Processo Civil a Tutela da Evidência. Claro que podemos nos perguntar se, havendo um ato “evidentemente jurisdicional” há também um ato que não o seja. Mas o sentido do recurso retórico e reforço gramatical parece certo. Aliás, os

Em estudo recente Oliveira e Rosalen (2022) identificaram um “alargamento” do conceito de ato jurisdicional, cuja consequência é “uma redução e limitação significativa das competências constitucionais do CNJ”. Naquele estudo os autores analisaram um conjunto de procedimentos deflagrados no âmbito do Conselho Nacional de Justiça contra o juiz federal Sérgio Fernando Moro juiz responsável pelas principais decisões de primeira instância da conhecida Operação Lava Jato. Confirmando a tendência apontada acima, os 31 processos contra o juiz, analisados no estudo, foram arquivados, em decisões monocráticas. Boa parte deles com decisão em que o Corregedor considerou a existência ou não de infração disciplinar (a inexistência é causa de arquivamento, como visto acima), foram arquivados exatamente ao argumento que os atos questionados tinham natureza “judicial” ou “jurisdicional”, e por isso não estariam sujeitos a controle.

Cravou-se a expressão “evidentemente jurisdicional”⁸⁶ para, ao mesmo tempo, extrair duas consequências: 1) afastar a competência do Conselho Nacional de Justiça, ao argumento de que o controle exercido pelo conselho só é admissível constitucionalmente em questões de natureza administrativa e impossível em atos de natureza jurisdicional. 2) impedir o controle de deveres funcionais de juízes pelo CNJ quanto a atos praticados no âmbito do processo vez que a jurisprudência do Conselho se estabeleceu sobre a premissa de que “o exame de matéria eminentemente jurisdicional não enseja o controle administrativo”⁸⁷.

A questão a considerar sobre a primeira consequência é que, no âmbito do processo, há atos que não são jurisdicionais – e aqui fica claro que ainda se prescinde de precisão conceitual em relação a essas definições – e que ainda assim, são colocados nessa posição. O estudo de Oliveira e Rosalen (2021) cita como exemplo os despachos, entendidos na doutrina processualista como “atos de mera administração do processo”⁸⁸, remetendo ao art. 1.101 do Código de Processo Civil,

advérbios variam: “evidentemente”, “eminentemente”, “flagrantemente”. Sempre com o mesmo sentido e objetivo.

⁸⁶ Com dito acima as expressões variam: “evidentemente jurisdicional”, “eminentemente jurisdicional”, “flagrantemente jurisdicional”. O adjetivo “jurisdicional” também é substituído por “judicial”, por vezes.

⁸⁷ A expressão entre aspas é do Corregedor Nacional de Justiça, Min. Humberto Martins, na decisão de arquivamento do PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS - 0005020-69.2018.2.00.0000, decidido em 10.12.2018.

⁸⁸ Conferir: LAMY, Eduardo de Avelar; e RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Teoria Geral do Processo*, 6ª. Edição. São Paulo: Atlas, 2019. p. 172.

que determina que “dos despachos não cabe recurso”. Um dos exemplos no caso do juiz Moro foi um “despacho-consulta” dirigido ao juiz Gebran Neto do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Sendo o despacho um ato de “administração do processo”, poderia então ser submetido ao controle administrativo como tal.

Como se sabe, despachos são um tipo de ato bastante comum no cotidiano de qualquer juízo ou tribunal. Despachos são atos de administração que em sua aparente singeleza, fazem lembrar algo bastante importante: juízes não apenas julgam processos, eles também os administram. Aqui há aquilo que Ingeborg Maus trata como “espaços livres de direito”, e margens de ação que são preenchidas por atos de administração. Outro exemplo disso, no estudo de Oliveira e Rosalen (2021) é a acusação de que o juiz Moro teria simulado a distribuição de um processo por dependência para atrair para si a competência processual. A distribuição de processos, para o que costuma haver extenso regramento no âmbito dos tribunais⁸⁹, é, como se vê, uma questão de administração da justiça, um ato de administração. Nos dois exemplos citados no estudo mencionado, o Corregedor Nacional considerou os atos como atos jurisdicionais, negando possibilidade de atuação do Conselho.

Quanto à segunda consequência – segundo a qual a matéria jurisdicional não comporta controle administrativo – é preciso ter em mente que, se o Conselho Nacional de Justiça não atua como instância recursal de atos tidos como jurisdicionais, é certo também que não está impedido de verificar atos jurisdicionais praticados, quando neles estiver inserido descumprimento de deveres funcionais:

Ao CNJ não está confiado analisar todo e qualquer ato jurisdicional, é verdade. Sua competência, no entanto, o obriga a analisar todo e qualquer ato de descumprimento dos deveres funcionais, os quais, na maior parte do tempo só ocorrem através de atos jurisdicionais. (OLIVEIRA e ROSALEN, 2021, prelo, sem pág.)

Aliás, há um raciocínio curioso que precisa ser ainda considerado. Se de um lado a jurisprudência do CNJ – e também a do STF – bloqueia o controle do cumprimento de deveres funcionais pela esfera administrativa de atuação do Conselho, não é menos verdade que há também um bloqueio ao próprio controle jurisdicional do cumprimento dos deveres, como se verá.

⁸⁹ Remeto, exemplificativamente, ao Regimento Interno do Tribunal de Justiça de SC, ou ainda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Esse raciocínio está bem desenvolvido no julgamento, pelo STF, do Inquérito 2699, em 12 de março de 2009. No inquérito discutia-se a prática de crime contra a honra, por parte de dois ministros do Tribunal. Em Questão de Ordem, o plenário do tribunal decidiu pela extinção do inquérito, alegando atipicidade de conduta. O fundamento foi o artigo 41 da Lei Orgânica da Magistratura, segundo o qual “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”. O argumento para a decisão está resumido em parte da ementa:

A "ratio" subjacente à norma inscrita no art. 41 da LOMAN decorre da necessidade de proteger os magistrados no desempenho de sua atividade funcional, assegurando-lhes condições para o exercício independente da jurisdição. É que a independência judicial constitui exigência política destinada a conferir, ao magistrado, plena liberdade decisória no julgamento das causas a ele submetidas, em ordem a permitir-lhe o desempenho autônomo do "officium iudicis", sem o temor de sofrer, por efeito de sua prática profissional, abusivas instaurações de procedimentos penais ou civis. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 2699. Querelante: Carlos Frederico Guilherme Gama. Querelados: Carlos Augusto Ayres Freitas de Brito e Marco Aurélio Mendes de Farias Melo. Relator: Ministro Celso de Melo. Brasília, 12.03.2009)

A questão chave está em perguntar (e responder) o seguinte: um ato do juiz praticado em desrespeito à lei, segue sendo um ato jurisdicional? Um ato do juiz segue sendo um ato de jurisdição enquanto estiver conformado à lei preexistente, e deixa de ser um ato jurisdicional se ele perde essa conformidade⁹⁰. E por outro lado deve-se perguntar se todo ato de um juiz, pelo simples fato de ter sido praticado por um juiz, deve ser considerado como um ato de jurisdição.

Sob os exemplos acima, pode-se ver que o caminho para o controle do cumprimento dos deveres funcionais pelos juízes está bloqueado nos dois caminhos.

⁹⁰ “Caso o juiz abandoe a base na qual realmente exista uma subsunção do fato típico a normas gerais e, com ela, uma vinculação material à lei, ele não mais pode ser juiz independente e nem um sinal de aparência de justiça pode protegê-lo dessa conclusão. 'A vinculação à lei, unicamente à qual o juiz está subordinado pelo artigo 102, não significa apenas o limite, mas a verdadeira justificação para a liberdade de decisão, por causa do poder da lei que se impõe unicamente pela sentença, todas as outras vinculações têm que cair perante o juiz'. Por isso, o problema do movimento do livre direito e da magistratura 'criadora' é, em primeiro lugar, um problema constitucional”. (Schmitt, 2007, p. 29)

Tanto no caminho do controle administrativo, quanto no sentido de algum controle judicial. O que seria então uma violação de deveres funcionais?

4.2.1. Quais deveres funcionais?

De acordo com o artigo 35 da Lei Orgânica da Magistratura, são considerados deveres funcionais do juiz:

I - Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício;

II - não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar;

III - determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais;

IV - tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência.

V - residir na sede da Comarca salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado;

VI - comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término;

VII - exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes;

VIII - manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.

O Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução 60/2008, estabeleceu o Código de Ética da Magistratura Nacional, o qual prevê como princípios: “da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro”.

Como se vê, trata-se de um rol de deveres com dose razoável de abstração, o que por si atrai também uma série de dificuldades. Fixemo-nos no inciso I do art. 35 da LOMAN, que determina como dever do juiz “cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício”. Numa perspectiva democrática, o que se espera do judiciário como instituição, e do juiz individualmente é, mais do que seu respeito à lei, sua rigorosa submissão a ela, e

cujo sentido da aplicação é “proferir as palavras da lei” nos julgamentos concretos. Como lembra Ingeborg Maus, esse é o próprio sentido da separação de poderes nos moldes propostos por Montesquieu:

A diferenciação precisa do Judiciário, na divisão dos poderes, é determinada em Montesquieu de forma funcional: a justiça é um poder distinto por ter exclusivamente tarefas de aplicação do direito, mas não de criação. Essa divisão funcional é assegurada pela exigência de um método jurídico que sobrepuja rigorosamente a opção jurídico-positivista da vinculação judicial à lei: “O juízes são (...) apenas a boca que profere as palavras da lei, (eles são) seres destituídos de vontade (*des êtres inanimés*) (p. 200) (grifo meu)

Esse é o único sentido democrático em que se pode compreender a ideia de separação, a partir de Montesquieu. A rejeição à ideia de que o juiz é apenas o aplicador da lei implicaria também na rejeição da ideia de separação de poderes, porque é exatamente do fato que o juiz aplica a lei que não faz, que emerge o fundamento principal da separação. Jeremy Waldron especifica essa ideia, concebendo a separação dos poderes suportada na integridade de cada um deles, o que lhes assegura um papel próprio na estrutura do Estado:

A ideia é que em vez de uma decisão política indiferenciada *para fazer algo sobre a pessoa X*, há uma insistência que algo que nós devemos fazer a X ou sobre X deve ser precedido de um exercício de poder legislativo que estabelece uma regra geral aplicada para todos e não apenas para X, um processo judicial que determina que a conduta de X em particular se enquadra no âmbito daquela regra, e assim por diante. Assim como a integridade de cada uma dessas fases, há um sentido em que o poder é melhor exercido, ou exercido mais respeitosamente tanto quanto seus súditos estão preocupados, quando ele segue esta sequência ordenadamente. (WALDRON, 2016, p. 46)

No entanto a ênfase dada à ideia de independência tradicionalmente obscurece este ponto relevante da teoria, sobretudo em termos de controle democrático do poder e exercício democrático da soberania popular. A ideia de independência parece ter sobrepujado a expectativa de que ao juiz esteja determinado cumprir a lei, aplicando-a; ou seja que um juiz só pode ser um juiz independente se ele atua em função de uma norma preexistente, subsumindo fatos a essa norma. Em síntese o juiz é independente sob a lei e não fora ou acima dela. Sem adentrar a dificuldade histórica decorrente de ser a LOMAN um produto legislativo do regime autoritário de 64 – e

talvez exatamente por isso – no tempo presente, é a ideia de independência sobre a lei que tem galvanizado o sentido aparente da disposição do art. 35, I.

A questão aparece em inúmeras decisões da Corregedoria Nacional. Por exemplo, a Reclamação Disciplinar 0002923-28.2020.2.00.0000 tem a seguinte ementa:

RECURSO ADMINISTRATIVO EM RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR. PRETENSÃO DE REVISÃO DE ATO JURISDICIONAL. ART. 103-B, § 4º, DA CF. NÃO CABIMENTO. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO MAGISTRADO QUE REVERBERA EM GARANTIA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL IMPARCIAL EM FAVOR DA SOCIEDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. (grifo meu)

Com decisão idêntica, a Reclamação Disciplinar 0002438-91.2021.2.00.000 se refere a pedido de atuação disciplinar do Conselho em relação a desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. As acusações apresentadas foram de que o magistrado, ao julgar recurso, o fez “omitindo da câmara recursal a informação de que o aviso de recebimento referente à citação da empresa ré foi recebido por funcionário legítimo” com isso deixando de reconhecer a revelia; também que o magistrado ao receber exceção teria julgado ele mesmo, sem remeter a questão ao Órgão Especial do tribunal.

A decisão de arquivamento invoca novamente o argumento de que as reclamações levantadas remetem a aspectos “eminentemente jurisdicionais” do processo. Os fundamentos são postos assim:

A função do juiz não é decidir do modo como o reclamante entende adequado, mas sim decidir de acordo com o que resulta da sua livre convicção. Se, eventualmente, essa convicção está dissociada dos ditames legais, compete às demais instâncias jurisdicionais procederem aos ajustes devidos desde que provocadas mediante recurso. (BRASIL, 2021, p. 2)

Sob essa ótica, não há qualquer sentido no dever funcional previsto no art. 35, I da LOMAN. Se todo e qualquer ato jurisdicional, mesmo que implique o descumprimento da lei, só pode ser questionado como um recurso a outro juiz, na via judicial, então não há dever funcional em sentido administrativo ou de controle no Art. 35, I quando a lei determina que o juiz tem o dever de “cumprir e fazer cumprir (...) as disposições legais e os atos de ofício”.

Outro exemplo de decisão em que a fundamentação utilizada é de que “a independência funcional do magistrado reverbera em garantia de prestação jurisdicional imparcial em favor da sociedade” é o da Reclamação Disciplinar 0000856-90.2020.2.00.0000. Nele as acusações são de que:

[...] o requerido está envolvido sistematicamente com criminosos, favorecendo-os com deferimento de *habeas corpus* e benefícios injustificáveis. Alega envolvimento com bandidos relacionados ao "jogo-do-bicho" e milicianos procurados internacionalmente por tráfico de internacional de mulheres e crianças. (BRASIL, 2021, p. 2)

Na conclusão do voto, a ministra Corregedora considera “não existirem elementos suficientes para a instauração de processo administrativo disciplinar” e ao mesmo tempo que:

[...] a questão se reveste de natureza jurisdicional, matéria não afeta à competência do CNJ. Em tais casos, deve a parte valer-se dos meios processuais adequados, não cabendo a intervenção do Conselho Nacional de Justiça.

O mesmo juiz reclamado nesse procedimento estava, naquele momento, sendo processado administrativamente sob alegações idênticas, por decisão na Reclamação Disciplinar 0005648-92.2017.2.00.0000. No caso acima, na ementa da decisão da ministra corregedora consta:

3. A independência funcional do magistrado reverbera em garantia de prestação jurisdicional imparcial em favor da sociedade, expressamente prevista no art. 41 da LOMAN, somente podendo ser questionada administrativamente quando demonstrado que, no caso concreto, o órgão judicial atuou com parcialidade decorrente de má-fé, o que não se verifica no caso. (grifo meu)

O problema não é necessariamente a gravidade das acusações, ou mesmo o fato de que o magistrado reclamado havia, já em 2019 – antes portanto desta decisão – sido afastado cautelarmente pelo Conselho Nacional de Justiça, com base em idênticas acusações⁹¹. É preciso considerar também que os fatos narrados na denúncia podem não ser verdadeiros, e até mesmo que poderia haver o uso indevido do instrumento de reclamação. O que se pretende é chamar a atenção para o uso

⁹¹ Conferir: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/12/17/cnj-afasta-desembargador-do-rio-e-decide-investigar-decisoes-do-magistrado.ghtml>

indistinto da ideia de “independência” do juiz como um anteparo a justificar a impossibilidade de se analisar infrações, ao argumento de que decisões “eminente e jurisdicionais” não podem ser objeto de controle. E mais, a nítida superposição da “independência” do juiz ao dever funcional de cumprimento da lei estampado no inciso I do Art. 35 da LOMAN. Posta a independência acima do dever funcional de cumprimento da lei, não haverá conteúdo jurídico a se extrair daquele dispositivo.

Ingeborg Maus (2010) identifica com precisão a centralidade da ideia de independência no processo de “autoprogramação” do aparelho estatal judiciário, como independência em relação às diretivas – normativas acrescentamos aqui – dos demais poderes.

Mas a afirmação geral de Montesquieu de que “não há (...) liberdade se o poder judiciário não está separado do legislativo e do executivo”, tem desde o século XX, sob o signo da crescente autoprogramação da jurisdição e da volta da justiça ao centro da evolução do direito, poucas chances de uma compreensão adequada. Essa frase de Montesquieu é hoje lida não somente no sentido da independência judiciária de diretivas concretas dos outros poderes [...], mas também como postulado da autarquia judiciária voltado diretamente contra o legislativo. (MAUS, 2010, p. 200-201) (grifo meu)

A independência sustenta a “cidadela de justiça” de Hamilton, sobre uma “estabilidade no ofício” praticamente intocável, protegida pelo manto do “ato jurisdicional”. Giorgio Agambem (2007) tem uma expressão que pode elucidativa aqui. Ele afirma que a exceção é um tipo de exclusão e o justifica dizendo que “a norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta”. Algo similar ocorre no cruzamento da independência com o dever do juiz de cumprir a lei: o dever de cumprimento da lei se aplica à independência, desaplicando-se, retirando-se da independência; deixando-lhe livre o campo.

Essa é a conclusão a que chega um juiz e doutrinador⁹² acerca do dever de cumprir a lei previsto no inciso I do art. 35 da Loman:

⁹² Essa é uma questão que não cabe neste estudo, mas merece atenção: a conversão dos juizes em “construtores do direito” de dupla dimensão. De um lado formando a jurisprudência, e de outro, estruturando visões doutrinárias a respeito – tornando-se doutrinadores de sua própria jurisprudência – inclusive a respeito de seu próprio papel, reforçando a “autoprogramação”. Surgem então juizes “doutrinadores”, cuja autoridade é sistematicamente invocada nos debates jurídicos, que manejam com duas das chamadas “fontes” do Direito, cruzando aplicação e interpretação da lei como um ato monolítico. Não deixa de ser curioso que isso ocorra também a partir de iniciativas acadêmicas, como aquelas de criação de cursos de pós-graduação especialmente dirigidos a juizes.

Diz o inciso sob estudo que é dever do magistrado cumprir e fazer cumprir as disposições legais e os atos de ofício. É preciso bom senso na interpretação do dispositivo em questão. Juiz que profere decisão fundamentada, ainda que contra as disposições legais, não descumpra qualquer dever funcional. Aliás, no âmbito da atuação jurisdicional, dificilmente haverá infração a dever funcional por conta do descumprimento de texto legal, visto que o trabalho do juiz é justamente analisar a lei para aplicá-la ao caso concreto. (ALVES, 2014, p. 346) (grifo meu)

Se da Lei Orgânica da Magistratura extraem-se tais conclusões, melhor sorte não se tem quando analisado o Código de Ética da Magistratura, previsto na Resolução 60 do CNJ. O art. 2º da resolução proclama: “Ao magistrado impõe-se primar pelo respeito à Constituição da República e às leis do País, buscando o fortalecimento das instituições e a plena realização dos valores democráticos”. O dever de “cumprir e fazer cumprir [...] as disposições legais” é substituído pelo “respeito” às leis. O comando normativo positivo – que como se vê já não leva muito longe – é substituído por um comando de ordem moral.

Então, o que em uma perspectiva de democracia levada a sério deveria representar um limite para a ação do juiz, passa a determinar um impulso para fora das disposições legais, na direção da atuação argumentativa e hermenêutica, sempre sob o manto da independência. Essa relativização aparece inclusive em publicações institucionais da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura, onde a conclusão sobre a independência como princípio ético da ação dos juízes, tem como desaguadouro a argumentação e o exercício hermenêutico⁹³:

A hermenêutica, atrelada à sensibilidade e aos conhecimentos do juiz, resultará, quase sempre, numa escolha que busca convencer pela argumentação. Nesse processo de concretização da norma,

⁹³ A dimensão da questão é emblemático por uma decisão do Corregedor Nacional de Justiça do ano de 2018, na Reclamação Disciplinar 0010147-22.2017.2.00.0000: RECURSO ADMINISTRATIVO EM RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR. MATÉRIA DE NATUREZA JURISDICIONAL. DESVIO DE CONDUTA. INEXISTENTE. ABUSO E TERATOLOGIA DAS DECISÕES JUDICIAIS. INSUFICIENTE. ART. 35, I, LOMAN. CONCEITOS GERAIS E DE CONTEÚDO ABSTRATO. ELEMENTOS SUBJETIVOS. NÃO DEMONSTRADOS. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O liame objetivo entre ato jurisdicional e desvio funcional foi traçado tão somente em relação ao conteúdo de decisões judiciais e na subjetiva convicção de que são abusivas e teratológicas; 2. É necessário que se demonstre concretamente o ato abusivo do magistrado, ou seja, falha de postura do julgador que se coadune a uma das infrações disciplinares tipificadas no Lei Orgânica da Magistratura – LOMAN. 3. É necessário que se demonstre dolo ou desídia grave do magistrado, pois o art. 35, I, da LOMAN é constituído de conceitos gerais e de conteúdo abstrato. 4. A natureza exclusivamente administrativa das atribuições conferidas ao Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, § 4º, da CF/88) impede a apreciação de questão jurisdicional. 5. Recurso não provido. (grifo meu)

manifesta-se a necessidade do exercício hermenêutico recorrer à ética para poder inspirar uma decisão justa. (SEREJO, 2011, p. 33)

A independência dos juízes é discursivamente ligada pelo umbigo à democracia, para afirmara que “sem juiz independente não haverá democracia” (NALINI, 2012). Mas esse tipo de afirmação torna-se uma tautologia se não se explica o que quer dizer um juiz ser independente. A explicação de Nalini, da qual se diverge aqui, é um exemplo desse tipo de argumento formal: “Um juiz só pode ser um profissional independente. Senão, não será juiz”. (NALINI, 2012, p. 67) Mas qual o significado da *independência* do juiz? E, mais, independência do judiciário, no contexto da separação dos poderes, é o mesmo que independência do juiz?

Em seu *The politics of the Judiciary*, John Griffith reserva um ponto à análise da “criatividade judicial”. Prescrutando a “criatividade judicial” no “desenvolvimento da *common law*” e ao mesmo tempo na interpretação de “estatutos legais” na Inglaterra, Griffith chega a uma impressionante – mas para nós não surpreendente – conclusão de que “juízes são frequentemente mais relutantes em ser criativos no desenvolvimento da *common law*” e “os juízes frequentemente não são relutantes em interpretar estatutos legais em um caminho diverso daquele que o Parlamento teria pretendido fazê-los”. (GRIFFITH, 1997, p. 289). Este é um dos espaços do que John Griffith denomina como “políticas do judiciário”. A questão será retomada adiante.

O ponto de fundo da questão está em considerar que tudo aquilo que o juiz realiza no processo é um ato de jurisdição. E jurisdição tudo aquilo que o juiz realiza no processo. Sem que se pergunte o que distingue um ato tido como “jurisdicional” de outro ato de governo. Carl Schmitt desenvolveu uma crítica à definição formalista de justiça e seu fundamento na independência do Juiz:

Esse tipo de lógica se processa, em contínuas trocas, da seguinte maneira: justiça é o que um juiz faz, ou seja, tudo o que um juiz faz é justiça, o juiz é independente, ou seja, toda pessoa que é independente é um juiz, assim tudo o que um órgão independente faz sob a proteção da sua independência é justiça [...]. Nesses tipos de conceitos formais, tudo pode ser imputado a todos, tudo pode se tornar justiça [...]. (SCHMITT, 2007, p. 57)

A independência do juiz, tal como foi definida doutrinariamente no Brasil, e fortemente reforçada na jurisprudência do CNJ, bloqueia qualquer tentativa de controle do judiciário porque obscurece e impede a tentativa de definição adequada

do que é jurisdicional – portanto coberto pela ideia de independência – e produz uma imprecisão quanto à própria ideia de legalidade e ilegalidade na atuação dos juízes.

Se o controle que o Conselho pode exercer se dá apenas sobre atos administrativos e tudo o que um juiz faz no processo é ato jurisdicional, então, o que o CNJ controla?

Talvez alguma precisão conceitual auxiliasse a desenrolar o imbróglio, mas é necessário dizer que na jurisprudência do CNJ (e também naquela do STF) não se colocam fronteiras conceituais ou de definição entre “atos jurisdicionais” e outros “atos”, e a solução dos processos permanece presa ao círculo formal identificado por Carl Schmitt. O ato jurisdicional que descumpra a lei modifica ato do legislador e, portanto, deixa de ser ato jurisdicional, e passa a ser um ato político. Assim como um ato de gestão do processo é um ato de administração.

No caso das decisões do CNJ parece que, além do alargamento do sentido de ato jurisdicional, há uma confusão entre revisão de ato jurisdicional e questionamento de descumprimento de deveres funcionais na prática de ato jurisdicional. São coisas diferentes.

4.3. EXCESSO DE PRAZO: O QUE O CNJ CONTROLA?

O artigo 78 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça (RICNJ) prevê a possibilidade de que “qualquer pessoa com interesse legítimo” apresente representação contra magistrado por “excesso injustificado de prazo para a prática de ato de sua competência jurisdicional ou administrativa”.

A preocupação com a questão do tempo do processo acompanhou os debates antecedentes à reforma do judiciário de 2004, e nela se manifestou com a introdução do inciso LXXVIII ao artigo 5º. da Constituição, incluindo o direito à “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” como um direito fundamental.

A razoável duração do processo se assenta na premissa de que não só o resultado da decisão judicial, mas também o tempo em que ela chega é uma questão relevante à justiça. Mas ela também serve para reforçar a natureza administrativa de uma boa parte a atuação dos juízes. Administrar justiça é, em grande parte das vezes, administrar o tempo do processo. E a despeito do que se disse antes, ao menos esse

tema foi considerado uma questão de natureza administrativa por sua inclusão na esfera de competências do Conselho Nacional de Justiça, integrando a ideia de controle dos deveres funcionais do juiz.

Como demonstrado acima, entre 2007 e 2017 houve aproximadamente 27.000 (vinte e sete mil) representações por excesso de prazo junto ao CNJ, representando praticamente metade (48,5%) de todas as representações do grupo de processos de natureza “correicional” no Conselho. Não há dúvida, portanto, que a questão do tempo de realização dos atos do processo além de ter conquistado estatuto constitucional com a inclusão no artigo 5º da CF também está reconhecido como uma questão de natureza administrativa ou do campo dos deveres funcionais dos juízes a justificar a atuação do Conselho Nacional de Justiça.

Em estudos anteriores sobre o tempo do processo assentei algumas ideias quanto à questão do tempo do processo que, em retrospectiva, podem ser assim apresentadas: a) o tempo – de duração – do processo foi elevado a uma categoria fundamental no debate sobre a reforma do judiciário, sob a percepção de que a “morosidade” do processo era um problema de fundo crucial a demandar uma solução na reforma. b) a demanda por velocidade nos julgamentos como um elemento de segurança jurídica ou de encontro entre direito material e direito processual é uma questão controvertida se reconhecemos que as partes em litígio, por sua própria posição em contraditório, terão visões e interesses diferentes sobre o tempo considerado razoável para a chegada a uma decisão. c) o problema do tempo do processo deve ser encarado por uma ótica mais específica, que remete às responsabilidades administrativas e deveres dos juízes agentes estatais remunerados para arbitrar conflitos.

É sobre esse último aspecto, qual seja, o campo das responsabilidades administrativas e do cumprimento dos deveres funcionais do juiz que o problema do tempo processual é encarado nesta parte do trabalho, remetendo ao controle exercido pelo CNJ naquelas situações em que o tempo é excedido, representando então descumprimento de deveres.

Como mencionado o “excesso de prazo” no julgamento de demandas representa, isoladamente, o maior conjunto de demandas de controle de deveres funcionais levado ao CNJ. E tem uma incidência forte sobre o problema do cumprimento das normas jurídicas por parte dos juízes, haja visto que os prazos de

atuação no processo são, em grande parte das vezes, definidos legalmente. O artigo 226 do Código de Processo Civil (CPC) determina como prazos específicos do juiz:

Art. 226. O juiz proferirá:

I - os despachos no prazo de 5 (cinco) dias;

II - as decisões interlocutórias no prazo de 10 (dez) dias;

III - as sentenças no prazo de 30 (trinta) dias⁹⁴.

O artigo 235, por sua vez, prevê a representação por excesso de prazo, nos seguintes termos: “Qualquer parte, o Ministério Público ou a Defensoria Pública poderá representar ao corregedor do tribunal ou ao Conselho Nacional de Justiça contra juiz ou relator que injustificadamente exceder os prazos previstos em lei, regulamento ou regimento interno”.

No processo penal as normas vigentes são ainda mais rígidas, prevendo consequências ao juiz pelo descumprimento de prazos, de acordo com o art. 800 do Código de Processo Penal:

Art. 800. Os juízes singulares darão seus despachos e decisões dentro dos prazos seguintes, quando outros não estiverem estabelecidos:

I - de dez dias, se a decisão for definitiva, ou interlocutória mista;

II - de cinco dias, se for interlocutória simples;

III - de um dia, se se tratar de despacho de expediente⁹⁵.

E nesse caso a ultrapassagem dos prazos implica penalidades consideráveis:

Art. 801. Findos os respectivos prazos, os juízes e os órgãos do Ministério Público, responsáveis pelo retardamento, perderão tantos dias de vencimentos quantos forem os excedidos. Na contagem do tempo de serviço, para o efeito de promoção e aposentadoria, a perda será do dobro dos dias excedidos.

⁹⁴ E o artigo 227: Art. 227. Em qualquer grau de jurisdição, havendo motivo justificado, pode o juiz exceder, por igual tempo, os prazos a que está submetido.

⁹⁵ § 1º Os prazos para o juiz contar-se-ão do termo de conclusão.

§ 2º Os prazos do Ministério Público contar-se-ão do termo de vista, salvo para a interposição do recurso ([art. 798, § 5º](#)).

§ 3º Em qualquer instância, declarando motivo justo, poderá o juiz exceder por igual tempo os prazos a ele fixados neste Código.

§ 4º O escrivão que não enviar os autos ao juiz ou ao órgão do Ministério Público no dia em que assinar termo de conclusão ou de vista estará sujeito à sanção estabelecida no [art. 799](#).

Esse é um tema sensível se considerado pela ótica daquilo que temos apontado atrás como a “submissão do juiz à norma”. Os prazos não são todos de responsabilidade do juiz. Muitos prazos processuais implicam a realização de atos pelas partes envolvidas no litígio. Há atos cujos prazos não estão expressamente definidos na lei. Além do que há tempos sem uma definição normativa: não há prazo, por exemplo, para designação de audiência de instrução e julgamento no processo civil ou mesmo no processo penal. Mas há definições expressas e muito precisas de tempo para realização de atos por parte do juiz tanto no processo civil quanto no processo penal, como se vê.

Temos visto que uma parte importante da atuação dos juízes que foge às tentativas de controle político/social reivindica – ou se dá – em “espaços vazios” de direito, sob a lógica da independência do magistrado, e sob a orientação de uma metodologia jurídica em que a atuação jurisdicional aparece como fonte criadora de norma. Mas o que ocorre quando os espaços vazios foram fechados e existe norma exigindo determinada conduta, como no caso dos prazos legalmente estabelecidos? Como o Conselho trata o “excesso de prazo”?

Há quatro tipos de resposta com alguma regularidade na atuação correicional do CNJ quando o assunto é excesso de prazo por parte de juízes e tribunais. Essas respostas aparecem com frequência na pesquisa da jurisprudência do Conselho acerca do termo “excesso de prazo”:

1ª. A primeira resposta retoma a já mencionada ideia de que ao CNJ não cabe controlar ato “ eminentemente jurisdicional”. Esse tipo de resposta tem sido frequentemente aplicado quando na representação por excesso de prazo o representante busca questionar uma decisão de primeiro grau da qual há recurso ao tribunal. É o exemplo do Recurso Administrativo 0007985-15.2021.2.00.0000. De acordo com o relatório o processo original, que deu origem à representação, foi sentenciado em 12.04.2017 e houve apelação em 11.10.2017 com contrarrazões em 05.12.2017. O processo foi digitalizado e enviado ao tribunal apenas em 09.06.2020, portanto dois anos e meio depois, sendo distribuído por sorteio no tribunal em 21.10.2021 – quando já havia transcorrido mais um ano e quatro meses. O recurso no CNJ não reconheceu o excesso de prazo, por considerar que o processo foi “concluso” à relatora no tribunal menos de um mês antes da representação. E considerou que

nada poderia fazer em relação à manutenção, durante quase quatro anos, da decisão de primeiro grau questionada, por se tratar de matéria eminentemente jurisdicional. Em consulta ao processo do qual se originou a representação a última informação continua sendo aquela relativa à apelação, ou seja, não houve julgamento pelo tribunal embora tenha havido recomendação da Corregedoria do CNJ para tal⁹⁶.

Noutro exemplo, no recurso administrativo 0007734-94.2021.2.00.0000 a Corregedoria Nacional tratou como matéria “estritamente jurisdicional” a acusação quanto à eventual parcialidade da juíza do processo originário, no judiciário da Bahia. Quanto à queixa por excesso de prazo a corregedoria considerou que o processo tivera “impulso processual” há cerca de 45 dias e considerou que tal impulso descaracterizava o excesso de prazo.

Vejamos as consequências. O tempo segue sendo uma questão de natureza administrativa, mas a decisão que a passagem do tempo não modifica segue sendo jurisdicional. Como compreender isso? Considero que em situações como essa não só a passagem de tempo (excesso de prazo) deve ser considerada controlável mas também a decisão se torna controlável porque ela perdeu sua condição de ato jurisdicional pela passagem do tempo. Ora a determinação legal de prazos se presta exatamente a assegurar que uma decisão ilegal dure o mínimo tempo possível e possa ser revista, para que a ilegalidade não se torne perene. Uma decisão contra a lei perde a condição de ato jurisdicional e só o mantém pelo tempo mínimo necessário à sua revisão. Por isso ela só pode durar o tempo máximo que a lei estabelece; entender diferente seria permitir a perenidade de uma ilegalidade, bastando apenas dar-lhe a feição de uma decisão judicial (um ato jurisdicional) e impedir, pelo transcurso do tempo, a sua modificação.

Em terceiro exemplo, no Recurso Administrativo 0001785-89.2021.2.00.0000, a decisão da corregedoria tratou o próprio excesso de prazo como “assuntos carregados de conteúdo eminentemente jurisdicional”:

A irresignação do representante não prospera, porquanto a configuração, ou não, de excesso de prazo na fase de instrução penal, assim como eventuais vícios, por erro de procedimento ou julgamento (error in procedendo e error in iudicando) são assuntos carregados de

⁹⁶Conforme informação no site do TJMT: <https://pje2.tjmt.jus.br/pje2/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=f96c4deb894d5dbdbe4cee5ea3d25ba1e0a26188b8313e87> acesso em 12/06/2022.

conteúdo eminentemente jurisdicional, os quais devem ser debatidos por meio dos instrumentos processuais consagrados no ordenamento jurídico nacional. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recurso Administrativo 0001785-89.2021.2.00.0000. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/Infojuris12/Jurisprudencia.seam?jurisprudencialdJuris=53196&indiceListaJurisprudencia=6&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=1> (acesso em 12.06.2022)). (grifo meu)

2ª. O segundo tipo de resposta que surge com regularidade considera a inoccorrência de excesso de prazo, sob o argumento de que sua caracterização demanda “desídia dolosa ou negligência reiterada” por parte do magistrado ou “situação de caos institucional”:

A representação por excesso de prazo prevista no art. 78 do RICNJ tem por finalidade a detecção de situações de morosidade excessiva na prestação jurisdicional, causadas pela desídia dolosa ou negligência reiterada do magistrado no cumprimento de seus deveres ou por situação de caos institucional, que demandem providências específicas por parte deste Conselho, o que não se verifica neste caso. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recurso Administrativo 0002858-96.2021.2.00.0000. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/Infojuris12/Jurisprudencia.seam?jurisprudencialdJuris=53198&indiceListaJurisprudencia=8&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=1>, acesso em 12.06.2022). (grifo meu)

Essa resposta se repete com regularidade em inúmeros processos recentes no Conselho originados de representações por excesso de prazo. Nesse caso a jurisprudência do CNJ instaurou uma norma inexistente no RICNJ ao impor que a apuração do excesso de prazo só demanda providências do Conselho quando houver “desídia dolosa” ou “negligência reiterada”.

Em outros casos a Corregedoria também considerou de forma ainda mais explícita que a configuração do excesso de prazo demandaria “elemento subjetivo” da conduta para sua caracterização, introduzindo disposição normativa inexistente nos códigos de processo civil e penal:

Em âmbito administrativo-disciplinar, é necessário que se leve em conta o caso concreto, a situação logística do juízo e o elemento subjetivo da conduta do magistrado para demonstração de excesso de prazo injustificado⁹⁷.

⁹⁷ Essa foi particularmente a linha de decisão adotada pelo Ministro Humberto Martins, do STJ, quando ocupante do cargo de Corregedor Nacional, do que são (apenas) alguns exemplos as Representações por excesso de prazo: 0009248-53.2019.2.00.0000, 0005652-61.2019.2.00.0000, 0008977-44.2019.2.00.0000, 0005753-35.2018.2.00.0000, 0001513-32.2020.2.00.0000 e 0003210-88.2020.2.00.0000.

É importante considerar que os artigos 226 e 235 do Código de Processo Civil integram o mesmo capítulo da norma, e não se referem a desídia ou negligência, mas tão somente ao excesso “injustificado”. Ou seja, a regra é o prazo de 30 dias para o juiz proferir uma sentença, a partir do momento que o processo esteja pronto para tal. Portanto, apenas justificadamente poderia ultrapassar tal prazo. Leitura diferente significaria dizer que a lei não se impõe.

Então o próprio Conselho, invertendo a ótica da função de controle produziu espaços vazios para a atuação dos juízes. O CNJ não só produziu norma onde não havia, como produziu norma contra a lei existente. Ao invés de controlar a submissão do juiz à lei, abriu espaços consideráveis para que ela não aconteça.

3ª. Uma terceira linha de resposta assentada na jurisprudência do Conselho – na qual também são reiteradas as ideias de desídia dolosa e negligência reiterada – produziu uma norma baseada na definição dos prazos para os juízes no CPC como “prazos impróprios” e na aplicação da “razoabilidade” para o excesso de prazos, fixando o período de “100 dias” como prazo regular para prática de atos pelo juiz.

1. O prazo de 100 dias, para a prática de atos processuais, não se mostra excessivo e nem é apto, por si só, à caracterização de falta funcional do magistrado. 2. Os prazos assinalados aos juízes no CPC são impróprios, o que significa que admitem temperamento, determinado pelo princípio da razoabilidade, consideradas circunstâncias, tais quais: a) a complexidade da causa; b) o número de partes envolvidas; c) as condições de trabalho do Juízo (volume de processos/equipamentos/pessoal); d) as eventuais prioridades legais a serem observadas; e) a urgência, ou não, de medidas eventualmente pleiteadas, e até circunstâncias excepcionais, como a vivida atualmente, relativa à Pandemia da COVID -19. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recurso Administrativo 0005171-30.2021.2.00.0000. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/Infojuris12/Jurisprudencia.seam?jurisprudencialdJuris=53117&indiceListaJurisprudencia=1&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=3>, acesso em 12.06.2022)

4ª. Uma quarta linha de resposta, bastante comum, é considerar, com base em decisões do STF, que a competência do CNJ é “original, autônoma e concorrente” com a das corregedorias dos Tribunais, de modo que é possível a “delegação à

corregedoria local” da apuração de excesso de prazo, sendo essa delegação “forma cooperativa de atuação” das corregedorias locais e da corregedoria nacional.

Em síntese, embora as representações por excesso de prazo sejam o maior quantitativo isolado de procedimentos administrativos iniciados no CNJ, muito raramente elas chegam à instauração de processo administrativo e há pouquíssimos achados de sanções aplicadas a juiz por excesso de prazo no julgamento ou andamento de processos⁹⁸.

Há duas conclusões visíveis sobre o fenômeno: a) a primeira é que o Conselho formou um tipo especial de jurisprudência em torno da questão, produzindo normas específicas quanto à caracterização do excesso de prazo. Primeiro ao exigir a presença de elemento subjetivo para caracterização do excesso de prazo, na forma de “desídia dolosa” e “negligência reiterada”; segundo ao definir um prazo inexistente na legislação processual como caracterização do excesso de prazo – os 100 dias. b) a segunda conclusão é que tais decisões indicam um caminho de não submissão de juízes à lei, de forma explícita e reiterada, sem que isso represente qualquer consequência.

Sobre a primeira conclusão o que chama a atenção é que ela não se situa no atual embate entre direito e moral, ou entre na distinção entre princípios e regras, mas pura e simplesmente na introdução de uma norma explícita onde havia outra norma explícita. O problema do controle dos prazos de realização dos atos processuais por parte do juiz é um problema de administração da justiça e, portanto, uma questão que se refere “à ligação estrita que deve haver entre a administração e a lei” (Habermas, 1997, p. 297)⁹⁹. Toda a recepção da questão pelo Conselho indica que ele reconhece a questão como de natureza administrativa, mas ele segue insistindo no caráter “estritamente jurisdicional” de algumas das consequências do excesso de prazo.

⁹⁸ Um dos casos em que houve punição do excesso de prazo chegou ao CNJ na Revisão Disciplinar 0001057-19.2019.2.00.0000. O magistrado – um desembargador do Tribunal de Justiça do Sergipe – fora punido pela corregedoria local com a pena de aposentadoria compulsória. Na revisão, encabeçada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, a decisão do Conselho considerou tal pena desproporcional e aplicou a sanção de advertência ao juiz.

⁹⁹ Me refiro à seguinte passagem de Habermas: “No entanto, ainda não foi resolvida a seguinte questão: de que modo tal prática de interpretação, que procede construtivamente, pode operar no âmbito da divisão de poderes do Estado de direito, sem que a justiça lance mão de competências legisladoras (o que faria soterrar a ligação estrita que deve haver entre a administração e a lei)”. (pág. 297) Tomo a passagem como relevante porque situa a justiça no campo da administração, e portanto sujeita à estrita legalidade. Essa é uma ideia que aparece originalmente em Locke, que entendia a administração da justiça como parte do poder que ele chamava de Executivo.

A segunda conclusão pode ser considerada pontual ou episódica – o que os exemplos têm demonstrado que não é –, mas ainda que o fosse, não tornaria a questão menos preocupante. Juízes devem se submeter à lei. E a questão que temos suscitado, diferente de apontar para o problema da interpretação e aplicação da lei a um caso concreto, diz respeito às situações em que o juiz é o destinatário direto da norma contida no ordenamento jurídico, ou seja, nas regras que lhe são destinadas para que ele realize uma *boa administração da justiça*.

Se o uso de princípios ou ferramentas hermenêuticas, ou mesmo de construções doutrinárias baseadas na moral e na justiça, como aquelas sustentadas por Ronald Dworkin (2016) são – embora sob considerável polêmica – facilmente aceitas na interpretação e aplicação que um juiz faz da norma a um caso concreto, não é o mesmo quando pensamos nas regras que impõe ao juiz condutas no seu papel de administrar justiça. Como função de administração o que se espera é que ela se submeta à ideia de estrita legalidade. E isso se aplica de forma definitiva ao cumprimento de um prazo ou qualquer outra conduta de um magistrado que é um agente público que, atuando em nome do Estado, o faz sob regras legais.

4.4. AS POLÍTICAS DO JUDICIÁRIO E A POLÍTICA JUDICIÁRIA

Nessa altura do estudo uma questão surge no horizonte: a necessidade de considerar a existência de algo apresentado nos atos do CNJ como “política judiciária”, e o seu conteúdo. Aparentemente, o momento em que essa expressão surge com maior especificação nos documentos do Conselho Nacional de Justiça é com a Resolução 125 de 29.11.2010, a qual “Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências”. Mas a partir daí a expressão aparece de modo recorrente em documentos do Conselho.

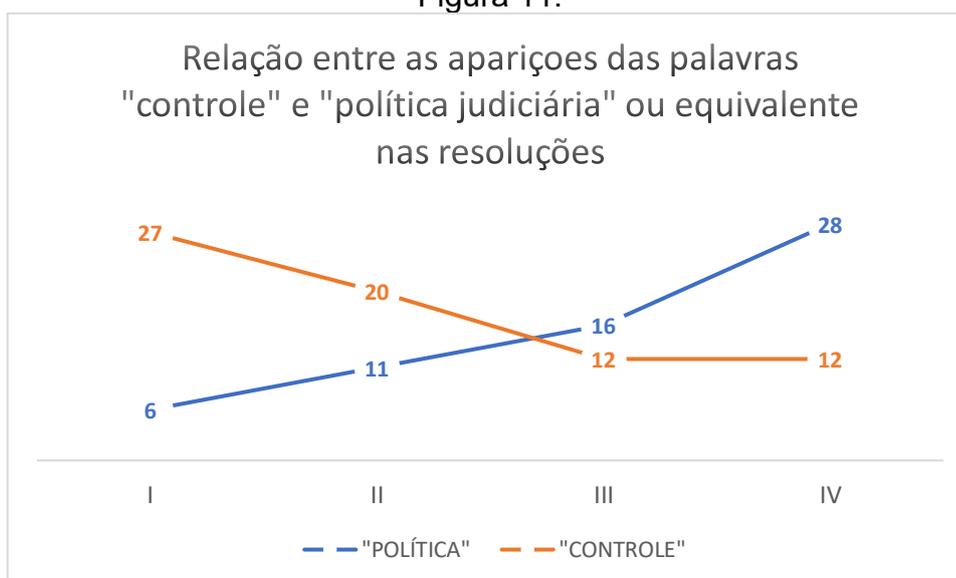
Se poderia perguntar então, entre outras coisas: 1º. Se cabe ao Conselho estabelecer políticas. 2º. Qual o conteúdo possível de tais políticas. 3º. Se aquilo que o CNJ trata como política judiciária resulta em uma maior conformação dos juízes e tribunais à lei – o que temos chamado de *submissão do juiz à lei* – ou se tais regulações ampliam os espaços livres de direito, favorecendo a autoprogramação do judiciário.

O que se nota é que o termo “política” ganhou espaço cada vez maior nos atos normativos do CNJ ao longo do tempo. Antes de seguir é importante observar que não se está, neste momento, pensando em “políticas do judiciário” no sentido proposto por John Griffith (1997) em que a política está colocada sobre uma concepção de interesse público própria dos juízes e que se manifesta em suas decisões. Ou seja, para Griffith as “políticas do judiciário” são manifestações políticas dos juízes, isto é, do modo como juízes vêem o mundo. O que parece é que “políticas judiciárias” podem conter ou limitar as “políticas do judiciário” – embora não possa nunca eliminá-las, como veremos adiante – ou podem dar-lhes vazão num processo contínuo de autoprogramação em sistema fechado.

Fato é que a expressão política judiciária surgiu e se reforçou no discurso institucional do Conselho Nacional de Justiça e é preciso compreender seu significado e consequências. De início vamos considerar a progressiva adoção da palavra política como elemento definidor das ações do Conselho Nacional de Justiça a partir de seu uso em resoluções.

A Figura 11 mostra a evolução do uso das expressões “controle” e “política judiciária¹⁰⁰”, nas resoluções do CNJ. Foram consideradas as resoluções de 1 a 332, constantes em publicações do conselho disponíveis na internet. Foram considerados apenas os usos das expressões devidamente contextualizadas.

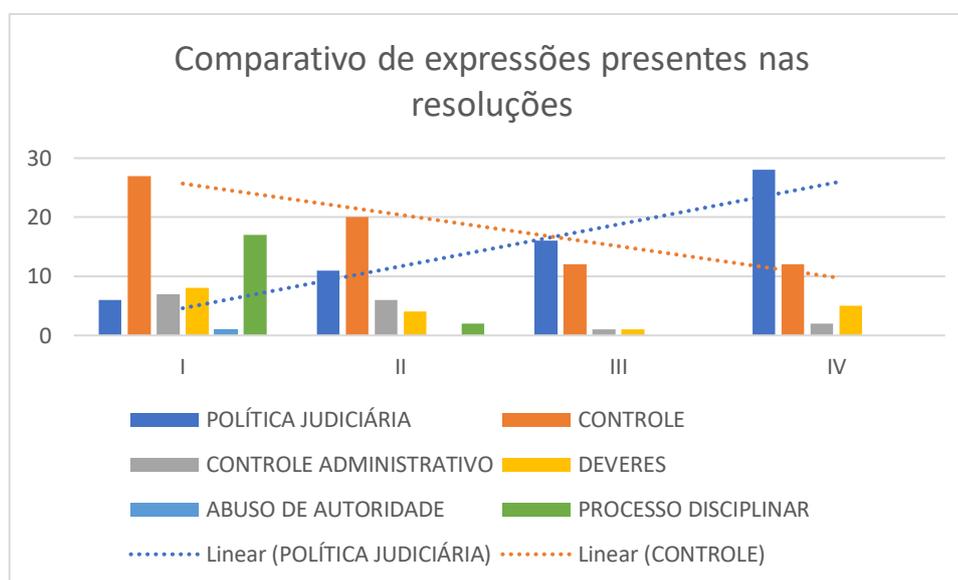
Figura 11.



¹⁰⁰ Aqui foram somadas expressões equivalentes – política judiciária, política pública do judiciário, ou mesmo política nacional – devidamente contextualizadas, visto que não há um uso uniforme e definido das expressões.

A Figura 12 mostra a evolução da presença das expressões “política judiciária”, “controle”, “controle administrativo”, “deveres”, “processo disciplinar”¹⁰¹ e “abuso de autoridade”. Foram utilizadas expressões devidamente contextualizadas e que aparecem no texto constitucional na definição das funções do Conselho, e comparadas com o uso da expressão “política”, adjetivada hora como “judiciária”, hora como “pública judiciária”, ou mesmo como “nacional”.

Figura 12.



Em termos quantitativos há um crescimento gradativo do uso da expressão “política judiciária” para definir parte das ações do Conselho, e o decréscimo de outras expressões diretamente vinculadas ao texto constitucional definidor das funções do órgão. Mas na apresentação dos livros de compilação das resoluções, seu presidente à época, Ministro Dias Toffoli, dá a precisa dimensão da relevância que a questão passou a ter, e como, ao menos para algumas pessoas, tudo o que o Conselho faz são políticas. Sua afirmação:

Esta consolidação registra e reproduz a memória das políticas públicas judiciárias estabelecidas por meio de atos normativos por

¹⁰¹ A grande quantidade de aparições de “processo disciplinar decorre de, no período, ter sido publicada resolução especificamente sobre os Processos Administrativos Disciplinares.

este Conselho. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2020, p. 5)
(grifo meu)

Ou seja, para o então presidente do STF e do CNJ toda a atividade regulamentar realizada pelo Conselho através de suas resoluções constitui realização de “política pública judiciária”. A expressão “política judiciária” – e suas congêneres – não é estranha nem mesmo à jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. No Agravo Regimental na Reclamação 15.564 o acórdão relatado pelo Ministro Luiz Fux se refere ao CNJ como o coordenador de “políticas nacionais judiciárias”:

O Conselho Nacional de Justiça [...] representa expressiva conquista do Estado democrático de direito, dotando de maior transparência os atos praticados pelos Tribunais e operando como um polo coordenador de **políticas** nacionais **judiciárias**. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Rcl 15564 AgR) (grifo meu)

Não se trata de questão nova. A expressão também fora utilizada no julgamento da ADPF 54, quando da decisão sobre a possibilidade de aborto do feto anencéfalo. E com o mesmo sentido, no Recurso Extraordinário 441.318-3. Ali a referência à “política judiciária” foi utilizada para sustentar a relevância do “macroprocesso” entendido como processo de condensação de interesses difusos para maior alcance da decisão em julgamento. Como se vê, num sentido diverso e particular em relação aos demais¹⁰².

Mas o que efetivamente é chamado de política judiciária? O uso indistinto da expressão nas três situações diversas acima – uma resolução do Conselho Nacional de Justiça que diz instituir uma política judiciária, uma decisão do STF que afirma ser função do Conselho estabelecer políticas judiciárias, e uma jurisprudência do STF que afirma se fundar sobre uma política judiciária – demonstra não existe qualquer precisão conceitual.

Não se buscará aqui estabelecer ou propor uma definição para “política judiciária”, embora essa pareça uma questão a merecer atenção para que se possa melhor entender o que o CNJ considera que realiza a se afirmar portador de uma política judiciária.

¹⁰² Na busca de jurisprudência do STF no sítio eletrônico do Tribunal são listados inúmeros processos que tem como indexação a expressão “política judiciária”, embora ela não apareça diretamente nas ementas dos julgados.

Por ora é suficiente tomar em consideração que “política judiciária” se refere a uma versão da política internalizada nos órgãos do judiciário: como política judiciária no CNJ, ou política judiciária nos tribunais. Como ponto de análise vamos tomar a definição que está colocada pelo próprio Conselho – embora não esteja claro a fonte de tal elaboração – acerca do que seja uma “política judiciária”:

Para tanto, entende-se por política judiciária nacional, a política instituída pelo CNJ, de caráter contínuo ou de vigência determinada, que impulse o desenvolvimento pelos órgãos do Poder Judiciário de programas, projetos ou ações voltadas à efetivação da Estratégia Nacional do Poder Judiciário. (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2021, p. 3)

A definição acima, que consta nas publicações do Conselho, é carregada de formalismo. Se fragmentamos a definição, seus pontos seriam: a) política judiciária nacional é uma política instituída pelo CNJ; b) política judiciária nacional serve para impulsionar o desenvolvimento de programas, projetos e ações pelos órgãos do judiciário; c) política judiciária nacional impulsiona programas, projetos e ações para realizar a Estratégia Nacional do Poder Judiciário. É uma definição de política absolutamente formal que considera como política judiciária aquilo que o judiciário faz para impulsionar programas, projetos e ações para realizar sua estratégia nacional. Bem compreendido seria como dizer: “política judiciária é tudo o que o Conselho Nacional de Justiça faz”. E isso dá sentido à emblemática frase do ministro Dias Toffoli mencionada acima.

A política, em sentido mais abrangente, se assenta na “pluralidade”, pois trata das “diferenças entre os homens”. (ARENDDT, 2002) E também, inevitavelmente ao exercício do poder, na relação governante e povo (CHALITA, 2005). Desde Aristóteles e da *polis* grega, a política está relacionada à “ciência do governo”, a reflexão “sobre as coisas da cidade” (BOBBIO, 2000). Para SCHMITT (1992) a determinação do político demanda a identificação de categorias especificamente políticas, que ele situa na discriminação “entre *amigo* e *inimigo*”. O termo “política” pode ser aplicado ao que fazem os tribunais e o Conselho? É possível. Mas na democracia a política é o espaço da decisão política, o espaço de manifestação da soberania popular. Que sentido haveria então vincular política e judiciário?

Temos presente que a definição de política judiciária acima, ao que tudo indica, se refere a uma formulação mais específica, a ideia de *política pública*. A definição de

política(s) pública(s) por vez sua está circunscrita à análise de ações específicas e pontuais do Estado, e mais precisamente dos governos. Segundo Celina de Souza, a origem do estudo das políticas públicas como subárea da ciência política, abriu o “terceiro caminho”¹⁰³ a ser trilhado pela ciência política norte-americana no “estudo do mundo político”, “como um ramo da ciência política para entender como e por que os governos optam por determinadas ações”. (SOUZA, 2006, p. 22). E mais:

Na área do governo propriamente dito, a introdução da política pública como ferramenta das decisões do governo é produto da Guerra Fria e da valorização da tecnocracia como forma de enfrentar suas conseqüências. Seu introdutor no governo dos EUA foi Robert McNamara que estimulou a criação, em 1948, da RAND Corporation, organização não-governamental financiada por recursos públicos e considerada a precursora dos think tanks. O trabalho do grupo de matemáticos, cientistas políticos, analistas de sistema, engenheiros, sociólogos etc., influenciados pela teoria dos jogos de Neuman, buscava mostrar como uma guerra poderia ser conduzida como um jogo racional. (SOUZA, 2006, p. 22-23)

A mesma autora afirma que não há uma única e precisa definição de política pública:

Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”. (SOUZA, 2006, p. 24)

Completa ainda considerando que a definição mais conhecida de política pública “continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz”. (SOUZA, 2006, p. 24-25).

As críticas às definições de “política pública” consideram que elas ignoram o aspecto essencial da política pública, qual seja, o embate sobre ideias e interesses, ou mesmo que deixam de lado o aspecto de conflituosidade e limites que cercam as

¹⁰³ Segundo a autora, o primeiro caminho, seguindo a tradição de Madison, tinha por enfoque as instituições como limitadoras das paixões humanas; e o segundo, baseado em Paine e Tocqueville, “que viam nas organizações locais, a virtude cívica para a promoção do ‘bom’ governo”.

decisões dos governos. Qualquer que seja a definição, o que parece convergir é o local onde “os embates em torno de interesses, preferências e idéias se desenvolvem, isto é, os governos”. (SOUZA, 2006, p. 25) (grifo meu) Essa constatação poderia explicar algo mais sobre a ideia de política judiciária como política pública. Estaria subjacente a ela a ideia de que o CNJ exerce uma função de governo judiciário. Então para realizar suas ações de governo se utilizaria da ferramenta.

O que se percebe ainda é que a definição de política pública e sua aplicação, surge ligada às necessidades decorrentes de responder a transformações econômicas a partir dos anos 70, com a adoção, no plano das empresas, de formas mais flexíveis de planejamento e administração, como as técnicas de “planejamento estratégico”. (SARAVIA, 2006) Essas formas foram, ao longo dos anos, transpostas para a ação do Estado.

Os sistemas de planejamento tradicionais no âmbito da gestão de empresas, tidos como rígidos, foram substituídos nelas e também no âmbito da ação estatal:

Tudo isso levou, ao longo dos anos 80, ao fortalecimento progressivo da concepção mais ágil da atividade governamental: a ação baseada no planejamento deslocou-se para a idéia de política pública. (SARAVIA, 2006, p. 26) (grifo meu)

SARAVIA (2006) apresenta também uma definição de política pública como integrada ao processo decisório dos governos: “Trata-se de um fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade”. (p. 28)

Se há um ponto de convergência possível no conjunto de definições é o fato de elas representarem ações de governos e seus resultados:

Pode-se, então, resumir política pública como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzem resultados ou mudanças no mundo real. (SOUZA, 2006, p. 26) (grifo meu)

Uma política pública representa, podemos dizer, uma margem de ação do governo, e ao mesmo tempo o resultado dessas ações.

Em que medida o judiciário poderia estabelecer políticas públicas, e em que medida o que ele tem feito sob esse nome podem ser consideradas políticas públicas são questões em aberto. Não há dúvidas de que as decisões do judiciário no Brasil têm impactado as políticas públicas do governo. Mathew Taylor (2007) apresenta um importante estudo desses impactos, demonstrando que:

[...] tribunais e juízes influenciam o tipo de políticas que são implementadas e julgam a legalidade dessas políticas dentro da sua visão das regras legais existentes e das normas e tradições vigentes. (TAYLOR, 2007, p. 248)

Mas o impacto dos tribunais sobre políticas públicas dos governos é diferente de políticas públicas do próprio judiciário¹⁰⁴, e possivelmente também diferente do que se queira dizer “política judiciária”. Então o pressuposto para a existência de políticas públicas judiciárias ou políticas judiciárias e sua associação com a ação normativa do CNJ está em outro lugar. Está no que costuma ser chamado de *autogoverno* do judiciário.

O autogoverno seria o resultado de garantias atribuídas ao judiciário como parte da organização da separação dos poderes, que se desdobrariam então em capacidade de autogoverno, autonomia financeira e capacidade normativa, de acordo com André Ramos Tavares (2016). Para ele:

A análise mais detida dos dispositivos constitucionais revela um inequívoco entrelaçamento da autonomia normativa com a chamada capacidade de autogoverno, uma vez que a edição de atos normativos próprios é pressuposição necessária para que o Poder possa se estruturar administrativamente de maneira independente e atuar sua função central. (TAVARES, 2016, p. 23)

A capacidade normativa reveladora do autogoverno seria aquela decorrente da própria constituição, prevista em seu artigo 96, I, como um campo de competências próprio do Judiciário e não como simples capacidade regulamentar, a qual seria

¹⁰⁴ Não é possível aferir o grau em que o conhecimento especializado sobre políticas públicas para dentro do judiciário tem influenciado as decisões do judiciário para fora, sobre as políticas públicas de governo.

paralela à lei e com base nela. Essa capacidade estaria a assegurar também a independência do judiciário, segundo André Ramos Tavares (2016):

Assim, a capacidade de autogoverno do Poder Judiciário também é determinante para sua – comumente chamada – “independência”, núcleo da (impropriamente) chamada “separação de Poderes”, e envolve uma série de componentes, como já pude acentuar, inclusive e especialmente a capacidade de dispor sobre sua estrutura e organizá-la: “A capacidade de autogoverno se traduz na possibilidade deferida ao Poder Judiciário de eleger seus próprios órgãos diretivos, organizar sua estrutura administrativa interna, como suas secretarias, serviços auxiliares, e deliberar sobre assuntos próprios (...)”. (pág. 23)

Essa seria a base explicativa para a elaboração e realização de políticas por parte do Conselho e dos tribunais: autogoverno. O autogoverno explicaria a própria composição majoritária do CNJ por juízes. Esse seria o mecanismo pelo qual se compatibilizariam controle e autogoverno, de acordo com Flávio Dino de Castro e Costa:

Os membros externos, entretanto, não poderiam constituir maioria, sob pena de infringir-se o princípio do autogoverno do Judiciário – assegurado pela Constituição aprovada em 1988. Com efeito, se é plenamente válida a participação de membros de um Poder em órgãos de outro, ou de representantes da sociedade civil, esta não pode ser de tal quilate que se torne **preponderante** em relação aos que – segundo a vontade do constituinte originário – são titulares da prerrogativa de governar o judiciário. (COSTA, 2001, p. 132-133)

Efetivamente, se olharmos para o resultado da reforma do judiciário de 2005 e o conselho que ela estruturou, então fica mais evidente que, na versão própria do judiciário, o Conselho Nacional de Justiça foi integrado à estrutura do Poder Judiciário. O retoque final a essa perspectiva foi dado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3367.

Mas, ainda que se possa considerar que controle não é incompatível com a autonomia, a única possibilidade de que autonomia e controle se compatibilizem é se eles não estiverem no mesmo lugar, exercidos pelas mesmas pessoas. Controle pressupõe limites, conformação, restrição. Não é negação da autonomia, mas é seguramente restrição de autonomia.

E supondo-se que que a questão pudesse ser dividida, de modo a considerar que haveria autonomia e autogoverno nos tribunais e controle no CNJ o único meio

de assegurar que o controle tivesse efetividade seria, por consequência, se as decisões do órgão de controle administrativo não pudessem ser submetidas ao controle jurisdicional¹⁰⁵. Mas, como veremos adiante, a possibilidade de questionar os atos normativos do Conselho na via jurisdicional, não apenas pela cúpula, pelo STF, mas também por baixo pelos próprios juízes e pela jurisprudência dos tribunais, promoveu uma *assimilação jurisdicional do controle administrativo*¹⁰⁶.

Retomando a questão das políticas pelo judiciário podemos presumir que a realização (ou definição) de políticas é vista como uma decorrência da autonomia, da capacidade de autogoverno manifestada na capacidade normativa. Se o CNJ realiza política então passa a ser órgão da autonomia e deixa de ser órgão do controle. A crescente presença da expressão “política”, e suas congêneres, nos instrumentos normativos do Conselho e a associação evidenciada entre políticas públicas e atos de governo (autogoverno no caso do judiciário) pode indicar um processo de assimilação do CNJ, não só como órgão interno do judiciário, mas como parte do autogoverno, ou mesmo, como para CARVALHO e TOMIO (2013) a própria “instituição de autogoverno do Judiciário”. De órgão de controle a órgão da garantia da autonomia.

Ainda que a imprecisão conceitual entre o que seja política judiciária, política pública judiciária, política judiciária nacional possa ser superada, o reconhecimento

¹⁰⁵ Um exemplo mais que emblemático pode ser extraído da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.598: O CNJ publicou a resolução 130/2011, pela qual determinada que os tribunais adotassem horário de atendimento ao público das 09 às 18 horas. A matéria é, fora de dúvida, administrativa. A Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB ajuizou a ADI alegando inconstitucionalidade formal (por dispor sobre matéria de lei da iniciativa privativa do executivo – expediente e jornada de servidores) e inconstitucionalidade material por ofender a autonomia administrativa dos tribunais (Art. 96, I da CF). O confronto se estabelecia sobre controle (exercido pelo CNJ) x autonomia (autogoverno dos tribunais). A primeira decisão, publicada em 02 de agosto de 2011, suspendeu a resolução, sem qualquer referência acerca das alegações de inconstitucionais, apenas pela alegação de alguns tribunais de que a resolução não poderia ser cumprida e, se cumprida, impactaria em elevação de custos, contratação de pessoal, etc. Uma segunda decisão, publicada em 14.06.2016 (quase cinco anos depois) em que determinou que os tribunais se absteresse de fazer modificações em seus horários de funcionamento até o julgamento da ADI, o relator Ministro Luiz Fux, explicou a primeira decisão alegando dúvida “a respeito da titularidade da atribuição para disciplinar o horário de atendimento ao público nas Cortes: se o próprio Tribunal (CRFB/1988, art. 96, I), ou se o Conselho Nacional de Justiça (CRFB/1988, art. 103-B), no contexto do art. 99 do texto constitucional, na atual redação da Emenda Constitucional 45/2004, em razão da “autonomia administrativa e financeira” assegurada ao Poder Judiciário”. Em 03.10.2019 o relator realizou audiência convocando os tribunais, o Conselho Federal da OAB e a AMB. Nessa audiência a Associação foi incumbida de “consolidar, no prazo de 30 dias, proposta dos Tribunais quanto ao horário de expediente de seus órgãos jurisdicionais para atendimento ao público”. A ADI não havia sido julgada até o momento desta pesquisa, 11 anos após seu ajuizamento.

¹⁰⁶ Não se está afirmando que órgãos administrativos de controle não possam ter seus atos submetidos ao controle jurisdicional. O que se quer afirmar é que, no caso específico do judiciário, se os atos do órgão administrativo de controle são sujeitos ao controle jurisdicional, então a possibilidade de controle se reduz substancialmente.

de existência de uma – ou muitas – políticas no judiciário, e que isto produza consequências sobre a expectativa de controle, implica ao menos reconhecer que o judiciário exerce uma função primordial de administração. Não administração no sentido tradicional da doutrina administrativista, que reconhece a realização das chamadas atividades atípicas de uns poderes pelos outros, mas sim: administração dos conflitos, ou administração dos processos. É a esse aspecto da atividade do judiciário que se está chamando de “política judiciária” ou “política pública judiciária”?

Andrei Koerner (2010), por outro lado, apresenta política judiciária como algo bastante distinto do que apresentado antes. Analisando o judiciário na construção da República, e tendo como referência os estudos de Victor Nunes Leal (2012), seu uso de política judiciária aparece como um domínio de análise que, segundo ele “compreende o caráter estratégico da forma de organização judiciária na constituição do poder político e na mediação das relações sociais”. (KOERNER, 2010, p. 27

E adiante, explicando mais detalhadamente a questão:

O nosso argumento é que as continuidades na forma de organização judiciária brasileira resultaram de determinada política judiciária, cujo sentido se esclarece quando essas continuidades são contrastadas com os processos de mudança social e política, da sociedade imperial e escravista à sociedade republicana fundada no trabalho livre. Além de sua importância para os esquemas políticos das alianças políticas federais e do coronelismo, como apontou Victor Nunes Leal, essa política judiciária apresentou também importante aspecto de controle social. Com essa política judiciária foi mantida uma forma de organização judiciária, cujo efeito era a exclusão da resolução dos conflitos entre proprietários e não proprietários pelo mecanismo judicial, formalmente igualitário e regrado pelos procedimentos legais. (KOERNER, 2010, p. 27)

Ou seja, para ele, a “política judiciária” se situaria na intersecção entre a atuação do judiciário e a constituição do poder político, e ao mesmo tempo na mediação – ou controle – das relações sociais. A visão de Andrei Koerner(2010) aponta para a forma de organização como um aspecto crucial da definição material de política judiciária. Mas uma questão é marcante da análise de Koerner: a forma de organização do judiciário na transição para a República, é estabelecida de fora para dentro, como produto do conflito de interesses (ou de classes) próprio do arranjo coronelista. Ou seja, moldou-se uma forma de organização do judiciário que repercutia nos resultados do que o judiciário julgava, e como julgava. Mas essa moldagem se

deu de fora para dentro, de uma política que é externa ao judiciário e, portanto, decorrente e sujeita aos embates na sociedade.

No entanto, quando o termo é empregado acima nos documentos do Conselho ou por seus conselheiros, é com outra feição que ele aparece. A “política judiciária” ou “políticas públicas judiciárias” surgem como decisões do que fazer ou não fazer, internas ao judiciário, mediadas ou estruturadas pelo CNJ. Aquilo que é externalizado como “política judiciária” ou “política pública judiciária” nesse sentido mais estrito – como mecanismo de execução de programas que estão colocados antes – corresponde a uma ação autônoma do judiciário guiada por aquilo que o CNJ e os Tribunais definem como “estratégia nacional”. Ou seja, parafraseando Carl Schmitt, a “decisão política fundamental” é posta na “estratégia nacional”, enquanto a execução dessa decisão política é colocada em curso pelas “políticas judiciárias” (ou outros termos utilizados com mesmo sentido).

Ser retomamos a definição utilizada pelo Conselho, então uma política judiciária nacional é uma “política instituída pelo CNJ”, contínua ou por tempo determinado, que “impulsione o desenvolvimento pelos órgãos do Poder Judiciário de programas, projeto, ou ações voltadas à efetivação da Estratégia Nacional do Poder Judiciário”. Essa definição deixa claro que políticas judiciárias são veículos, ou instrumentos, de execução de uma determinada estratégia nacional.

A figura 13 apresenta o mapa estratégico, ou seja, a síntese da estratégia nacional do Poder Judiciário para o período 2021 – 2026, aprovado pela Resolução 325/2020.

Figura 13.



O documento bem como o mapa estão definidos em termos de uma linguagem muito especializada, envolvendo as áreas de administração e marketing. Há uma profusão de conceitos e definições cuja descrição foge ao escopo do trabalho, de modo que a análise adiante fixará apenas os aspectos centrais da estratégia, buscando ligar “política judiciária” num sentido estrito, ou seja, como meio, com “política judiciária” em sentido amplo, ou seja, como o resultado da execução da anterior. Em síntese, como a ação do judiciário para dentro de suas estruturas impacta a ação do judiciário para fora dessas estruturas.

Mas para o objetivo desta pesquisa o mais importante é desvendar em que medida a formulação de “política(s) judiciária(s)” em sentido estrito reforça o processo de autoprogramação, fechando o sistema em si, reforçando a autonomização do judiciário frente à sociedade, e substituindo as funções de controle do Conselho Nacional de Justiça por funções de gerenciamento dessa autorreprodução e da autoprogramação

Essa análise vai ser empreendida em torno de alguns exemplos de como as normatizações estabelecidas pelo Conselho percorrem, em via de mão dupla, as estruturas do Judiciário brasileiro, aplicadas de modo autorreferente, sob o olhar do Supremo Tribunal Federal. Ou simplesmente reproduzem uma visão autorreferencial do judiciário sobre questões jurídico-políticas internamente consideradas relevantes. Os exemplos a seguir são desdobramentos de regulamentações do Conselho. Aqui toda e qualquer ação regulamentadora do CNJ será considerada como “política judiciária”, no sentido da afirmação do ministro Dias Toffoli antes registrada. Antecipe-se, no entanto, o seguinte: não se trata de avaliar as decisões do ponto de vista de seu mérito, ou tampouco se se tem concordância ou discordância com o resultado. A intenção é identificar como as políticas do conselho são assimiladas no interior dos órgãos do judiciário – desde juízes até tribunais superiores – como parte de sua jurisprudência e, por consequência, realizam um processo de interpretação e reinterpretção das normativas do conselho pelos tribunais e pelo próprio conselho.

4.4.1. O caso da Resolução 07 – Nepotismo

A resolução ficou amplamente conhecida por, em termos gerais, produzir uma vedação à contratação de parentes no âmbito do judiciário. Identificam-se ao menos três movimentos jurisprudenciais em torno da aplicação da Resolução pelos tribunais, além do óbvio, que seria o seu cumprimento. (a) o primeiro é um movimento de interpretação dos dispositivos da resolução, de modo a enquadrar ou excluir situações nos termos da resolução; (b) o segundo para utilizar a resolução como referência de analogia para questionar a eventual prática de nepotismo em outros poderes; (c) o terceiro, pela cúpula, a partir da decisão do STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade 12, que considerou a Resolução 07 Constitucional e da Súmula Vinculante 13 que estendeu a vedação a todos os poderes e esferas da federação.

Do primeiro movimento é exemplo uma engenhosa interpretação da questão do nepotismo pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. No julgado invoca-se a ausência de “vínculo de subordinação hierárquica” entre a pessoa nomeada e aquele que determinou a incompatibilidade, e/ou a ausência de “influência direta ou indireta” na nomeação¹⁰⁷:

¹⁰⁷ Embora o próprio CNJ tenha decisões em sentido contrário:

Para a caracterização de nepotismo, a enquadrar-se nas vedações da Resolução nº 07/2005 do CNJ e da Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal, exige-se o vínculo de subordinação hierárquica entre a pessoa nomeada e aquele magistrado ou servidor que determinou a incompatibilidade, ou a influência direta ou indireta do parente na indicação para o cargo. (TJSC/Grupo de Câmaras de Direito Público - Mandado de Segurança n. 2012.067632-5, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 14.8.2013), hipótese inócua na espécie, a determinar, bem por isso, a inexistência de óbice à nomeação do impetrante. (TJSC, Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2014.000914-2, da Capital, rel. João Henrique Blasi, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 12-02-2014)¹⁰⁸.

A argumentação não é solitária. No julgamento do PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS - 0004390-28.2009.2.00.0000, o voto do Ministro Cezar Peluso, então presidente do Conselho, foi registrado assim:

Em sessão realizada em abril de 2012, o Ministro Peluso manifestou-se “(...) *no sentido de manter em seus cargos os nomeados (servidores, ou não) que, parentes de outros que ocupem função de*

a) PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO NEPOTISMO. EXONERAÇÃO. PARENTESCO POR AFINIDADE. SERVIDORES NÃO INTEGRANTES DO QUADRO DE PESSOAL. APLICAÇÃO DIRETA DO ARTIGO 2º, INCISO III, DA RESOLUÇÃO CNJ N. 7. IMPROCEDÊNCIA. I – O exercício de cargo de provimento em comissão, no âmbito da jurisdição do mesmo Tribunal, por pessoa que possua vínculo de parentesco por afinidade com servidor investido em cargo de chefia caracteriza prática de nepotismo. II – A existência de subordinação hierárquica é irrelevante para a configuração de nepotismo. III – Conhecimento do pedido. Improcedente. (CNJ - PCA - Procedimento de Controle Administrativo - 0003102-40.2012.2.00.0000 - Rel. RUBENS CURADO - 176ª Sessão Ordinária - julgado em 08/10/2013).

b) PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. NEPOTISMO. VEDAÇÃO DE PARENTESCO. RESOLUÇÃO Nº 07 DO CNJ. MODULAÇÃO PARA HIERARQUIA IMEDIATA. IMPOSSIBILIDADE. - Em questões de caráter moralizador como a presente não é adequado atenuar-se a aplicação da norma, e sim voltar-se para o pleno emprego da mesma, conferindo respeitabilidade e buscando a obediência ao interesse coletivo que se sobrepõe ao individual. - Faz-se nítida a caracterização de hipótese de nepotismo na situação relatada, vez que para tanto não é necessária a subordinação hierárquica direta, como argumenta o requerente, se assim fosse a norma questionada perderia seu efeito prático, ficando sujeita à burlas de toda espécie. - Recurso conhecido e no mérito julgado improcedente. (CNJ - PCA - Procedimento de Controle Administrativo - 0004050-50.2010.2.00.0000 - Rel. JEFFERSON LUIS KRAVCHYCHYN - 112ª Sessão Ordinária - julgado em 14/09/2010).

¹⁰⁸ AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENDIDA NOMEAÇÃO EM CARGO COMISSONADO DE SECRETÁRIO JURÍDICO DE DESEMBARGADOR. INDEFERIMENTO. PARENTESCO EM SEGUNDO GRAU, POR AFINIDADE, COM MAGISTRADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA JUDICANTE NO INTERIOR DO ESTADO. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE REVELAM INEXISTÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO E DE INFLUÊNCIA PARA A ALMEJADA NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE VULNERAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ENGASTADOS NO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, BEM ASSIM À SÚMULA VINCULANTE N. 13 E À RESOLUÇÃO N. 07/ 2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PRECEDENTES DA CORTE VERSANTES SOBRE CASOS QUEJANDOS EM QUE HOUE A CONCESSÃO DA ORDEM MANDAMENTAL. CARACTERIZAÇÃO DE DANO AO IMPETRANTE PELO CARÁTER ALIMENTAR DA PRETENSÃO. PERICULUM IN MORA E FUMUS BONI JURIS POSITIVADOS. INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO AO ENTE PÚBLICO NOMEANTE PELA CONCESSÃO DE PROVIMENTO LIMINAR SE A ORDEM VIER A SER DENEGADA A FINAL. AGRAVO PROVIDO. LIMINAR CONCEDIDA.

chefia, não guardem com esses relação de subordinação hierárquica”.
(grifo no original)

A questão é emaranhada. O Conselho, no Enunciado Administrativo 1, inciso III, alínea “i” estabeleceu que a caracterização do nepotismo nos termos do Art. 2º, III da Resolução 7 deveria existir subordinação hierárquica. Essa alínea foi revogada na decisão à Consulta 0002482-33.2009.2.00.0000, em 2009. No julgamento do Pedido de Providências 0004390-28.2009.2.00.0000, o Ministro César Peluso, em seu voto apresentou sua interpretação de que no julgamento da ADC 12 o STF “não teve por dissociada do contexto constitucional a necessidade de existência de subordinação hierárquica entre nomeados, para a caracterização de nepotismo”. Ou seja, entendendo que a decisão da ADC 12 considerava – embora isso não esteja dito em nenhuma parte daquele julgamento – necessária a subordinação hierárquica para a caracterização do nepotismo. Alegou ainda surpresa com a revogação da dita alínea “i” do Enunciado Administrativo 1.

De mais a mais, vale recordar que o STF, no julgamento da Reclamação 18.564, interpretou a Súmula Vinculante 13 considerando como critério de configuração do nepotismo a “relação de parentesco entre a pessoa nomeada e o ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento a quem estiver subordinada”¹⁰⁹.

Com base nessas decisões, o PP 0004390-28.2009.2.00.000 mencionado acima, foi ementado da seguinte forma:

¹⁰⁹ EMENTA. Constitucional e Administrativo. Súmula Vinculante nº 13. Ausência de configuração objetiva de nepotismo. Reclamação julgada improcedente. Liminar anteriormente deferida cassada. 1. Com a edição da Súmula Vinculante nº 13, embora não se tenha pretendido esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo na Administração Pública, foram erigidos critérios objetivos de conformação, a saber: i) ajuste mediante designações recíprocas, quando inexistente a relação de parentesco entre a autoridade nomeante e o ocupante do cargo de provimento em comissão ou função comissionada; ii) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade nomeante; iii) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e o ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento a quem estiver subordinada e iv) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade que exerce ascendência hierárquica ou funcional sobre a autoridade nomeante. 2. Em sede reclamatória, com fundamento na SV nº 13, é imprescindível a perquirição de projeção funcional ou hierárquica do agente político ou do servidor público de referência no processo de seleção para fins de configuração objetiva de nepotismo na contratação de pessoa com relação de parentesco com ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento no mesmo órgão, salvo ajuste mediante designações recíprocas. 3. Reclamação julgada improcedente. Cassada a liminar anteriormente deferida. (Rcl 18564, Relator(a): GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 23/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 02-08-2016 PUBLIC 03-08-2016)

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. NEPOTISMO. RESOLUÇÃO CNJ N. 7. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 1/CNJ. SÚMULA VINCULANTE N. 13 DO STF. NOVO BALIZAMENTO. CRITÉRIOS OBJETIVOS. DECISÃO DO STF. NECESSIDADE DE SUBORDINAÇÃO OU AJUSTE DE RECIPROCIDADE. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. EXERCÍCIO ANTERIOR À CF/88. [...] 4. Pedido julgado improcedente.(CNJ - PP - Pedido de Providências - Conselheiro - 0004390-28.2009.2.00.0000 - Rel. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA - 30ª Sessão Extraordinária - julgado em 04/10/2016).

Utilizando esta referência, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, decidiu questão de nepotismo considerando que as situações deveriam ser analisadas “caso a caso” e que a Súmula 13 deveria ser aplicada “em conjunto com as provas dos autos e, principalmente, em conjunto com os princípios constitucionais”¹¹⁰.

Em outra solução – apelando a um entendimento do próprio Conselho de que a atuação em instâncias distintas não caracterizaria o nepotismo – o Tribunal de Justiça de Minas Gerais interpretou a Resolução 07 admitindo que parentes em 2º grau ocupassem cargos simultaneamente em instâncias distintas¹¹¹.

¹¹⁰ **Ementa:** MANDADO DE SEGURANÇA. EXONERAÇÃO DE SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. NEPOTISMO. INEXISTÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE Nº 13 DO STF E RESOLUÇÃO Nº 07 DO CNJ. 1. Conforme precedentes do STF e a manifestação do Ministro Cesar Peluso no pedido de vista feito no processo eletrônico nº 0004390-28.2009.2.00.0000, a Súmula Vinculante nº 13 do STF e a Resolução nº 07 do CNJ não abrangem todos os casos de nepotismo, devendo ser analisado caso a caso, ou seja, deve ser analisada sua aplicação em conjunto com as provas dos autos e, principalmente, em conjunto com os princípios constitucionais. O próprio STF reconheceu a necessidade de ser revisada a Súmula vinculante nº 13, o que indica que não deve ser aplicada de forma literal. Assim, há a necessidade de se confirmar se houve favorecimento na contratação em razão do parentesco para configurar o nepotismo. 2. No caso, a impetrante, ocupante do cargo de assessora de Desembargador, foi exonerada em razão da existência de uma tia ocupando cargo idêntico no mesmo Tribunal. Não foi demonstrado nos autos, mesmo que de forma ínfima, qualquer influência da tia da impetrante na contratação dessa, de forma que não foi demonstrado o desrespeito aos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e da igualdade. Ainda, ausente subordinação hierárquica entre a tia da impetrante e essa, bem como qualquer poder decisório na contratação em razão do cargo. Também não há vínculo de parentesco entre as interessadas e a autoridade nomeante. A contratação se deu exclusivamente em razão da capacidade técnica e intelectual da impetrante. Assim, efetivamente ocorreu ofensa a direito líquido e certo, vez que não ocorreu nepotismo, merecendo ser concedida a segurança pleiteada e arquivado o expediente administrativo, restando afastada a exoneração da impetrante. POR MAIORIA, SEGURANÇA CONCEDIDA.(Mandado de Segurança, Nº 70059549881, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Redator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em: 13-10-2014). Assunto: 1. Mandado de Segurança. Concessão. 2. Funcionário Público. Servidor Público. Exoneração. Nepotismo. . Referência legislativa: RESOLUÇÃO N.7 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ . Jurisprudência: SÚMULA VINCULANTE STF-13

¹¹¹ MANDADO DE SEGURANÇA - NEPOTISMO - REGRA GERAL - NÃO ENQUADRAMENTO - PARENTESCO DE 2º GRAU EM INSTÂNCIAS DISTINTAS - INTELIGÊNCIA DO INCISO I DO ART. 2º DA RESOLUÇÃO nº 07 DO CNJ - INTERPRETAÇÃO DO PRÓPRIO CNJ - CONCESSÃO DA SEGURANÇA . - Diante do entendimento do próprio Conselho Nacional de Justiça no sentido de que é possível a ocupação de

Do segundo movimento indicado acima, qual seja, utilizar a resolução como analogia para decidir sobre nepotismo nos outros poderes, é exemplo a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Ação civil pública - Nepotismo - Tutela antecipada concedida para determinar a exoneração de cônjuges do Prefeito Municipal e do Procurador Geral do Município, nomeadas para exercer cargo em comissão - Violação ao artigo 37 da CF - Decisão mantida - Recurso desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 0155885-66.2007.8.26.0000; Relator (a): Borelli Thomaz; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Pirassununga - 3ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 20/02/2008; Data de Registro: 06/03/2008)

Em outro caso, neste já aplicando a SV 13 o Tribunal de Justiça de Santa Catarina julgando ação civil pública considerou nepotismo e ato de improbidade administrativa a nomeação de irmã de prefeito, a qual era servidora municipal efetiva, para exercer função gratificada no município¹¹².

O terceiro movimento está devidamente caracterizado no julgamento da ADC 12, em 20.08.2008, no qual o STF considerou constitucional a Resolução 07/2005. Edição da Súmula Vinculante 13, ocorreu no dia seguinte 21.01.2008 ampliando o

cargos por parentes de 2º grau em instâncias distintas, não se enquadra o Impetrante na regra geral de proibição do nepotismo. (TJMG - Mandado de Segurança 1.0000.06.435195-0/000, Relator(a): Des.(a) Francisco Figueiredo, CORTE SUPERIOR, julgamento em 10/01/2007, publicação da súmula em 17/02/2007)

¹¹² APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NEPOTISMO. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. NOMEAÇÃO DE IRMÃ DO PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MELEIRO PARA EXERCER A FUNÇÃO GRATIFICADA DE COORDENADORA DE PROJETOS (40%) E DE ASSESSORA EM PLANEJAMENTO EDUCACIONAL (80%). SERVIDORA MUNICIPAL EFETIVA (PROFESSORA). SÚMULA VINCULANTE N. 13 DO STF. VEDAÇÃO DE NOMEAÇÃO DE PARENTE EM LINHA RETA, COLATERAL OU POR AFINIDADE, ATÉ O TERCEIRO GRAU, PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO GRATIFICADA. INAPLICABILIDADE DA EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 2º, §1º DA RESOLUÇÃO N. 07/2005 DO CNJ. SUBORDINAÇÃO DIRETA À AUTORIDADE NOMEANTE. NOMEAÇÃO OCORRIDA APÓS A PUBLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE N. 13. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL. IRRELEVÂNCIA. NEPOTISMO CONFIGURADO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PREVISTO NO ART. 11, I, DA LEI N. 8.429/92 CARACTERIZADO. MINORAÇÃO DA SANÇÃO DE MULTA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0000037-27.2012.8.24.0175, de Meleiro, rel. Rodolfo Cezar Ribeiro Da Silva Tridapalli, Quarta Câmara de Direito Público, j. 28-11-2019).

alcance das vedações ao nepotismo. Julgamento da Reclamação 18.564, em 23.02.2016 realizando interpretação do conteúdo da Súmula Vinculante 13¹¹³.

Se, de um lado, a decisão do STF na ADC-12 pareceu afirmar a autoridade do Conselho Nacional de Justiça, é também perceptível, por outro lado, o processo de assimilação interna da questão, blindando-a quanto a qualquer outro meio de controle ou consequência¹¹⁴. Outro aspecto que se repete em outras incursões dos normativos do CNJ pela senda da jurisprudência dos Tribunais e STF. É o fenômeno – pouco perceptível – de efeito multiplicador de processos. Num aparente paradoxo com a perspectiva racionalizadora que guia a ação do Conselho, a possibilidade de questionamento judicial das resoluções do Conselho ou sua invocação como fundamento para decisões jurisdicionais opera uma multiplicação de ações ou recursos no âmbito dos tribunais. Os debates sobre a Resolução 61/2008 dão um bom exemplo desse efeito.

4.4.2. O caso da Resolução 61/2008 – Sistema Bacenjud

Essa resolução previu a obrigatoriedade do cadastramento dos juízes no sistema BACENJUD (depois substituído pelo SISBAJUD), sistema do Banco Central de envio de ordens judiciais a instituições financeira e recebimento das respectivas respostas. Neste caso, a pesquisa à jurisprudência dos Tribunais de Justiça de São Paulo, Minas Gerais, Santa Catarina e Rio Grande do Sul mostra um significativo número de processos judiciais que tem como elemento da decisão a obrigatoriedade de cadastro dos juízes no Sistema BACENJUD, gerando recursos (sobretudo agravos de instrumento), inclusive aos tribunais superiores.

Duas divergências jurídicas se apresentaram. De um lado quanto à obrigatoriedade de cadastramento dos magistrados no sistema. De outro a

¹¹³ Estas três são as decisões principais, mas naturalmente não esgotam todas as situações em que o STF discutiu aplicação da Resolução 7/2005 e a questão do nepotismo.

¹¹⁴ No julgamento da Questão de Ordem na AO-1814, o ministro Gilmar Mendes faz uma observação sobre as motivações da Associação dos Magistrados Brasileiros para propor a Ação Declaratória de Constitucionalidade, nos seguintes termos: “Mas o CNJ, de qualquer sorte, editou a Resolução e, depois, a AMB - eu até já fiz ironia a proposta desse assunto, mas louvo a iniciativa - exatamente, percebendo que a Resolução seria contestada - claro que seria, em casos específicos -, entrou com uma ação, veio com uma ação declaratória no Supremo Tribunal Federal pedindo uma certa blindagem institucional, porque, do contrário, claro, incidentalmente a Resolução seria declarada inconstitucional. E, a partir daí, claro, evoluíram-se para outras medidas no campo, inclusive, da proibição geral do nepotismo”. (p. 5 do voto)

possibilidade de solicitar diretamente a penhora on-line, independentemente de esgotar vias administrativas de localização de bens. Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça decidiu¹¹⁵:

Obrigatoriedade de cadastramento do magistrado. Art. 2º da Resolução n.º 61/08 do CNJ. Precedência da utilização do sistema eletrônico sobre os demais meios disponíveis para a realização das providências do art. 655-A do CPC. [...] Nos termos do art. 2º da Resolução n.º 61/2008 do CNJ, "é obrigatório o cadastramento, no sistema BACENJUD, de todos os magistrados brasileiros cuja atividade jurisdicional compreenda a necessidade de consulta e bloqueio de recursos financeiros de parte ou terceiro em processo judicial". Recurso especial conhecido e provido.

O caso demonstra também um paradoxo em relação às distinções entre atos jurisdicionais e atos administrativos, pois, como se vê, o art. 2º da Resolução foi utilizado como fundamento de decisão jurisdicional. E a própria resolução como uma norma de exercício de jurisdição.

Mas a jurisprudência mais emblemática nesse tema é a do Mandado de Segurança 27.621. Nele se discutiu explicitamente a obrigatoriedade de cadastramento do juiz no Sistema Bacenjud, como determinado na Resolução 61/2008. A decisão se deu por maioria, com votos contra de três ministros (Carmen Lúcia, Luiz Fux e Marco Aurélio). Os ministros que divergiram consideravam que o CNJ estava invadindo esfera jurisdicional. E acrescentavam que o juiz não poderia ser obrigado ao cadastramento. A decisão foi a seguinte¹¹⁶:

¹¹⁵ RECURSO ESPECIAL Nº 1.043.759 - DF (2008/0067577-0) RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI RECORRENTE : BANCO DE BRASÍLIA S/A - BRB ADVOGADO : DJALMA AMARAL E OUTRO(S) RECORRIDO : SILVANNI FERREIRA LEITE ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS. EMENTA. Processual civil. Recurso especial. Ação de execução de título extrajudicial. BACENJUD. Obrigatoriedade de cadastramento do magistrado. Art. 2º da Resolução n.º 61/08 do CNJ. Precedência da utilização do sistema eletrônico sobre os demais meios disponíveis para a realização das providências do art. 655-A do CPC. - O art. 655-A do CPC, ao mencionar a expressão "preferencialmente", determina que é prioritária a utilização do meio eletrônico para a realização das providências contidas no referido dispositivo, facultando, apenas de forma subsidiária, o uso de outros mecanismos para tal finalidade. - Nos termos do art. 2º da Resolução n.º 61/2008 do CNJ, "é obrigatório o cadastramento, no sistema BACENJUD, de todos os magistrados brasileiros cuja atividade jurisdicional compreenda a necessidade de consulta e bloqueio de recursos financeiros de parte ou terceiro em processo judicial". Recurso especial conhecido e provido.

¹¹⁶ Ementa: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATRIBUIÇÕES. ART. 103-B DA CF. EXPEDIÇÃO DE ATOS REGULAMENTARES. DETERMINAÇÃO AOS MAGISTRADOS DE PRÉVIO CADASTRAMENTO NO SISTEMA "BACENJUD". COMANDO ABSTRATO. CONSTITUCIONALIDADE. PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIBERDADE DE CONVICÇÃO E DA PERSUASÃO RACIONAL. SEGURANÇA DENEGADA. I - O art. 103-B da Constituição da República, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, dispõe que o Conselho Nacional de Justiça é

II - No exercício de suas atribuições administrativas, encontra-se o poder de “expedir atos regulamentares”. Esses, por sua vez, são atos de comando abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inseridos na esfera de competência do órgão. [...] V - Inexistência de violação à convicção dos magistrados, que remanesçam absolutamente livres para determinar ou não a penhora de bens, decidir se essa penhora recairá sobre este ou aquele bem e, até mesmo, deliberar se a penhora de numerário se dará ou não por meio da ferramenta denominada “BACEN JUD”. (grifo meu)

Cabem ainda três destaques: 1º. Mesmo os ministros que consideraram que a determinação do Conselho não atuava sobre a esfera jurisdicional, argumentaram que o cadastramento dos juízes no Bacenjud daria mais eficiência ao processo – jurisdicional – de execução; 2º. Paradoxalmente à confirmação da legalidade do ato do CNJ, o STF reafirmou a liberdade dos juízes para decidir sobre a penhora on-line e também sobre o uso ou não da ferramenta Bacenjud; 3º. A questão jurídica de fundo envolvia o cumprimento, pelos juízes, de uma norma legal do Art. 655-A do Código de Processo Civil (1973).

Em síntese, a resolução do Conselho representava uma tentativa de controle e limite da ação dos juízes, mas a decisão do STF a inviabilizou afirmando a liberdade dos juízes para decidir sobre fazer ou não a penhora on-line, impactando sobre o cumprimento do art. 655 do CPC por juízes e tribunais.

órgão com atribuições exclusivamente administrativas e correicionais, ainda que, estruturalmente, integre o Poder Judiciário. II - No exercício de suas atribuições administrativas, encontra-se o poder de “expedir atos regulamentares”. Esses, por sua vez, são atos de comando abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inseridos na esfera de competência do órgão. III - O Conselho Nacional de Justiça pode, no lícito exercício de suas funções, regulamentar condutas e impor a toda magistratura nacional o cumprimento de obrigações de essência puramente administrativa. IV - A determinação aos magistrados de inscrição em cadastros ou sítios eletrônicos, com finalidades estatística, fiscalizatória ou, então, de viabilizar a materialização de ato processual insere-se perfeitamente nessa competência regulamentar. V - Inexistência de violação à convicção dos magistrados, que remanesçam absolutamente livres para determinar ou não a penhora de bens, decidir se essa penhora recairá sobre este ou aquele bem e, até mesmo, deliberar se a penhora de numerário se dará ou não por meio da ferramenta denominada “BACEN JUD”. VI - A necessidade de prévio cadastramento é medida puramente administrativa que tem, justamente, o intuito de permitir ao Poder Judiciário as necessárias agilidade e efetividade na prática de ato processual, evitando, com isso, possível frustração dos objetivos pretendidos, dado que o tempo, no processo executivo, corre em desfavor do credor. VII - A “penhora on line” é instituto jurídico, enquanto “BACEN JUD” é mera ferramenta tendente a operacionalizá-la ou materializá-la, através da determinação de constrição incidente sobre dinheiro existente em conta-corrente bancária ou aplicação financeira em nome do devedor, tendente à satisfação da obrigação. VIII Ato administrativo que não exorbita, mas, ao contrário, insere-se nas funções que constitucionalmente foram atribuídas ao CNJ. IX - Segurança denegada. (MS 27621, Relator(a): CARMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 10-05-2012 PUBLIC 11-05-2012 RTJ VOL-00228-01 PP-00326)

Como visto a problemática foi aparentemente solucionada com a decisão do STF, mas num processo autodeterminado internamente¹¹⁷. Uma tentativa de solução veio com a aprovação, pelo parlamento, do novo Código de Processo Civil, que alterou sensivelmente a dispositivo do antigo art. 655 do CPC. Mas nem a decisão do STF nem o novo Código amainaram o processo de assimilação jurisprudencial da Resolução 61 e de outras. No sítio de jurisprudências do Tribunal de Justiça de Santa Catarina na internet, por exemplo, encontram-se às centenas, decisões em que está em questão no julgamento, o uso de ferramentas como Bacenjud, Renajud, Serasajud, Infojud Cnib, estabelecidas pelo CNJ, de anos recentes, inclusive do presente ano de 2022.

4.4.3. O curioso caso do PCA 642 (0300052-35.2009.2.00.0000)

A questão aqui envolve: 1º. Uma decisão do CNJ com impacto direto sobre o exercício da jurisdição; 2º. a assimilação da decisão do CNJ na jurisprudência, cujo efeito final foi a mudança de jurisprudência do STJ; 3º. a ocorrência de efeito multiplicador de processos, decisões e, ao final, sua reversão pela decisão de um tribunal superior. A história: em maio de 2009 a Corregedoria Geral de Justiça de Santa Catarina apresentou requerimento ao Conselho. Autuado como Procedimento de Controle Administrativo, o requerimento solicitava que o Conselho esclarecesse ou decidisse se notificações realizadas por Cartórios de Notas do Estado de São Paulo seriam válidas para instruir ações de busca e apreensão (e outras eventualmente) no Estado de Santa Catarina. A decisão do CNJ, de relatoria do Conselheiro Mairan Gonçalves Maia Júnior, teve como fundamento o seguinte:

O princípio da territorialidade, vetor axiológico subjacente à sistemática adotada pela Lei 6.015/73, a ser observado por todas as serventias, e não apenas pelas de registro de imóveis e de pessoas, fora explicitado como diretriz dos Cartórios de Registro de Títulos e Documentos nos dispositivos supra transcritos. A mens legis é clara e visa garantir a segurança e a eficácia dos atos jurídicos aos quais confere publicidade (art. 1º, Lei 6.015/73).

¹¹⁷ Essa autodeterminação foi reforçada em 2009 por uma decisão da Câmara dos Deputados que aprovou, à unanimidade, a Emenda Constitucional 61/2009, pela qual o presidente do STF se tornou membro nato e presidente do Conselho Nacional de Justiça, e passou então a dirigir os dois órgãos simultaneamente, controlando ao mesmo tempo a pauta decisória do STF e do CNJ.

A decisão então foi de declarar a ilegalidade da notificação feita pelos registradores de títulos e documentos do estado de São Paulo em municípios de outros estados da federação.

A consequência, no caso do tribunal de Santa Catarina, foi o julgamento de centenas de processos, declarando, muitas vezes “ex officio”¹¹⁸, extintos os processos pela ausência de pressuposto, qual seja, a notificação, que, nesse entendimento, deveria ter sido realizada por registrador do domicílio do devedor.

O “princípio da territorialidade” foi invocado e aplicado para decidir tais processos, citando textualmente o extrato acima da decisão do Conselheiro. Mas também em outros estados da federação, o que se demonstra pelo desfecho da questão. Em maio de 2012, o Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial 1.184.579, escolhido como representativo da controvérsia. Nele o STJ fixou a tese de que:

[...] é válida a notificação extrajudicial realizada por via postal, com aviso de recebimento, no endereço do devedor, ainda que o título tenha sido apresentado em Cartório de Títulos e Documentos situado em comarca diversa do domicílio daquele.

Este recurso era oriundo do estado de Minas Gerais, mas a relatora invocou precedentes já existentes àquela altura, do Recurso Especial 1.237.699 e do Recurso Especial 1.283.834. Neste caso, a “assimilação” jurisprudencial de uma decisão do CNJ representou sentenças de extinção, ou decisões de extinção recursos de

¹¹⁸ Por exemplo: AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. DECRETO-LEI N. 911/69. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE MOTOCICLETA COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL E PROTESTO POR EDITAL PROCEDIDO POR SERVENTIAS LOCALIZADAS EM COMARCA DIVERSA DO DOMICÍLIO DO DEVEDOR. IRREGULARIDADE DO ATO NOTARIAL. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA TERRITORIALIDADE E DA PUBLICIDADE. EXEGESE DO ART. 130 DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS C/C ARTS. 8º E 9º DA LEI N. 8.935/94. MORA NÃO CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. MATÉRIA CONHECIDA DE OFÍCIO NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO. EXEGESE DO ART. 267, IV E § 3º, DO CPC. DECRETAÇÃO DA EXTINÇÃO SEM A RESOLUÇÃO DO MÉRITO. INVERSÃO DOS ENCARGOS SUCUMBENCIAIS. RECURSO PREJUDICADO. "O princípio da territorialidade é vetor axiológico subjacente à sistemática adotada pela Lei 6.015/73, a ser observado por todas as serventias, e não apenas pela de registro de imóveis e de pessoas. A mens legis do art. 130 da Lei 6.015/73 é clara e visa garantir a segurança e a eficácia dos atos jurídicos aos quais confere publicidade" (art. 1º, Lei 6.015/73) (CNJ, PCA n. 642, rel. Cons. Mairan Gonçalves Maia Júnior, j. 26-5-2009). "O ato do tabelião praticado fora do âmbito de sua delegação não tem validade, inoperante, assim, a constituição em mora" (STJ, REsp n. 682.399/CE, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 24-9-2007, p. 287). (TJSC, Apelação Cível n. 2009.019114-0, de Presidente Getúlio, rel. Jorge Luiz de Borba, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 21-09-2009). (grifo nosso)

apelação e agravo de instrumento país afora, não só multiplicando processos¹¹⁹, como, posteriormente, levando à modificação das mesmas decisões por tribunais ou juízes de origem dos processos. O que interessa, talvez mais do que o efeito multiplicador, é a integração da decisão do conselho, ao processo decisório jurisdicional, e seu fechamento pelo alto, na decisão do STJ.

Neste assunto houve iniciativa de discussão da questão também pelo STF, no Mandado de Segurança 28.267. Em outubro de 2009 o ministro Joaquim Barbosa negou liminar que pedia a suspensão do ato do Conselho. Esse mandado de segurança não chegou a ser julgado pelo STF, em vista da desistência do pedido, em 2013.

4.4.4. O caso da Recomendação 44/2013 (atual Resolução 391/2021).

Em 2013 o Conselho Nacional de Justiça expediu uma recomendação aos tribunais na tentativa de orientar quanto à remição de pena pelo estudo. A questão ganhou campo e foi rapidamente incorporada na jurisprudência dos tribunais. Apenas para dar exemplo da dimensão da questão, no TJSC a busca de jurisprudência com a expressão “Recomendação n. 44/2013 do CNJ” retorna mais de 700 resultados. No Tribunal de Justiça de São Paulo, mais de 7.000. No Tribunal de Minas Gerais, mais de 300 resultados.

De modo geral, os problemas surgidos envolvem, de um lado a não adoção da recomendação, especialmente por juízes de primeiro grau¹²⁰, o que é revelado pelos

¹¹⁹ Já tive a oportunidade, em outro momento, de apontar para a “multiplicação de processos” operada na forma como o Conselho organiza suas estatísticas. Este caso ultrapassa aquela constatação, pois aqui não se trata apenas de multiplicação contábil, como havia apontado, mas de uma multiplicação real, somando sentenças, apelações, recursos especiais, novas sentenças e, eventualmente, novas apelações.

¹²⁰ MOREIRA e FARINA (2016), em estudo no âmbito do TJDFT listaram os principais argumentos dos juízes executórios para não aplicação da recomendação à época como sendo: 1. a Recomendação n. 44 do CNJ não possui caráter vinculante com relação aos juízes de execuções penais de cada Estado da Federação, de forma que a concessão do benefício nos termos requeridos exige regulamentação própria no âmbito de competência do Juízo da Execução, considerando a realidade do sistema carcerário de cada Estado, com vistas a garantir um tratamento isonômico aos sentenciados submetidos à jurisdição da Vara de Execuções Penais – VEP; 2. o pedido formulado pela Defesa não atende aos requisitos legais, uma vez que o seu acolhimento extrapola a determinação legal de que a remição de pena será proporcional ao período efetivamente estudado pelo apenado, mensurável em horas, de acordo com a proporção estritamente prevista na Lei de Execução Penal; 3. a Recomendação do CNJ indica o referido aproveitamento da aprovação no ENCCEJA ou no ENEM para remição na hipótese de o apenado não estar vinculado a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento penal, requisito que precisa ser preenchido; 4. o deferimento de grande quantidade de dias remidos por meio do ENCCEJA ou do ENEM se afigura verdadeira remição ficta, inadmitida pela doutrina e pela jurisprudência pátrias, de sorte que poderá ocorrer de um apenado ter mais dias remidos que os dias de efetivo cumprimento de pena, o que contraria a própria lógica da

recursos aos tribunais nos estados e tribunais superiores, e de outro, problemas relacionados à interpretação da recomendação – atualmente substituída por uma resolução¹²¹.

Uma das discussões que mais impactou a aplicação da recomendação e produziu consequências díspares nos resultados dos processos foi a interpretação do inciso IV do artigo 1º daquela normativa:

IV - na hipótese de o apenado não estar, circunstancialmente, vinculado a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento penal e realizar estudos por conta própria, ou com simples acompanhamento pedagógico, logrando, com isso, obter aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) ou médio Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), a fim de se dar plena aplicação ao disposto no § 5º do art. 126 da LEP (Lei n. 7.210/84), considerar, como base de cálculo para fins de cômputo das horas, visando à remição da pena pelo estudo, 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino [fundamental ou médio - art. 4º, incisos II, III e seu parágrafo único, todos da Resolução n. 03/2010, do CNE], isto é, 1600 (mil e seiscentas) horas para os anos finais do ensino fundamental e 1200 (mil e duzentas) horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio; (grifo meu)

A divergência era se o número de horas a ser considerado para o cálculo da remição era de 1600 e 1200 ou de 800 e 600. A discussão foi temperada com a inclusão da referência à Resolução 3 do Conselho Nacional de Educação. Embora parecesse óbvio que o texto ao usar a referência à Resolução 3 do CNE entre colchetes, seguida da expressão gramatical “isto é” – que serve para explicar algo dito antes – já indicava 1.600 e 1.200 horas como 50% do total de horas dos quatro anos finais do ensino fundamental ou dos três anos do ensino médio, a questão seguiu em debate durante anos nos fóruns, tribunais intermediários e tribunais superiores.

É emblemático dessa questão o HC-602.425, do STJ, julgado em 2021. Nele o voto vencedor considera que 1.600 e 1.200 horas já representavam 50% do total de horas dos anos finais do ensino fundamental e dos anos do ensino médio respectivamente. O voto vencido, no entanto, entendia que o comando da Recomendação 44 determinava que os 50% deveriam ser aplicados sobre o art. 4º da

ressocialização paulatina, gradual, por meio do trabalho e do estudo, tal como imposto no art. 126, § 1º, da LEP. (p. 259)

¹²¹ No momento presente trata-se da Resolução 391/2021.

Resolução 3/2010 do CNE, ou seja, 50% sobre 1.600 e 1.200 horas. A votação se deu por 5 x 4 na Terceira Seção do STJ¹²².

A decisão seguiu o que já havia sido decidido no HC-593.675. Esses, naturalmente não foram os únicos processos em que o tema foi discutido. Inúmeros outros tramitaram no STJ, com decisões nos dois sentidos apontados.

No STF a questão foi posta em inúmeros *habeas corpus* impetrados nos últimos anos. No HC 174.894, por exemplo, o Ministro Luiz Roberto Barroso, em decisão monocrática, entendeu que os 50% deveriam ser aplicados sobre as 1.600 – 1.200 horas, de modo que se aplicariam como base de cálculo 800 e 600 respectivamente¹²³. Há inúmeros outros processos de *habeas corpus* como o HC-194.707, o HC-173.208 e o HC-173.260 em que a decisão foi essa.

No entanto, no Agravo Regimental no Habeas Corpus 190.806 a posição foi alterada, e a Segunda Turma do Supremo entendeu que a quantidade de horas a ser considerada deveria levar em conta a previsão do art. 24 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que prevê que cada ano dos ensinos fundamental ou médio tem uma carga mínima de 800 horas, de modo que os quatro anos finais do ensino fundamental somariam 3.200 horas e os três anos do ensino médio, 2.400 horas.

Invocando princípios como o da proporcionalidade e da interpretação *in bonam parte*, os ministros da Segunda Turma decidiram então que a base de cálculo deveria ser obtida aplicando o redutor de 50% sobre as cargas de 3.200 e 2.400 horas, chegando à base de cálculo de 1.600 e 1.200 horas respectivamente. A decisão inclui

¹²² Esse resultado faz recordar a perspicaz observação de Jeremy Waldron ao se perguntar por que, juízes, quando discordam “usam o mesmo método de ‘contar cabeças’ que é usado em políticas eleitorais e legislativas” e também que “um resultado de 5 x 4 em uma corte é uma estatística tão crua quanto um resultado de 218 a 217 no parlamento”. (WALDRON, 2016, p. 246-269)

¹²³ EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECUSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMISSÃO POR ESTUDO PRÓPRIO. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA, ILEGALIDADE FLAGRANTE OU ABUSO DE PODER. 1. Da análise dos autos não se comprova ter havido equívoco no cálculo para a remissão pretendida pela defesa, sendo aplicada ao caso a legislação pertinente. Tal como consta no parecer ministerial, “a pretensão da Defensoria Pública [...] é desprovida de respaldo fático-legal, pois busca que seja adotada como parâmetro uma carga horária maior, prevista nas diretrizes nacionais de “educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada em pré-escola, ensino fundamental e ensino médio” (art. 4º, I, da Lei n. 9.394, de 20/12/1996), inaplicável, conseqüentemente, ao apenado e a todos os estudantes maiores de idade, para os quais, como visto, incidem as regras previstas na Resolução nº 3/2010, do Conselho Nacional de Educação (às quais remete a recomendação do CNJ)”. 2. Agravo regimental desprovido. (RHC 174894 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 20/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 12-02-2020 PUBLIC 13-02-2020).

também uma “recomendação” do STF ao CNJ para que “ofereça condições de estudo aos reeducandos”. Este julgamento é de 30 de março de 2021.

O assunto pareceria equacionado e estabilizado. E no entanto, não foi. Isto porque no julgamento do Agravo Regimental em Habeas Corpus 192.851, cujo relator foi o Ministro Dias Toffoli, a Primeira Turma do STF interpretou a Recomendação 44 do CNJ no sentido de aplicar a base de cálculo de 50% do número de horas previsto na Resolução 3/2010 do Conselho Nacional de Educação, ou seja, 50% sobre 1.600 e 1.200 horas, resultando em uma base de cálculo de 800 e 600 horas.

O que a experiência do debate da Recomendação 44 mostra? Embora relevante a evidência de que a divergência de juízes, tribunais intermediários e tribunais superiores quanto à possibilidade - e especialmente sobre o quantum da remição da pena pelo estudo a ser obtida pela aprovação no ENCCEJA e no ENEM - envolve também uma divergência presente na sociedade sobre essa mesma questão, o ponto de abordagem nos coloca diante de um problema mais específico. Em um sentido democrático, a atuação do Conselho deveria permitir: 1º - a centralidade do cumprimento da lei pelos juízes como dever primordial (e constitucional) dos membros do judiciário, e como uma consequência fundamental do respeito à soberania popular e à decisão democrática encartada na norma jurídica; 2º - que o processamento de eventuais divergências possa se dar fora do âmbito específico do judiciário, de modo a assegurar que o controle da atuação do poder se dê de forma ampla, pelo povo – mesmo que não diretamente – através do parlamento e instâncias de representação política.

O exemplo dado mostra o oposto. A recomendação do “órgão de controle” é assimilada e processada internamente, segundo o método próprio de construção da decisão pelos tribunais, o processo judicial, a interpretação e a afirmação da jurisprudência¹²⁴. E antes que se diga que uma eventual tentativa legislativa de definir com maior precisão as possibilidades de remição de pena pelo estudo no parlamento esbarriam na divergência e na dificuldade de uma definição que poderia levar tempo, é bom lembrar que a viagem jurisprudencial da Recomendação 44 do CNJ já dura, no

¹²⁴ Ingeborg Maus (2010) faz uma importante advertência sobre o modo como essa elevação do judiciário à posição, que ela descreve como de “superego da sociedade”, está relacionada à transformação do direito ao longo do século XX, submetido à (re)criação pelos métodos de interpretação. (MAUS, 2010).

momento deste estudo, quase nove (09) anos¹²⁵. Não só a eventual divergência é reduzida e assimilada ao método próprio do judiciário, como qualquer outra solução é bloqueada, pois ela está confinada às fronteiras dos tribunais e condenada a ser ali resolvida.

A dicotomia *autonomia – controle* parece se evidenciar mais se tratamos o que o CNJ faz como “política”. Se consideramos que a recomendação do Conselho representa um ato de controle, a consequência é o total esvaziamento da função, que é substituída pela construção jurisprudencial. Nessa construção, o CNJ assume a posição de um intermediário, que transmite, para cima e para baixo – sobretudo para baixo – o método de construção do direito pela interpretação, disseminando-o. Se consideramos a recomendação uma política, então o problema permanecerá, mas de forma mais evidente, porque o controle é substituído por uma tentativa de direção política que estará, sempre e em última instância, submetida ao controle jurisdicional do Supremo Tribunal Federal. Ao mesmo tempo que esta política não estará sob qualquer tipo de controle social. Em síntese, ao invés de representar limitação e definição de fronteiras precisas de atuação, o que acontece é uma flexibilização e ampliação da liberdade de decidir, independentemente das normas.

Outros exemplos poderiam ser apresentados aqui desse autoprocesso das ações, políticas ou de controle, do Conselho Nacional de Justiça, como os debates em torno das Resoluções 59, 213, 62, etc. À medida que o Conselho avança para além de suas funções constitucionais de controle, sobretudo com o uso do poder

¹²⁵ O que torna a questão ainda mais intrigante é que no ano de 2020, o CNJ julgou (em 01.07.2020) o Pedido de Providências 0000695-80.2020.2.00.0000 e nele retornou a análise dos fundamentos da Recomendação 44/2013. O pedido de providências partiu do Ministério Público de Santa Catarina, e pedia a exclusão da parte final do inciso IV do artigo 1º da recomendação. O pedido foi julgado improcedente porque ao retomar os fundamentos da Recomendação 44 a conselheira relatora revelou que o que o Conselho entendera à época da aprovação da recomendação fora exatamente a aplicação de 50% sobre 1.600 e 1.200, ou seja, entendendo a base de cálculo como 800 e 600 respectivamente. O extrato: “Nesse contexto, o CNJ consignou expressamente na Recomendação nº 44/2013 qual seria a base de cálculo para aferir os dias computados para remir a pena aplicada, ou seja, 50% de 1.600 (ensino fundamental) e de 1.200 (ensino médio e educação profissional de nível médio) horas corresponderiam, respectivamente, a 800 e 600 horas de estudo como base para fins do cálculo de remição para aqueles presos que, a partir de seus méritos pessoais e mesmo não pretendendo ou não tendo acesso ao ensino fundamental ou médio no interior do estabelecimento penal, tenham obtido aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) ou médio Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM). De igual modo, esse é o entendimento defendido pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina no presente pedido de providências, sustentando que “para o cálculo da remição, deve ser considerado o valor de 50% da carga horária mínima do ensino referente ao EJA, modalidade de ensino ofertada nos estabelecimentos prisionais, resultando em 600 horas, para o ensino médio, e em 800 horas, para o ensino fundamental, a serem consideradas, em caso aprovação integral – em todas as matérias – no ENCCEJA ou no ENEM”, conforme relatado. Ressalta-se, por oportuno, que essa é a linha de orientação hoje vigente no Supremo Tribunal Federal – STF”.

regulamentar, ele atua guiado pela ideia de formulação de políticas, gerando um duplo efeito: de um lado a gradativa redução das ações de controle, ou seja, de limitação da liberdade de ação de juízes e tribunais, restringindo-os aos limites da norma legal, e de outro, ainda que com divergência e de maneira intermitente, a assimilação jurisprudencial das ações do Conselho, modelando-as pelo método de interpretação. A função regulamentadora do CNJ, conduzida pela ideia de autogoverno, acabou usurpando o legislativo nas tentativas/possibilidades de regular o judiciário através de lei.

A posição constitucional do Conselho – seja porque o constituinte derivado assim estabeleceu, seja porque a Suprema Corte assim o decidiu – interna ao judiciário parece ter sido determinante para conduzi-lo a uma funcionalidade dupla, e não necessariamente desejada: a) como integrante – e por vezes até mesmo veículo – da autoprogramação do Judiciário. b) como um bloqueio a qualquer possibilidade de controle social, seja pelos demais poderes, seja pelo povo em si. E essa funcionalidade é dada, em grande medida, pela sobreposição vertical do STF ao Conselho Nacional de Justiça. É o que merecerá análise adiante, no capítulo 4.

5. O CNJ MODELADO PELO STF. RELAÇÃO AMBÍGUA. QUEM CONTROLA QUEM?

Um dos temas recorrentes e polêmicos nos debates constituintes (1987-1988) no tocante à organização dos poderes em geral, e do judiciário em particular, foi a proposta de *controle externo* do poder judiciário através de um *Conselho Nacional de Justiça*. A questão se evidencia pela quase imediata proposta de emendas à constituição recém promulgada, prevendo um tal mecanismo de controle – a proposta de emenda pelo deputado federal Hélio Bicudo, primeira a tratar do assunto, é de 1992 – bem como pelo conjunto de emendas propostas nesse tema por ocasião da Revisão Constitucional. De acordo com Maria Tereza Sadek:

Focalizando-se o caso brasileiro e apenas os últimos anos, deve ser sublinhado que o capítulo referente ao sistema de justiça da Constituição de 1988 foi o que recebeu o maior número de propostas de revisão, por ocasião da reforma constitucional de 1993 - foram ao todo 3.917 emendas. Um número nada desprezível, mas de todo incongruente com o resultado então alcançado: nenhuma alteração. (SADEK, 2004, p. 27)

A explicação, tanto para as propostas submetidas à Assembleia Constituinte, como para as que seguiram sentido semelhante no processo de reforma revela uma disputa em torno da soberania e da sua conformação popular e democrática no Brasil no processo de saída do regime autoritário e manifestada na Constituição de 1988. Ao menos para uma parte dos constituintes, na organização dos poderes estruturada pela Constituição sobre uma divisão de poderes baseada em um sistema de freios e contrapesos determinado, a autonomia e o poder atribuídos ao judiciário pelo texto constitucional não dispunham de um correspondente mecanismo limitador que impedisse, por parte dos membros do poder, o abuso ou mesmo a usurpação da competência dos demais poderes. Ou seja, a ideia básica suscitada por Montesquieu e formatada pelos Federalistas de que o poder deveria frear o poder. Segundo a análise recente de Ernani Carvalho e Fabrício R. de L. Tomio:

[...] a assembléia constituinte, em 1988, seguindo o legado institucional brasileiro (path dependence), buscando mais garantias ao novo regime e/ou respondendo positivamente às pressões dos grupos organizados do poder Judiciário e profissões afins, manteve e exacerbou as extensas prerrogativas de independência do poder Judiciário com restritos e ineficazes mecanismos de accountability

(prestação de contas e responsabilização); (CARVALHO e TOMIO, 2013, p. 9)

Em segundo plano havia também uma provável desconfiança, de uma parte da constituinte, em relação aos juízes e à profundidade de seus compromissos com a democracia e com os próprios compromissos constitucionais encampados na Constituição¹²⁶. Maria Tereza Sadek, estudiosa frequente do judiciário e do sistema de justiça, considera que um dos problemas que se coloca sobre o judiciário naquilo que descreve como “dimensão política” daquele poder é que a transformação do judiciário em “arena política” fortalece “a possibilidade de veto às decisões aprovadas pela maioria” (SADEK, 2004, p. 09); a referência é, claramente, às eventuais maiorias políticas e sociais.

Oscar Vilhena Vieira, analisando o que chama de *supremocracia* afirma que o fenômeno por ele descrito seria resultado da desconfiança do constituinte na democracia que estava sendo construída levou à estratégia de entrincheiramento de direitos na constituição e aos amplos poderes atribuídos ao STF, como se vê nesta passagem:

[...] a desconfiança na democracia que estava sendo construída em 1988, assim como as incertezas decorrentes da adoção de um texto constitucional tão ambicioso, levou os constituintes a uma dupla estratégia de proteção. De um lado, buscaram entrincheirar na Constituição o máximo de direitos, interesses, competências institucionais, privilégios corporativos e direitos, de forma a dificultar que maiorias futuras pudessem se contrapor a esses interesses. De outro lado, atribuíram amplos poderes ao Supremo Tribunal Federal para bloquear decisões futuras do sistema representativo que viessem a ameaçar esses mesmos interesses, privilégios ou direitos, ainda que por intermédio de emendas à Constituição; para julgar as principais autoridades, entre as quais os próprios os membros do parlamento; e para resolver os conflitos entre os poderes. (VIEIRA, 2018, p. 96).

¹²⁶ Oscar Vilhena, analisando o que chama de *supremocracia* afirma que o fenômeno por ele descrito seria resultado da desconfiança do constituinte na democracia que estava sendo construída levou à estratégia de entrincheiramento de direitos na constituição e aos amplos poderes atribuídos ao STF, como se vê nesta passagem: *A hipótese fundamental deste capítulo, que não elimina as anteriores, é que a desconfiança na democracia que estava sendo construída em 1988, assim como as incertezas decorrentes da adoção de um texto constitucional tão ambicioso, levou os constituintes a uma dupla estratégia de proteção. De um lado, buscaram entrincheirar na Constituição o máximo de direitos, interesses, competências institucionais, privilégios corporativos e direitos, de forma a dificultar que maiorias futuras pudessem se contrapor a esses interesses. De outro lado, atribuíram amplos poderes ao Supremo Tribunal Federal para bloquear decisões futuras do sistema representativo que viessem a ameaçar esses mesmos interesses, privilégios ou direitos, ainda que por intermédio de emendas à Constituição; para julgar as principais autoridades, entre as quais os próprios os membros do parlamento; e para resolver os conflitos entre os poderes.* (VILHENA, 2018). No entanto, deixa de considerar que na “batalha da constituinte” havia claras preocupações em criar mecanismos de verificação e limitação do poder do judiciário.

Mas esta pode ser uma perspectiva que vê a constituinte como bloco homogêneo que não era. De um lado Oscar Vilhena Vieira deixa de considerar que na “batalha da constituinte” havia claras preocupações em criar mecanismos de verificação e limitação do poder do judiciário, e de modo geral elas partiam dos mesmos grupos que buscavam “entrincheirar” direitos na constituição. E de outro faz tábula rasa do resultado da Constituinte, desconsiderando que ela foi, especialmente, um resultado da combinação de forças políticas que ficou conhecida como Centrão. Ainda que a Constituição Federal de 1988 possa ser considerada “resiliente” e resultado de um “compromisso maximizador”, como o faz Vilhena Vieira(2013), é inegável que como processo político ela foi em grande medida influenciada pela formação do Centrão, não apenas como força política, mas como representação de interesses sociais e econômicos¹²⁷. Esses interesses se manifestaram muito nitidamente na formatação do Judiciário e na eliminação, nas votações do texto constitucional, de toda e qualquer possibilidade de mecanismos de controle do judiciário. Em nossa visão, o que se entrincheirou não foram direitos e concepções sobre a constituição, mas um judiciário que poderia, à posteriori da constituição, e por sobre ela, fazer escolhas entre uns e outros¹²⁸.

Em qualquer sentido, o resultado da Constituição de 1988 foi um judiciário com amplos poderes de alto a baixo, sem um correspondente mecanismo de freios que pudesse exercer controle sobre o poder. A existência de controle do poder político, lembra Carl Lowenstein (1979) o controle exercido sobre os detentores do poder é uma questão central dos valores sociopolíticos ou ideologias a que esteja sujeita qualquer comunidade estatal, a conter o elemento o poder, que sem controle se revela “demoníaco” em seu elemento e o “patológico” em seu processo.

¹²⁷ A formação da coalizão de centro e direita ganharia força justamente quando os trabalhos da Sistematização entraram em sua etapa decisiva: a votação do projeto de Constituição. A aprovação do sistema parlamentar de governo; o fortalecimento do Poder Legislativo; um sistema tributário e fiscal que retirava recursos da União em favor de estados e municípios; a inclusão de dispositivos favoráveis aos trabalhadores; e uma ordem econômica estatizante e nacionalista — tais medidas uniriam o governo e setores empresariais no esforço para derrubar o projeto da Sistematização. (CPDOC/FGV. Verbetes: Centrão)

¹²⁸ Gilberto Bercovici considera que uma das contribuições para isso foi dada pela Doutrina Brasileira da Efetividade, de José Afonso da Silva, sobre a aplicabilidade das normas constitucionais. Para ele, a redução do direito constitucional a um campo de interpretação permitiu o desencontro entre a constituição e o estado, e a ênfase na ação do judiciário sobre a constituição: “Já os constitucionalistas, por sua vez, refugiam-se nos debates sobre a aplicação judicial das normas e da hermenêutica e interpretação constitucionais, tomando o judiciário praticamente o único setor estatal estudado e analisado por um direito público que se pretende democrático, mas não fala de democracia”.

Está claro que, tomada a pergunta problema proposta, a saber, se o *Conselho Nacional de Justiça representa uma efetiva possibilidade de controle do judiciário capaz de torná-lo adequado às condições e exigências da democracia contemporânea no Brasil*, ela tem subjacente a ideia de que a criação de uma instituição de controle do judiciário deveria ter como objetivo torná-lo adequado às exigências do regime democrático. E este pressuposto já contém em si a afirmação de que a ausência de controle representa um problema de considerável dimensão para o exercício democrático da soberania popular.

Como visto, considerando que os membros dos outros dois poderes submetem-se a um processo democrático de escolha, e dado o modo específico como é organizado o judiciário a partir das Constituições modernas, este estaria muito mais na posição de conter, restringir e limitar a democracia, na medida em que caberia a ele, na estrutura da separação dos poderes, conter e limitar os outros dois. Thomas Jefferson percebeu essa consequência nos debates constitucionais dos Estados Unidos, e, de acordo com M.J.C Vile, em dado momento e até o fim de sua vida, defendeu uma pura separação de poderes baseada em um controle direto de cada poder pela soberania do povo¹²⁹. Então, ainda que admitindo que o judiciário não

¹²⁹ His antagonism towards executive power, and his hatred of the aspirations of the Supreme Court to "judicial supremacy" over the other branches of government, now led him to reject all notion of checks and balances, in favour of three separate branches of government, all quite independent of each other, and all closely responsible directly to the people, he thus came to accept the pure doctrine of the separation of powers as the only basis of a desirable constitution. His answer to the problem of preventing the encroachment of one branch of government upon the functions of another was the same as that which Sieves had propounded in France some years earlier. If all the branches of government were equally responsible directly to the people, they would at once be equally independent of each other and equally subordinate to the true sovereign power. There would therefore be no need for checks and balances. Pure republicanism, said Jefferson, can be measured in no other way than in the complete control of the people over their organs of government.t". The touchstone of constitutionality must be, therefore, an appeal to the people. Each department of government must have "an equal right to decide for itself what is the meaning of the Constitution in the cases submitted to its action ". Judicial review was "a very dangerous doctrine indeed," and incompatible with a true reading of the Constitution which had "wisely made all the departments coequal and co-sovereign within themselves ". (VILE, 1998, p. 181) Seu antagonismo como poder executivo e sua antipatia às aspirações da Suprema Corte por uma "supremacia judicial" sobre os demais ramos do governo, agora levava-o a rejeitar toda noção de freios e contrapesos, em favor de três ramos de governo separados e bastante independentes uns dos outros, e todos respondendo diretamente ao povo. Ele, portanto, vai aceitar a pura doutrina da separação de poderes como a única base de uma desejável constituição. Sua resposta para o problema da prevenção da invasão de um ramo do governo sobre as funções do outro era a mesma que Sieyes tinha proposto na França alguns anos antes. Se todos os ramos do governo respondiam igualmente ao povo, eles deveriam ser igualmente independentes dos outros e igualmente subordinados ao verdadeiro poder soberano. Não haveria portanto a necessidade de *checks and balances*. Republicanismo puro, disse Jefferson, não pode ser medido de nenhuma outra maneira do que no completo controle do povo sobre seus órgãos de governo. A pedra de toque do constitucionalismo deve ser, portanto, um apelo ao povo. Cada departamento do governo deve ter "um igual direito de decidir por si qual é o significado da Constituição nos assuntos submetidos à sua ação". Judicial review era "de

contenha em si uma ideia fundamental de democracia, o modo de compatibilizar o exercício daquele poder com o regime democrático seria construindo mecanismos de contenção e limitação do poder.

Alguns mecanismos de freios e contrapesos estão presentes na Constituição de 1988, como é exemplo a indicação de membros de tribunais superiores pelo chefe do Executivo, ou a participação do Legislativo na aprovação do escolhido. Mas tudo indica que para os demais poderes e para parcela da sociedade, tais mecanismos presentes no texto de 1988 eram insuficientes, a ponto de justificar a necessidade de criação de um órgão de *controle externo*, expressão pela qual ficou conhecida toda e qualquer proposta de controle do judiciário antes, durante e depois do processo constituinte.

A adjetivação *externo* para o controle a ser exercido, tanto por seus defensores como por seus detratores, seguramente responde por parte da polêmica, e mesmo no contexto de democracia liberal e seu supedâneo na separação de poderes tal definição – *controle externo* – se revela imprópria. Em primeiro lugar porque sob a ótica da separação dos poderes toda limitação de um poder por outro poder é, em si, uma ação *externa*. Sem segundo lugar porque no caso do judiciário a expressão *controle externo* foi cunhada e apropriada, como bem demonstra a doutrina jurídica nacional, para apresentar o controle como algo impróprio ou indevido: uma invasão ou uma usurpação. De todos os pontos que se olha o binômio *interno-externo* ela parece apontar para a recusa da limitação do poder judiciário por quaisquer dos outros poderes ou mesmo por mecanismos democráticos¹³⁰. Ou seja, ele não constitui uma categoria explicativa própria da teoria da separação dos poderes, e sua utilidade está associada à sua capacidade de servir peça de agitação para os que procuraram e procuram recusar a ideia de controle sobre o poder judiciário no Brasil.

A chegada ao Conselho Nacional de Justiça, como formatado pela Emenda Constitucional 45, se acopla na moldura institucional do judiciário formada pela CF de 1988, nos seguintes caminhos, de acordo com CARVALHO e TOMIO:

fato uma doutrina muito perigosa” e incompatível com a verdadeira leitura da Constituição que tinha “sabiamente feito todos os ramos co-iguais e co-soberanos em si”. (tradução nossa)

¹³⁰ Na bibliografia apresentada abaixo há um conjunto de artigos em que esta posição aparece, ora enfatizando que um órgão como o CNJ seria contrário à separação dos poderes, ora enfatizando, por isso mesmo, que não se poderia falar em controle externo, mas sim em controle *interno*.

(ii) expectativas por maior eficácia ou eficiência da jurisdicionalidade e responsabilização de desvios permitiram que uma maioria qualificada (congressual e de coalizão, porém sensivelmente responsiva aos interesses das elites judiciais, sobretudo do Supremo Tribunal Federal) reformasse a constituição criando um mecanismo de controle interno (CNJ) dos membros do poder Judiciário, mas sem restringir ou alterar significativamente a independência institucional; (iii) o conflito entre prerrogativas constitucionais (autonomia e independência) do poder Judiciário e a inovação constitucional (CNJ) produz efeitos (variáveis e dependentes da dinâmica decisória) sobre a eficácia ou eficiência da prestação de jurisdicionalidade, a *responsividade* (*responsiveness*) ou o interesse em ser *accountable* dos membros do poder Judiciário. (p. 09)

O objetivo do presente capítulo é analisar como a estrutura do judiciário já definida pela Constituição vai influenciar e conformar aquela a estrutura pensada para seu controle, através de uma outra moldagem: aquela que foi estabelecida a partir de decisões do STF, delineando e delimitando, ou às vezes, ampliando o conteúdo das funções constitucionais do CNJ.

Mas não só. No mesmo diapasão, será analisada a posição institucional deferida ao CNJ: em parte pelo legislador constituinte derivado, em parte, mais uma vez, pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões que enquadraram o Conselho Nacional de Justiça como um órgão da estrutura do judiciário e os impactos dessa decisão sobre as funções de controle do judiciário e submissão dos juízes à lei.

5.1. QUE CONTROLE? A DICOTOMIA CONTROLE EXTERNO, INTERNO, E A POSIÇÃO INSTITUCIONAL DO CNJ NO JULGAMENTO DA ADI 3367

O primeiro grande resultado da criação do Conselho Nacional de Justiça pela Emenda 45/2004 foi exatamente o questionamento acerca de sua constitucionalidade. A invocação do argumento de inconstitucionalidade já se antevia em argumentos doutrinários variados nos debates para a aprovação da reforma e tão logo ela foi aprovada¹³¹.

¹³¹ Vide: TAVARES, André Ramos. Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça; comentários completos à Emenda Constitucional 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005. ROSA, Márcio Fernando Elias. Reforma do judiciário e a crise de constitucionalidade. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Reforma do Judiciário analisada e comentada. São Paulo: Editora Método, 2005. MORAES, Alexandre. Controle externo do poder judiciário – inconstitucionalidade. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 140 out./dez. 1998, p. 59-64. Entre outros.

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3367 apaziguou a polêmica sobre a possibilidade de existência do Conselho, decidindo o STF pela sua constitucionalidade. Ao mesmo tempo que delimitou de forma bastante enfática o campo de ação do CNJ. Esta parte do trabalho está destinada à análise do resultado daquele julgamento, cotejado com a perspectiva do trabalho e assim verificar se a decisão do STF aproximou ou distanciou o CNJ da perspectiva de adequação do judiciário ao arranjo democrático e sua manutenção.

A baliza da análise é dada pela compreensão de que em um Estado constitucional, os poderes constituídos, incluindo o judiciário, devem ser controlados. Controle significa, neste caso, assegurar a submissão dos juízes à constituição e às leis. Gilberto Bercovici (2005) para o fato de que a oposição a uma ideia de “controle externo” com base na defesa da independência e autonomia do judiciário (e do Ministério Público) aponta para uma inversão, na qual um poder constituído, como o judiciário, torna-se soberano, absoluto:

O Poder Judiciário e o Ministério Público não são, apesar dos adeptos do “positivismo jurisprudencial”, detentores do poder constituinte. Não são soberanos. São poderes constituídos, portanto, submetidos à Constituição e às leis. Deste modo, não só podem, como devem ser controlados, para que não abusem de suas funções, ou para que não usurpem funções constitucionais de outros poderes constituídos ou, ainda, tentem usurpar o próprio poder constituinte, colocando-se acima da própria Constituição e da soberania popular que a criou e a mantém. (BERCOVICI, 2005, p. 188)

Bem entendida essa posição significaria que nenhum outro controle seria necessário se os juízes e tribunais exercessem suas funções adstritos ao cumprimento da constituição e da lei. Fato é que instituições são formadas por homens e homens não são anjos, bem advertiu Madison. Ou seja, a democracia pressupõe que o limite fundamental do exercício do poder não é apenas decorrente da fiscalização de um poder pelo outro, como ideado pelos federalistas norte-americanos, mas da limitação de todo o poder pela obra do povo, e sua representação no parlamento. E isso vale tanto mais para uma versão procedimental da democracia.

Os questionamentos trazidos pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) se centravam em três aspectos de inconstitucionalidade: 1) inconstitucionalidade formal pelo não retorno do projeto à Câmara após supressão de

texto realizada no Senado; 2) violação à forma federativa do Estado, pela criação de um órgão nacional com competências sobre os judiciários dos estados-membros; 3) ofensa à separação dos poderes pela inserção, no Conselho, de membros não integrantes do Judiciário.

O terceiro aspecto naturalmente tinha destaque no debate público, dado o uso da expressão “controle externo” utilizada tanto por defensores da proposta como por seus detratores. O resultado, reconhecendo a constitucionalidade do Conselho, não supera, e é este o ponto relevante, o “desenho” intelectual e interpretativo esquadrihado pelos ministros do STF naquele momento sobre o que consideraram ser a posição do conselho e seu papel. Ou seja, mais importante do que o reconhecimento da constitucionalidade – que por si revela a problemática da tomada de decisão política pelo STF, exercendo o controle sobre o poder constituinte reformador – é a construção interpretativa da posição do conselho como “órgão interno” do judiciário.

A questão é relevante, no plano objetivo porque representou uma decisão jurisprudencial cujos resultados e argumentos foram – e continuam sendo – ao longo das décadas seguintes, utilizados para enquadrar jurisprudencialmente as posições do Conselho, seja pelo STF, seja pelos demais tribunais, toda vez que estes consideram que ele tenha agido fora daquele desenho declarado no julgamento da ADI 3.367. A questão é relevante no plano subjetivo porque formou a base do discurso público sobre o papel, funções e limites do Conselho, a partir da visão particular dos juízes sobre suas próprias funções e sobre o conteúdo de expressões como independência e controle, tudo sob a aparência do mito da neutralidade que cerca os juízes.

Sobre o “mito da neutralidade” há uma importante observação de John Griffith que merece ser trazida aqui:

Ao negar o mito da neutralidade, eu não estou preocupado em argumentar que juízes, como outras pessoas, tem suas próprias convicções políticas pessoais e, com maior ou menor entusiasmo, privadamente apoiam um ou outro dos partidos políticos e podem votar de acordo. O que importa é a função que eles desempenham e o papel que eles compreendem estar desempenhando na estrutura política. (GRIFFITH, 1997, p. 292)

Então, em arremate, diz ele:

Nem imparcialidade, nem independência, necessariamente envolve neutralidade. Juízes são parte da maquinaria de autoridade no interior do Estado e como tal não podem evitar a tomada de decisões políticas. O que importa é conhecer as bases em que essas decisões são tomadas. (GRIFFITH, 1997, p. 292-293)

A observação de Griffith é feita em sua tentativa de descrever e tornar compreensíveis o que ele chama de “políticas do judiciário”, ou seja, não as decisões em si, como resultado de uma preferência política particular dos juízes – ainda que esta seja existente – mas os fundamentos das decisões a partir dos interesses que “em sua visão”, a sociedade está fundada. (GRIFFITH, 1997, p. 8)

No caso da ADI 3367, o voto condutor do Ministro César Peluzo é naturalmente o que merece mais destaque. E embora ele tenha confirmado a constitucionalidade do CNJ, e rejeitado todos os pontos apontados pela AMB, não passa despercebido que em seus fundamentos de decisão ele utilizou mais vezes a palavra “independência” do que a palavra “controle”¹³², e a primeira quase todas as vezes em sentido afirmativo/normativo, enquanto a segunda quase sempre em sentido descritivo¹³³. O relator repetiu inúmeras vezes, ao longo do voto, que o CNJ é “órgão próprio do Poder Judiciário” assegurado pelo fato de ser “composto, na maioria, por membros desse mesmo Poder”, dado que a presença de membros indicados pela Câmara e pelo Senado seria “mera representação simbólica da instância legislativa”. (fl. 224)

Avançando, as funções de controle estipuladas pelo legislador – “sem profanar os limites constitucionais da independência do judiciário” – são apresentadas de modo que o Conselho assume o “proeminente papel de fiscal”¹³⁴, “a alta função política de aprimoramento do autogoverno do Judiciário” como um órgão capaz de “tecer críticas construtivas” para solução de problemas na base da “crise do Poder”. (fl. 230-231). Para em seguida apontar numa direção bastante diversa e até então não evidenciada

¹³² “Independência” ou a variação “independente” foi utilizada 35 vezes no voto, enquanto a palavra “controle” foi utilizada 30 vezes.

¹³³ Uma passagem ilustrativa no voto integrante do acórdão: “Ninguém tem dúvida de que não pode a independência do Judiciário, seja a externa, assim considerada a instituição perante os demais Poderes e órgãos de pressão, seja a interna, a dos magistrados entre si, estar sob nenhum risco próximo nem remoto, porque em resguardo da ordem jurídica e, ao cabo, da liberdade do povo, tal predicado constitui a fonte, o substrato e o suporte de todas as condições indispensáveis a que a atividade judicante seja exercida com imparcialidade[...]” (fl. 208) (grifo meu)

¹³⁴

no texto da emenda constitucional ao atribuir ao Conselho a função de “formulador de uma indeclinável política judiciária nacional”. Esse conjunto de manifestações evidenciam a visão do relator – que foi seguida pelos demais – da posição do CNJ como parte integrante do autogoverno judiciário, ou seja, como parte do exercício da autonomia do poder e não de sua contenção.

Diante do “real temor” de que a presença de não magistrados no Conselho pudesse se transformar em “instrumento de dominação política da magistratura”, o relator deixa claro que o “sistema” – e aqui só podemos compreender que refere ao judiciário como sistema – dispõe de “mecanismos aptos de defesa com força bastante para neutralizar riscos teóricos”. Em seguida sua ênfase aponta para a composição do conselho e a presença majoritária de juízes entre os membros entendendo que tal maioria constituiria “o primeiro elemento regulador da retidão e legitimidade do uso do poder de controle atribuído ao órgão”. (fl. 238)

Adiante o voto condutor antecipa também uma outra função do Conselho que descreve como “o poder de controle interno da constitucionalidade” de atos dos tribunais. Essa questão ficou mais evidenciada no julgamento da Pet 4.656, que será abordada em sequência. Ao comparar o julgamento com decisões anteriores do STF que haviam julgado inconstitucionais conselhos criados por estados-membros, reitera que o Conselho é “órgão de controle interno” do judiciário e, mais uma vez repetido de outra forma, “órgão judiciário”. (fl. 252-254).

Ao chegar ao ponto elevado de sua argumentação, o relator então expõe a razão política de seu posicionamento, em forma de uma “confissão”:

Devo confessar, porém, que, durante as esforçadas meditações em que, sobre o tema, pus à prova a minha consciência, foi outra a razão decisiva que, em remate, me seduziu e convenceu. E essa poderosa razão diz com a regra do art. 102, inc I, letra "r", que, introduzida, na Constituição da República, pela Emenda Constitucional 45, comete ao Supremo Tribunal Federal competência para, julgando ações, rever os atos praticados pelo Conselho Nacional de Justiça. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal: ADI 3367, p. 255-256).

No fechamento de raciocínio o relator afirma não ter experimentado “nenhum receio” de que a estruturação do Conselho “pudesse descambar” para “excessos” que embora “esporádicos” fossem “passíveis de alimentar um clima de insuportável intimidação”. A explicação merece ser citada:

E não experimentei porque [...] dei com a competência, atribuída a esta corte, de revisão da constitucionalidade e da legitimidade dos atos do Conselho Nacional de Justiça. Esta aí, nessa nobre tarefa que o constituinte derivado depositou nos ombros desta casa, a garantia última e específica que a obriga, como órgão supremo do Poder Judiciário e guardião da Constituição da República, a velar pela independência e imparcialidade dos juízes[...]. O Supremo Tribunal Federal é o fiador da independência e imparcialidade dos juízes, em defesa da ordem jurídica e da liberdade dos cidadãos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal: ADI 3367, p. 258). (grifo meu)

Os juízes são apresentados como os defensores da ordem jurídica e da liberdade. E o STF, pelo poder de rever a constitucionalidade e legitimidade (sic!) dos atos do Conselho, é apresentado como o fiador da independência e imparcialidade de todos os juízes. Para além do tom ufanista da afirmação, o que aparece é o uso do princípio da independência dos poderes, próprio da separação, transmutado em independência e imparcialidade dos juízes, utilizados como anteparo para justificar o *não controle* dos atos do judiciário pelos demais poderes e pelo povo. Essa transmutação só é completamente operada no nível em que toda e qualquer ação dos juízes é descrita como justiça (ou jurisdicional), uma ideia que subjaz a todo voto do relator e a todo o julgamento.

Desse fundamento surgiu, na ADI 3367 uma decisão relevante, sobretudo por seu significado político. Embora não houvesse qualquer questionamento na ação proposta pela AMB quanto à competência do CNJ para controlar atos administrativos do STF ou mesmo o cumprimento de deveres funcionais dos juízes da corte superior, a ementa do acórdão destacou a seguinte decisão:

O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal: ADI 3367, p. 198)

O círculo dessa proeminência foi mais tarde fechado com a aprovação da Emenda Constitucional 61/2009, que determinou como presidente do Conselho o presidente do STF. A análise da temática específica sobre a atuação do CNJ no controle do excesso de prazos foi abordada em outro ponto, mas apenas exemplificativamente, no Agravo Regimental em Mandado de Segurança 27.222 essa

decisão constante na ADI 3367 foi adotada como fundamento para impedir o controle de excesso de prazo atribuído a ministro do STF.

De certo, o que se tem é que a decisão transcrita foi tomada sem que houvesse pedido sobre ela ou qualquer debate explícito sobre o alcance das funções do Conselho, por simples dedução de que o Art. 92 estabeleceu uma ordem hierárquica entre os órgãos do judiciário que ele enumera. Uma hierarquia que não existe¹³⁵ e, existindo, só poderia ser compreendida pela ótica das funções jurisdicionais, coisa que o Conselho não teria¹³⁶.

Dos demais votos no julgamento da ADI 3367 que confirmaram a constitucionalidade da Emenda 45, pode-se sintetizar que concordaram e reforçaram o argumento político central da decisão, que viu o Conselho Nacional de Justiça como órgão interno ao judiciário e para exercício de controle interno. Em reforço a essa ideia, o Ministro Carlos Ayres Britto arrematou:

[...] o Conselho Nacional de Justiça é órgão do próprio Poder Judiciário, interno a ele, creio que não há de se falar de mais um mecanismo de freios e contrapesos, porque não se trata, aqui, de penetração de um Poder no outro. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal: ADI 3367, p. 361)

Houve uma evidente preocupação em deixar bastante marcada essa interpretação, embora ela pudesse parecer evidente de antemão. Mesmo a divergência apresentada por alguns ministros produzia uma convergência para este mesmo ponto. Os ministros Carlos Veloso e Ellen Gracie consideravam inconstitucional a presença de representantes indicados pelo parlamento, pelo Ministério Público e pela OAB como membros no Conselho; e o ministro Sepúlveda Pertence, considerava inconstitucional apenas a presença de representantes indicados pela Câmara e pelo Senado. Ou seja, tanto os ministros que consideravam

¹³⁵ Em sentido diverso: a) Luciano Da Ros (2013) fala em “[...] hierarquia clara no interior das instituições políticas, como é o caso do Poder Judiciário”, mas a observação deve ser tomada na ótica própria da ciência política, e considerada então como uma hierarquia política, e não jurídica, como uma determinação legal ou constitucional de submissão. b) o CPDOC da Fundação Getúlio Vargas, no verbete “Supremo Tribunal Federal” aborda a questão da reforma e afirma: “Em dezembro de 2004, a reforma do Judiciário foi, finalmente, aprovada, depois de 12 anos de tramitação nas duas casas legislativas. Com ela, instituiu-se o controle externo do Judiciário – na instituição do CNJ”. Disponível em <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/supremo-tribunal-federal-stf>

¹³⁶ A ser válido o raciocínio de que a disposição do art. 92 da Constituição Federal representa uma ordem hierárquica (e isso será melhor explorado adiante na análise da batalha pela competência) os tribunais e juizes dos estados estariam hierarquicamente sujeitos aos tribunais e juizes militares, pois lhe aparecem abaixo naquela ordem.

constitucional a presença de membros do conselho “não magistrados”, quanto aqueles que consideravam essa presença inconstitucional, tinham em mente a mesma posição: o Conselho entendido como órgão de controle interno do Judiciário, ou, mais precisamente, como um órgão integrante da estrutura institucional do judiciário.

Para fixar com precisão o problema surgido, porque ele impacta sobre a hipótese lançada, pode-se resumi-lo assim: (a) todos os ministros concordavam – e parece óbvio afirmá-lo pelo texto do art. 92 da CF – que o Conselho Nacional de Justiça foi criado como órgão do Poder Judiciário; (b) para os que consideravam que a composição do Conselho não feria a separação de poderes, a “maioria qualificada” de juízes era o alento e elemento suficiente; c) para os que consideravam a composição atacava a separação de poderes, a presença de integrantes de fora do judiciário – ainda que não necessariamente representando outros poderes – em um órgão da estrutura interna do poder judiciário, violava a Constituição.

A conclusão mais importante é aquela que não aparece em nenhuma parte do voto e da decisão, mas está nitidamente subjacente a ela: qualquer composição que não tivesse uma maioria qualificada de juízes, ou qualquer outra posição institucional do Conselho – fora da estrutura organizacional do Judiciário – seria tida, de forma unânime, como inconstitucional, e como violando a separação de poderes.

Esta posição fica mais evidente se considerarmos que o mesmo STF procurou influenciar a decisão do Congresso em relação à reforma e particularmente quanto à composição do Conselho. Ao votar, o ministro Carlos Veloso refere a ocorrência de uma “sessão administrativa” do Supremo Tribunal Federal em que o assunto foi explicitamente debatido¹³⁷. Na referida sessão administrativa, ainda segundo Veloso, 7 dos 11 ministros manifestaram posição contrária à presença de membros no conselho indicados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal^{138, 139}. Maria Tereza Sadek refere esta mesma reunião da seguinte forma:

¹³⁷ A primeira menção a essa sessão aparece na pág. 334 do processo/acórdão.

¹³⁸ “Na sessão administrativa convocada pela presidência, os Srs. Ministros MAURÍCIO CORRÊA, eu próprio, MARCO AURÉLIO, ELLEN GRACIE, GILMAR MENDES E CESAR PELUSO votamos contra a inclusão, no Conselho, dos não-magistrados, representantes do Senado, da Câmara, dos advogados e dos membros do Ministério Público. Seis Ministros, portanto. A estes votos acresceu, em parte, o voto do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, que inadmitia os representantes do Senado e da Câmara, mas admitia os advogados e membros do Ministério Público. Sete Ministros, portanto, não admitiam os representantes da Câmara e do Senado”. (pág. 339)

¹³⁹ Essa informação é repetida pelo Ministro Alexandre Moraes no julgamento da Pet 4770, nos seguintes termos: “Todos com certeza se recordam, o próprio Supremo Tribunal Federal - é importante aqui recordar -, em fevereiro

Os onze ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram no dia 5 de fevereiro de 2004 fixar posição institucional contra o controle externo do Poder Judiciário. A decisão não foi unânime. Na votação reservada, seis ministros manifestaram-se contra a fiscalização externa, quatro a favor e um admitiu um controle exercido apenas por magistrados e integrantes do Ministério Público e da Ordem dos advogados do Brasil. Trata-se de posição institucional informada oficialmente ao Senado pelo presidente do STF. A maioria dos ministros entendeu que o conselho deve ser criado, mas integrado apenas por magistrados. (SADEK, 2004, p. 38)¹⁴⁰

Essa participação dos ministros nos momentos constitucionais, como “opinantes constitucionais” – que já foi objeto de análise de Andrei Koerner e Lígia Barros de Freitas – não é propriamente uma novidade, pois ocorrera, de forma importante também nos debates da Assembleia Nacional Constituinte:

Em nome da instituição, eles enunciam juízos informais – sem qualquer processo judicial– acerca das controvérsias políticas, procurando determinar seu sentido jurídico-constitucional e assim orientar a direção do processo político. (KOERNER e FREITAS, 2013, p. 142)

Esse estudo de KOERNER e FREITAS (2013) concluíram pela existência, no momento da Constituinte, de uma aliança com “conservadores” que trouxe como resultado pela concentração de poderes e papéis institucionais no STF “acentuando seu insulamento institucional, sem controles ou participações externos”. (p. 178)

Apesar de ter prevalecido o reconhecimento da constitucionalidade da inclusão de membros “não-magistrados” no Conselho, a decisão da ADI 3367 demarcou linhas muito expressivas em relação aos limites da atuação do Conselho que seriam sistematicamente invocadas nos anos seguintes nos julgamentos do próprio STF de ações envolvendo atos e decisões do CNJ.

Mas a questão que resta colocar é a seguinte: se para o STF o único controle admitido sobre o judiciário é o controle pelas mesmas mãos que dirigem o poder, de modo que qualquer mecanismo institucional para este controle deve ser exercido por

de 2004, antes da promulgação da Emenda nº 45, em dezembro de 2004, em sessão administrativa, postou-se, por maioria, contra a criação do CNJ, dizendo que isso poderia ser uma invasão à autonomia e independência do Poder Judiciário”. (p. 5 do voto)

¹⁴⁰ Sadek (2004) também recorda que posição igual foi tomada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) por 21 x 6 em 16 de fevereiro de 2004 e que o presidente do TST, Francisco Fausto, em artigo publicado no jornal Folha de São Paulo em 16/11/2003 defendeu que o “Judiciário é um poder de Estado e não pode sofrer controle externo”. (p. 38)

um órgão integrante do judiciário, então a possibilidade de controle e limitação do poder do judiciário ainda seria possível? Em outras palavras, isso poderia equivaler a uma separação de poderes em forma pura. Mas uma separação de poderes em forma pura não só exigiria outro arranjo institucional do judiciário, como daria ainda mais legitimidade a instrumentos de contenção do judiciário pelos demais poderes, retirando por exemplo, sua legitimidade para tomada de decisões políticas, a começar pela tormentosa questão do controle de constitucionalidade.

A resposta para a questão acima pode se abrir em duas direções complementares: a primeira diz respeito ao conteúdo próprio da Constituição Federal de 1988 e ao arranjo por ela estipulado para a separação dos poderes; a segunda tem a ver com a democracia e com a expressão da soberania do povo na legislação, da qual os juízes são apenas aplicadores.

Sobre o primeiro vetor – o arranjo da separação de poderes na Constituição – pode-se perguntar então: a disposição contida no art. 2º de que “são poderes independentes e harmônicos entre si o legislativo o executivo e o judiciário”, e particularmente da ideia de que cada poder é independente, se extrai que não podem limitar um ao outro? A Constituição tem uma série de exemplos, frequentemente citados, para demonstrar que não é bem assim. Poderíamos recorrer à teoria dos freios e contrapesos dos federalistas, ou mesmos mais especificamente à ideia de Hamilton, subjacente aos *checks and balances* de que o que importa que nenhum poder pode enfeixar a *totalidade* do outro poder¹⁴¹. Se paramos nessa teoria – cuja base é conservadora e é constantemente invocada para justificar a atuação do poder judiciário – em que a existência de um Conselho Nacional de Justiça composto apenas por membros indicados pelo Legislativo, para o controle da atividade administrativa do judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes violaria a separação dos poderes e, portanto, a cláusula pétrea do art. 60 § 4º.? Somente sob a perspectiva de que independência significa ausência de controle – ou sob a visão formalista

¹⁴¹ Um exemplo pode ser encontrado nesta frase do Ministro Joaquim Barbosa durante o julgamento da ADI 3367: É preciso lembrar, ademais, que a composição do Conselho Nacional de Justiça é largamente dominada por membros do Judiciário. E isso é bastante sintomático, pois impede, como já antecipado por Hamilton, que "todo" o poder de um dos ramos "seja concentrado nas mesmas mãos que enfeixam 'todo' o poder de outro ramo". Dela se extrai que uma composição do CNJ apenas por membros externos ao judiciário, pelo legislativo, por exemplo, representaria transferir para esse mesmo legislativo “todo” o poder do Judiciário.

denunciada por Carl Schmitt de que tudo o que um juiz faz é justiça – poderia fazer sentido o argumento de que uma tal composição viola a separação de poderes.

Uma ideia assim não poderia surgir em Montesquieu pelo simples fato de que ele não via o judiciário como um corpo permanente, tal qual ocorre hoje. Nem poderia surgir em Hamilton, pois sua perspicaz formulação teórica de que o judiciário era o ramo “menos perigoso” fundamentava exatamente sua defesa de que era um poder a não ser controlado.

Se se admite que o Conselho seria (ou é) uma instância encarregada da elaboração de políticas judiciárias ou de políticas para o judiciário, como se viu no capítulo 3, as perguntas anteriores não mudam de sentido. Estabelecer uma “política” sobre como o judiciário deve funcionar para assegurar o mais adequado cumprimento da lei é um tipo de decisão que somente pode ser tomada pelos próprios membros do Judiciário? A participação de pessoas externas ao judiciário ou mesmo de outros dos poderes nessa elaboração e aprovação feriria a separação dos poderes? A respostas positiva só seria possível se pensarmos que uma tal política representasse a possibilidade de o judiciário agir à margem ou fora da lei. Mais do que isso, se o papel do Conselho é formular políticas para que o Judiciário cumpra melhor sua função de julgar então talvez não haja sentido algum em que ele seja formado exclusivamente ou majoritariamente por juízes, e mais ainda se justificaria que ele fosse formado majoritariamente ou exclusivamente por não-juízes. Mais ainda: poderíamos nos perguntar até mesmo sobre a necessidade de existência de um tal conselho, visto que está evidente que decisões da natureza das que enunciamos acima, na forma de elaboração de leis, pertenceriam ao Legislativo.

Para ilustrar, Jeremy Waldron associa à separação de poderes um conjunto de cinco (5) princípios que trabalham – em conjunto ou separadamente – como pedras de toque da legitimidade política, sendo um destes princípios “Princípio 1: O princípio da separação de poderes (isto é, das funções de governo) uns dos outros”. E sobre esse princípio, ele diz:

A distinção de poderes sob o Princípio 1 – se ele faz algum sentido – é dada a nós por uma teoria de governança articulada que distingue essas funções pelo que elas são, não pelo que elas poder fazer para controlar uma à outra. Deliberação judicial ordinária é diferente de legislar, e a diferença é importante – importante, como eu vou dizer, para o estado de direito – e permaneceria importante nesse terreno

independente de se o poder judicial foi também concebido como um meio de limitar legislaturas. (WALDRON, 2016, p. 51)

O que se pode refletir aqui é que estabelecer políticas para o (bom) funcionamento do judiciário é bastante diferente de aplicar a lei a um caso concreto. A legislação circunscreve os limites da ação dos indivíduos em sociedade, assim como pode (ou deveria poder) circunscrever os comandos para o (bom) funcionamento do judiciário. Isso ocorre tranquilamente no tocante às leis processuais. Pode-se até se perguntar sobre a conveniência de atribuir à lei a descrição de tais minúncias (se forem minúncias) sobre o (bom) funcionamento do judiciário para a (melhor) aplicação da lei. Mas pode ser inescapável concluir que um tal regramento, seja estipulado por um Conselho concebido como órgão interno ao judiciário, seja por um Conselho composto por não-juízes, seja pelo próprio parlamento, não estaria, em nenhum caso, ferindo a separação dos poderes prevista na Constituição Federal de 1988¹⁴². É o que expressam Bercovici e Lima (2019):

Podemos concluir, portanto, que um maior “controle” do Poder Judiciário por parte do Poder Legislativo não fere a “separação de poderes”. Pelo contrário, o que se opõe a toda tradição constitucionalista de “separação dos poderes” é, justamente, a falta de controle do Poder Judiciário.

O segundo vetor de resposta aponta na direção da democracia e a posição de supremacia do Legislativo em relação aos demais poderes e particularmente em relação ao Judiciário. Ingeborg Maus (2010) sustenta que num arranjo democrático de separação dos poderes, o legislativo é, inevitavelmente, predominância sobre os demais:

Portanto, o fato de o esquema democrático de separação dos poderes repousar essencialmente na oposição entre soberania e poder estatal explica também por que o legislativo, em sentido estrito, não é um

¹⁴² Fábio Konder Comparato, por exemplo, sustenta que tal controle, que ele adjetiva como “externo”, não deveria ser exercido por órgãos do Legislativo e sim por um órgão à parte: “O ideal seria instituir um outro órgão de representação popular, tanto no nível federal, quanto no estadual, com a competência exclusiva de exercer todas as funções de fiscalização e inquérito atualmente atribuídas aos órgãos legislativos além da supervisão permanente do funcionamento do Poder Judiciário. A segunda melhor solução seria instituir, na União, em cada Estado e no Distrito Federal, um órgão de controle, composto de agentes das funções essenciais da Justiça, a saber, o Ministério Público e a advocacia (nesta incluídas a advocacia e a defensoria públicas). Esse órgão teria a incumbência de verificar o cumprimento, por todos os magistrados, inclusive os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos deveres funcionais declarados em lei (atualmente, arts. 35 e seguintes da Lei Orgânica da Magistratura), e de encaminhar as conclusões de seus inquéritos às autoridades competentes para a aplicação das sanções legais”.

“poder”, mas uma “soberania” e justifica sua dominância no assim chamado sistema de separação de poderes, que tem por pretensão a legalização excessiva do poder estatal. (p. 139) (grifo meu)

Esta definição do legislativo como soberania, remete a Kant e à sua *Metafísica dos costumes*, e sua concepção sobre a separação dos poderes:

Cada Estado contém em si três poderes, isto é, a vontade universal unificada em uma tríplice pessoa (trias política): o poder soberano (a soberania) na pessoa do legislador, o poder executivo na pessoa do governante (seguindo a lei) e o poder judiciário (adjudicando o seu de cada um segundo a lei) na pessoa do juiz (potestas legislativa, rectoria et iudiciaria), como as três proposições de um silogismo da razão prática – a premissa maior, que contém a lei daquela vontade, a premissa menor, que contém o comando de proceder segundo a lei, isto é, o princípio de subsunção sob a maior, e a conclusão, que contém o veredicto jurídico (a sentença) daquilo que é de direito no caso em questão. (KANT, 2013, p. 105) (grifo meu)

Com esse mesmo fundamento Gilberto Bercovici e Martônio Lima (2019) sustentam que o judiciário e o STF “podem e devem ser controlados”, e que “a ‘separação de poderes’ não é ameaçada pelo maior controle do Poder Judiciário por parte do Poder Legislativo”.

É o reconhecimento dessa característica da democracia, que reconhece a distinção entre a soberania – residente no legislativo – e os demais poderes, que vai, segundo Ingeborg Maus (2010), impedir a autoprogramação:

Pode-se resumir preliminarmente que apenas um Estado de Direito cujo esquema de separação dos poderes repousa na estrita separação de funções entre soberania e poder não é adversário da democracia, mas, ao contrário, condição absoluta da possibilidade de democracia.

Por fim, é preciso considerar que a posição constitucional produzida pela reforma e modulada pela decisão do STF na ADI 3367 inverteu os pólos da relação. De controlador, o CNJ passou a controlado. Com a inserção do Conselho como órgão interno ao judiciário e seu enquadramento – pelo STF – em posição hierárquica inferior àquele, o CNJ foi limitado e reduzido o seu papel. Sujeito ao controle judicial do STF ele perde capacidade de impor limites ou restrições a juízes e tribunais.

Mas a ideia segunda qual o CNJ não pode controlar atos do STF não parece fazer sentido algum. Se o controle é de “atividade administrativa” e “do cumprimento dos deveres funcionais” e não da “atividade jurisdicional”, que sentido haveria em afirmar a não possibilidade de controle? A problemática da sobreposição hierárquica, decorrente da interpretação produzida pelo STF sobre a posição institucional do CNJ, induz alguma confusão, e fica mais visível na discussão e decisão sobre a competência, como se verá adiante.

5.2. A POSIÇÃO INSTITUCIONAL DO CNJ – E A BATALHA DA COMPETÊNCIA

A definição do Conselho Nacional de Justiça como órgão interno ao Judiciário, bem como o enquadramento de sua posição como hierarquicamente inferior ao STF, bem como a fixação dos limites de sua atuação na esfera administrativa gestou um desdobramento de interpretações jurisprudenciais sobre as competências. Esse debate – por óbvio que seja, é preciso repetir – ocorre no interior do Judiciário, entre Tribunais. Ele envolve uma questão que exponho da seguinte maneira: quem tem competência para decidir sobre as decisões do Conselho?

A questão da competência envolve, na doutrina do direito processual, a definição acerca do detentor do “poder” para “exercer a atividade jurisdicional”. (LAMY e RODRIGUES, 2019, p. 173)

A questão da competência responde à pergunta sobre quem tem o poder de decidir. No cotidiano processual do judiciário a definição da competência responde sobre que juiz irá exercer a jurisdição, e essa é uma definição normativa. Em questões constitucionais o problema da competência é mais complexo e envolve a própria separação de poderes. A usurpação do poder é uma usurpação da competência, do que compete a cada um fazer: competência e poder tornam-se sinônimos.

No caso do judiciário, a competência pode ser algo dado, previsto normativamente na lei, ou na constituição. Mas pode também ser objeto de uma decisão sobre a própria extensão do poder, preenchendo um espaço jurídico-político vazio em uma situação de crise, ou em outra situação concreta, contendo ou expandindo o próprio poder.

Talvez o exemplo mais evidente dessa questão continue sendo o julgamento do caso *Marbury x Madison* pela Suprema Corte dos EUA. Revisando a questão Luiz R. Barroso (2019), descreve a questão de poder político que cerca o julgamento:

É indiscutível que o voto de Marshall reflete, intensamente, as circunstâncias políticas de seu prolator. Ao estabelecer a competência do Judiciário para rever os atos do Executivo e do Legislativo à luz da Constituição, era o seu próprio poder que estava demarcando, poder que, aliás, viria a exercer pelos trinta e quatro longos anos em que permaneceu na presidência da Corte. (BARROSO, 2019, p. 31)

É claro que nem o momento histórico, nem as constituições têm o mesmo componente básico. A Constituição Federal de 1988 é tida como uma constituição analítica e rígida. O conjunto de competências é bastante detalhado no texto constitucional. No entanto o problema do reconhecimento positivo da competência – no que nos interessa aqui, aquele protagonizado pelo STF – permanece com o mesmo significado político: a demarcação da própria extensão do poder.

Na polêmica sobre o “guardião da Constituição” Carl Schmitt (2007) faz uma observação sobre a busca pelo exercício do poder de decidir, na forma de busca de competências. Ele reflete sobre como se definiria o conteúdo de uma “divergência constitucional”, primeira condição para a existência de uma jurisdição constitucional. A ausência da definição de divergência constitucional, diria Schmitt, permitiria que o próprio tribunal o fizesse, e isso “significaria que o tribunal do Estado busca suas competências”, e conclui:

Em si, é totalmente possível criar um órgão que desenvolva suas competências e poderes de tal forma. Faz parte até mesmo dos fenômenos típicos da vida constitucional que um órgão que se torna consciente de sua influência política amplie cada vez mais o âmbito de seus poderes. (SCHMITT, 2007, p. 72)

Abstraídos o contexto histórico próprio as intenções de Schmitt, sua crítica continua válida e atual. Oscar Vilhena (2008), por exemplo, considera que uma das razões da ocorrência do que ele descreve como “supremocracia” é o conjunto ampliado de competências atribuídas ao STF pela Constituição de 1988.

Mas é preciso considerar que há dois níveis diferentes de problematização quanto à competência: (1) em primeiro plano a assunção de competências não expressamente previstas e tomadas como resultado lógico da separação de poderes

e da função primordial de “guarda da constituição”, cobrindo genericamente a tomada de competência. É exemplo dessa, a competência do STF, assumida a partir do julgamento da ADI 939, para julgar a constitucionalidade de emendas à constituição¹⁴³; (2) em segundo lugar há também a possibilidade de decisões de reconhecimento de competência ou recusa com base em eventuais espaços nas normas definidoras ou a partir a interpretação sobre a extensão da competência atribuída.

Vou me ater aqui, por hora, à segunda hipótese, para verificar como a questão da competência do STF impacta sobre a atuação do Conselho Nacional de Justiça, averiguando situações: 1º. Em que a Suprema Corte assume ou repele a competência para julgamento de ações envolvendo o Conselho; 2º. Em que o STF transfere ou delega competência para Conselho; 3º. Em que o Supremo define a extensão das competências do CNJ.

5.2.1. Assumindo, repelindo e modulando a competência – o caso da Pet 4770 e seus antecedentes

A despeito de as normas legais e constitucionais especificarem as distribuições de competências, não é incomum que haja divergências acerca de quem é a “autoridade competente” a que se refere o inciso LII do art. 5º da Constituição Federal. O conflito de competência é previsto no Código de Processo Civil quando dois ou mais juízes se consideram competentes, ou incompetentes para julgar um dado processo.

O tema da competência, como já indicado acima, tem outra tonalidade quando se trata de uma definição da Suprema Corte sobre ser ou não sua competência decidir sobre dado assunto. Não há conflito de competências, mas uma definição pura e simples de afirmação ou negação de sua própria autoridade em relação a um caso concreto ou a outra autoridade ou poder do Estado.

¹⁴³ Em 2011 a iniciativa de uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC 33) prevendo que a decisão do STF que declarasse inconstitucional uma emenda à Constituição fosse apreciada pelo Congresso, gerou forte contestação de ministros do STF, numa clara tensão para assegurar sua competência para a questão. <https://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/ministros-criticam-pec-que-autoriza-legislativo-vetar-decisoes-do-stf.html> (acesso em 19.02.2022) ; houve também contestação por parte das associações de juizes: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-25/associacoes-constestam-pec-submete-decisoes-stf-congresso> (acesso em 19.02.2022)

Quando se diz *afirmação ou negação* da própria autoridade, não se está referindo a autocontenção ou deferência. A autocontenção implica uma relativa abstenção em ir além, uma concessão de oportunidade para que os conflitos constitucionais sejam solucionados fora dos tribunais, reduzindo o nível de atuação judicial. (GROSTEIN, 2021)

Júlio Grostein (2021) considera que:

[...] interpretações de disposições normativas previamente existentes e que conduzam ao mesmo resultado limitador não se qualificam como medidas de autorrestrrição judicial, posto não decorrerem da atitude unilateral do órgão judicial em conter a sua possibilidade de atuação. (p. 47)

É a este tipo de restrição que se está referindo. Não cabem aqui maiores digressões sobre as definições de autocontenção e seus resultados ou mesmo concordância ou discordância com tais definições. O que se pode dizer é que mesmo que a interpretação de normas não represente autocontenção, ainda assim é possível que dela se produzam decisões alargando ou restringindo o alcance da própria competência e exercício do poder. O que é ainda mais verdade para aquelas compreensões doutrinárias que consideram a interpretação não como extração mas sim como atribuição de conteúdo à norma¹⁴⁴.

É o que podemos encontrar no caso das decisões do STF no caso da competência para as ações ajuizadas contra do Conselho Nacional de Justiça. O Art. 102 da Constituição estabelece que compete ao STF “processar e julgar originariamente”: “r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público”.

A disposição sobre a competência acompanha a lógica de submissão do Conselho ao STF dada a sua posição institucional interna ao judiciário e hierarquicamente abaixo do Supremo Tribunal Federal. No entanto, ao longo dos

¹⁴⁴ “É preciso abandonar, pois, a ideia, tradicionalmente aceita, de que a interpretação é um ato praticado sem qualquer subjetividade por parte daquele que realiza tal operação. Esse (suposto) ideal (jamais alcançado) encontra-se sepultado, admitindo-se, amplamente, a presença de grande margem de vontade na interpretação⁴⁵¹. A interpretação não é uma atividade descritiva, mas sim construtiva; não se “extrai” o significado do enunciado normativo, como pretendia a clássica teoria do Direito a partir de Blackstone e que foi reforçada por ideologias e correntes teóricas ao longo da História, como a jurisprudência dos conceitos, o textualismo e, em parte, o originalismo nos EUA. A interpretação é “atribuição” de conteúdo, sentido e objetivo, por parte daquele que procede na delicada tarefa hermenêutica”. (TAVARES, 2022, p. 89) (grifo meu)

anos, travou-se no STF intenso debate sobre o alcance de tal disposição, a partir de diferentes interpretações estabelecidas sobre o dispositivo da Constituição.

A síntese da polêmica pode ser estabelecida no julgamento da Pet 4770, no ano de 2020, mas inicia bem antes. Na decisão da Ação Originária 1706, em 2013, o plenário do STF afirmou que a competência originária prevista no art. 102, I, r estaria limitada às ações chamadas “constitucionais”, ou seja, habeas corpus, habeas data, mandado de injunção e mandado de segurança, excluindo as demais ações, como o caso daquela em julgamento, uma ação ordinária.

Essa mesma linha de decisão foi reproduzida no julgamento da Questão de Ordem em Ação Originária 1814. Nela o tribunal afirmou a competência da Justiça Federal para o julgamento de ações contra o CNJ, com base no art. 109, I da CF, e determinou a competência do Supremo “apenas para o mandado de segurança”.

Apesar dessa decisão ter sido unânime, o Ministro Dias Toffoli apresentou um voto em que propunha alterações do posicionamento do tribunal, entendendo que a competência deveria ser definida não pela via de ação utilizada, mas pelo seu conteúdo. Sua síntese afirmava:

o que aqui faço – em acato à sugestão do eminente Min. Gilmar Mendes – para definir que a competência originária deste Supremo Tribunal estabelecida naquela reforma constitucional, nas palavras de Sua Excelência, “alcança apenas os atos do Conselho Nacional de Justiça consistentes em deliberações normativas ou regulamentares de caráter geral e deliberações positivas de caráter disciplinar incidentes diretamente sobre membros da magistratura”. (grifo meu)

É importante notar, sobre esse voto que, se por um lado a posição que ele expressa assegura alguma centralização quanto ao controle e quanto à autoridade do CNJ – pois se fundamenta na ideia de não submissão de atos do Conselho a juízes de primeiro grau ou tribunais a ele submetidos – por outro reafirma a posição de inferioridade hierárquica, e reafirma a subordinação do CNJ ao STF, em qualquer sentido. E mais, confirma a ambiguidade produzida na reforma em decorrência da confusa combinação entre a tentativa de controle social e a pressão de juízes e tribunais para o não controle. Ao definir o CNJ como órgão interno ao judiciário a reforma produziu um desarranjo institucional: um órgão de controle cuja autoridade pode ser questionada judicialmente perante a Suprema Corte ou perante um juiz da Justiça Federal. Ora um, ora outro. Aliás, essa problemática aparece exatamente por

conta dessa posição institucional do Conselho como órgão interno ao judiciário. Especulativamente se poderia perguntar qual seria a posição do STF se o Conselho, ao invés de órgão interno, estivesse fora da estrutura do judiciário. Independentemente da resposta a esta especulação, é fato que ao internalizar o Conselho no judiciário, produziu-se uma estranha simbiose de interesses e visões de juízes e tribunais cujas balizas limitadoras são também juízes e tribunais.

O debate da competência voltaria à tona nos anos seguintes, no julgamento em outras ações. A Associação dos Magistrados Brasileiros, que na AO-1814 havia atuado em defesa da competência da Justiça Federal, e não do STF, ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4412, que foi julgada juntamente com a Pet 4770. Na ADI 4412 a AMB pediu a declaração de inconstitucionalidade do artigo 106 do Regimento Interno do CNJ, o que já havia sido suscitado também na AO-1814. A Pet 4770 e a ADI 4412 foram julgadas apenas em 2020. Antes de passar a elas, convém recordar outra decisão.

No julgamento da Pet 4656 o STF voltou a discutir a questão da competência, desta vez realizando uma “mitigação da interpretação restritiva” que havia sido fixada na AO-1814. Em suma, na Pet 4656 o plenário do STF reconheceu sua competência para julgar uma ação ordinária ajuizada contra o Conselho Nacional de Justiça. Essa hipótese havia sido rejeitada unanimemente na AO-1814, dois anos antes, e agora era, por maioria – com apenas um voto contra – aceita pelo Tribunal.

Nesse intervalo, inúmeras ações foram julgadas pelo Supremo nas quais foi tratada a questão da competência. Assim como depois do julgamento da Pet 4656 o assunto continuou sendo decidido de maneiras diferentes. Um dos exemplos emblemáticos da discussão é o Agravo Regimental na Reclamação 15.564. Na origem do agravo e da reclamação estava uma ação ordinária ajuizada pelo Sindicato dos Servidores da Justiça Federal do Paraná e pelo Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, contra a Resolução 151 do Conselho Nacional de Justiça que determinada a divulgação dos vencimentos, diárias, e outras indenizações pagas a juízes e demais servidores do judiciário na página dos tribunais na internet.

A ação ordinária foi ajuizada contra a União, na Justiça Federal, sob a regra do artigo 109, I da Constituição. A União ajuizou reclamação contra a decisão. A reclamação foi rejeitada monocraticamente pela Ministra Rosa Weber, que

considerava que a ação ordinária não era competência do Supremo Tribunal Federal, como havia sido decidido na AO-1814 e outros julgamentos.

No julgamento da Reclamação 15.564 prevaleceu a decisão de que a competência, no caso, seria do STF e não da Justiça Federal, em argumento semelhante àquele levantado no julgamento da Pet 4656. O julgamento também revela explicitamente o argumento a favor da construção “hermenêutica” das competências do STF:

As cláusulas constitucionais que definem a competência originária do Supremo Tribunal Federal estão sujeitas à construção exegética de seu alcance e significado. É que a natureza expressa e taxativa das atribuições da Corte não afasta o labor hermenêutico para definir seu campo de incidência. Em outros termos, as competências insculpidas no art. 102 da Carta da República não consubstanciam molduras rígidas ou inflexíveis, mas espelham tipos normativos sujeitos à conformação por esta Suprema Corte. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgReg na Rcl 15.564, p. 2) (grifo meu)

A passagem reflete seguramente uma posição de cunho mais abrangente nas decisões do STF, mas serve também como justificativa para a tarefa específica de decidir *se* e *quando* aquele tribunal considera que deva intervir em decisões do Conselho e quando considera que não deva intervir.

O julgamento da Reclamação 15.564 é do ano de 2019. Em 2020 o STF voltaria a decidir sobre sua competência em relação ao CNJ no julgamento da Pet 4770. A decisão fixou a seguinte tese:

Nos termos do artigo 102, inciso I, r, da Constituição Federal, é competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, todas as ações ajuizadas contra decisões do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público proferidas no exercício de suas competências constitucionais, respectivamente, previstas nos artigos 103-B, § 4º, e 130-A, § 2º, da Constituição Federal.

A decisão e tese – cujo relator foi o Ministro Luiz Roberto Barroso – de que “todas” as ações ajuizadas contra decisões do CNJ estariam submetidas à competência do STF aparentemente colocava um ponto final na questão. No entanto, a referência a “todas as ações” foi complementada: “proferidas no exercício de suas competências constitucionais”. O percurso dos votos e os fundamentos da decisão sintetizados na ementa mostram então que o STF manteve a possibilidade de ações

não serem de competência do tribunal quando não ataquem decisões do Conselho que reflitam o “exercício de suas competências constitucionais”.

Ao afirmar a competência para “todas as ações” o julgador faz, no entanto, uma advertência, de que “isso não significa” que o tribunal iria afirmar “a sua competência para conhecer de toda e qualquer ação ordinária contra atos do CNJ”. Então “a regra de competência em questão deve ser interpretada de acordo com os fins que justificaram sua edição”.

Parte dos argumentos da decisão foram aportados pelo Ministro Gilmar Mendes que incorporou a ideia de que as ações de competência do STF seriam aquelas “que envolvam atos do CNJ relacionados com sua atividade-fim”. Essa ideia trouxe à baila a interpretação de que nem toda decisão do Conselho implica realização de atividade fim. O que seriam decisões relacionadas à atividade fim? A sequência do raciocínio do ministro está exposta assim:

Essa parece ser, exemplificativamente, a situação das ações relacionadas a (i) atos de caráter normativo ou regulamentar que traçam modelos de políticas nacionais no âmbito do Judiciário; (ii) decisões que desconstituam ato normativo de tribunal local; (iii) decisões que envolvam interesse direto e exclusivo de todos os membros do Poder Judiciário, consubstanciado em seus direitos, garantias e deveres; ou ainda (iv) que versem sobre serventias judiciais e extrajudiciais.

Este raciocínio já havia sido esboçado no ano de 2015, no julgamento da Reclamação 15.551, considerando que a competência do STF estaria posta quando se tratasse de atos do Conselho “relacionados com suas competências constitucionais”. Aquilo que foi descrito pela ministra Carmen Lúcia, relatora daquele caso, como “atividade fim”.

No julgamento da Pet 4770 a referência à “atividade fim” foi retomada. O ministro Cássio Nunes Marques levantou o problema da imprecisão da expressão, mas sua conclusão foi que o texto do artigo 103-B § 4º fornece “a clareza e a segurança necessárias para delimitação das atividades que [...] atraem a competência desta Corte Suprema”. Sob essa ótica, que, diga-se, prevaleceu na decisão, seria competência do STF julgar “todas as ações” em que estejam presentes atos do CNJ vistos como atividade fim, ou seja, a previsão do artigo 103-B §4º. Na verdade o

dispositivo constitucional citado contém a descrição de todas as competências do Conselho¹⁴⁵.

Na sequência, o ministro Nunes Marques considera que o tema em questão na Pet 4770 – sobre serventias extrajudiciais – se insere nas “atividades-fim” do CNJ e faz uma intrigante demarcação de atividades que não seriam finalísticas do Conselho e, portanto, poderiam ser julgadas pelos juízes e tribunais intermediários:

[...] não podem ser compreendidas na mesma categoria de concursos públicos e licitações, atividades, essas sim, de natureza estritamente administrativa e burocrática, que podem ser perfeitamente apreciadas pelos demais órgãos do Poder Judiciário sem risco de subversão da lógica constitucional de repartição de competências e da nulificação das elevadas atividades fiscalizatórias e disciplinadoras do Conselho Nacional de Justiça. (grifo meu)

O ministro Alexandre Moraes defendeu que uma das razões para o reconhecimento da constitucionalidade do CNJ no julgamento da ADI 3367 foi a possibilidade de o STF fazer o controle judicial das decisões do Conselho. Lembrou também que a jurisprudência do STF mudou com o tempo: em primeiro momento assumindo a competência para todas as ações contra o CNJ, num segundo momento em “jurisprudência defensiva”¹⁴⁶ reconhecendo a competência apenas para as ações “mandamentais”.

¹⁴⁵ A conclusão da explicação do ministro Cássio Nunes Marques é a seguinte: “Em suma: todas as atividades descritas no art. 103-B, § 4º, da CF constituem o que se convencionou chamar de “atividade-fim” e, por conseguinte, todas as ações que tenham como causa de pedir referidas atividades estarão compreendidas na competência desta Corte Suprema, por força do art. 102, I, “r”, da Constituição da República”.

¹⁴⁶ A questão da jurisprudência defensiva merece uma melhor análise, talvez não compatível com o presente trabalho. Mas na medida em que ele aparece como um mecanismo de gestão dos processos, ou seja, um ato de administração muito mais do que um ato jurisdicional, é importante destacar o fenômeno. Não se encontram estudos abalizados que definam a jurisprudência defensiva. Thiago César Carvalho dos Santos (2017) a define como: “um excesso de rigorismo processual e procedimental que tem por propósito desviar-se da análise de mérito das demandas. Assim, se apresenta como o conjunto de decisões que ampliam hipóteses de não conhecimento de recursos”. (p. 217) Nessa senda, Willian Pugliese (2018) utiliza uma manifestação do ex-ministro Humberto de Barros (STJ), definindo a jurisprudência defensiva como “a criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos’ dirigidos àquela Corte”. Este último autor utiliza a ideia de “discrecionalidade guiada” de Neil MacCormick, para afirmar que a ideia de julgamento *contra legem* não é suficiente para “contestar a jurisprudência defensiva”. Sua justificativa: “Na verdade, a existência de entendimentos dos tribunais contrários à previsão legal é razoável diante de um ordenamento jurídico que admite a coexistência de regras e princípios”. O argumento de Pugliese induz à ideia de que sob uma ótica jurídica a “jurisprudência defensiva” seria admissível, ainda que contrariando a lei, posto que balizada pelo cumprimento dos princípios ou “valores” apontados por MacCormick. A conclusão é relevante: “Nesta linha, a segunda consideração a ser feita é justamente a de que, desde sua gênese, a jurisprudência defensiva tem como principal objetivo a redução do número de processos nos tribunais superiores. Os demais argumentos jurídicos que acompanham as decisões que privilegiam os critérios formais e não conhecem dos recursos são apenas um complemento para o real objetivo das Cortes. Por isso, por mais que se pretenda contestar juridicamente as técnicas de jurisprudência defensiva, os argumentos exclusivamente jurídicos não se mostram suficientes para demover a

Do voto do ministro Moraes vale destacar sobretudo, porque interessa diretamente aqui, a explicitação de uma tese subjacente ao julgamento da ADI 3367, qual seja, que um dos pontos cruciais para o reconhecimento da constitucionalidade da criação do CNJ pelo STF foi exatamente o fato de que o STF seria o responsável pelo “controle” jurisdicional da atuação do CNJ:

Naquele momento, o Supremo reconheceu a constitucionalidade do CNJ como órgão administrativo interno do Poder Judiciário - não controle externo. Um dos três pontos principais desse reconhecimento foi exatamente que o Supremo Tribunal Federal não só não estaria submetido ao Conselho Nacional de Justiça, como, como órgão máximo do Poder Judiciário, realizaria a ampla revisão judicial de todas as decisões do CNJ. Isso foi um ponto definidor da constitucionalidade do CNJ. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 4770, p. 7 do voto)

Em resumo, esta afirmação confirma a situação antes mencionada. O STF ao decidir pela constitucionalidade da criação do Conselho o fez decidindo também pela sua posição de superioridade e de controle em relação àquele. E embora se possa dizer que a previsão do artigo 102, I, r estabelece essa superioridade, ela não explica uma ambiguidade produzida na ADI 3367: se o STF pode controlar judicialmente o CNJ, porque o CNJ não pode controlar administrativamente o STF?

postura dos tribunais superiores”. (p. 19) Na linha dessa conclusão, pode-se afirmar que as decisões que integram a categoria “jurisprudência defensiva” – e aqui podemos então retornar à afirmação do ministro Alexandre Moraes – são decisões de natureza política, decisões voltadas ao controle sobre o que deve ou não ser objeto de julgamento por parte dos tribunais (mas verificada até mesmo no primeiro grau de jurisdição, segundo Pugliese). Esse é um tipo de decisão que o judiciário ultrapassa o legislador, estabelecendo, de forma não explícita, norma jurídica nova. Esse tipo de decisão poderia também ser entendido como um ato de gestão, ou administração, dos processos, baseado na difundida afirmação (a meu ver duvidosa, como já afirmei anteriormente) de excesso de demandas. Se o consideramos como um ato de gestão de quantidade de demandas e a escolha do que deve ou não ser submetido a julgamento pelos tribunais, então estamos falando, a rigor, de atos “não jurisdicionais” e, portanto, sujeitos a algum tipo de controle, especialmente pelo Conselho Nacional de Justiça. Sinteticamente: 1) se uma decisão em “jurisprudência defensiva” contraria a lei, então juízes estão realizando legislação, ao prever critérios que a lei não estabeleceu, para evitar recursos e seus julgamentos. 2) para quem admite que essa possibilidade seria juridicamente aceitável, bom base na utilização de princípios como normas, algumas categorias processuais, como a da fungibilidade recursal (ênfaticada no Código de Processo Civil de 2015), poderiam servir como ponto de fuga para evitar os limites impostos pela jurisprudência defensiva. 3) ainda assim, permaneceria o problema de lidar com o aspecto administrativo – de gestão da quantidade de processos – dessas decisões (como dito por Pugliese), ou seja, admitir ou não a ideia de que juízes atuam também administrando os processos e não só julgando processos. 4) ainda que se admita o excesso – o que particularmente não considero verdadeiro – as decisões desse tipo, ou sob esse fundamento, seriam decisões administrativas, portanto atos “não jurisdicionais”.

No resultado do julgamento da Pet 4770 o STF reassumiu a competência para o julgamento de todas as ações contra o Conselho Nacional de Justiça, mas o fez de maneira ainda mais aberta e de modo a potencializar a continuidade das discussões sobre quando a competência será do Supremo e quando será da Justiça Federal. Ou melhor, o STF manteve presente uma ideia de controle flexível da pauta de decisões, já que afirmou sua competência para as ações quando as decisões do CNJ são “de cunho finalístico, concernentes aos objetivos precípuos de sua criação, a fim de que a posição e proteção institucionais conferidas ao Conselho não sejam indevidamente desfiguradas”. É difícil não ter a sensação de se estar diante de um argumento tautológico¹⁴⁷, visto que a interpretação de quais são as decisões de “cunho finalístico” do Conselho seguem sendo do STF. A posição é confirmada na ementa da decisão, um pouco antes, que afirma:

Isso não significa, porém, que a Corte deva afirmar a sua competência para conhecer de toda e qualquer ação ordinária contra atos do CNJ. A regra de competência em questão deve ser interpretada de acordo com os fins que justificaram a sua edição.

Está-se diante de um argumento circular: a competência é afirmada a partir da interpretação sobre as funções finalísticas do Conselho, e quem interpreta quais sejam tais funções é o STF. Então, a decisão na Pet 4770 ao invés de pôr fim ao debate da competência, afirmando o texto constitucional do artigo 102, I, r, o que fez foi ampliar e manter a flexibilidade de interpretação da norma, a partir agora da inclusão de um dispositivo não presente no texto constitucional: as ações “de cunho finalístico”.

Por outro lado, pode-se considerar que esta decisão tem, no aspecto político, um sentido positivo. Ao estabelecer a competência do STF para o julgamento das ações, evita-se – e esse argumento aparece nos votos dos ministros – uma certa subversão da ordem, à medida que a competência da Justiça Federal faria com que órgãos controlados exercessem o controle de atos do controlador. Mas parece que isso é tudo. A decisão mantém a porta não só mantém a porta aberta para que atos do Conselho sejam submetidos à Justiça Federal, de acordo com a decisão, como

¹⁴⁷ O argumento tautológico poderia ser assim apresentado: 1) STF é competente para julgar todas as ações contra o CNJ em que este tome decisões de cunho finalístico, concernentes aos objetivos precípuos de sua criação. 2) o STF é competente para decidir quais são as decisões do CNJ que tem cunho finalístico, concernentes aos objetivos precípuos de sua criação.

reforça o controle do STF sobre o Conselho na medida que controla os atos e também define a extensão de sua própria competência para o controle.

Essa flexibilização aparece também em outras decisões do Supremo Tribunal Federal em que age controlando a atuação do Conselho Nacional de Justiça. No julgamento do Mandado de Segurança 33.242, de relatoria do ministro Luiz Roberto Barroso, a Primeira Turma do Tribunal decidiu que:

[...] o controle dos atos do CNJ pelo Supremo Tribunal Federal somente se justifica nas hipóteses de: (i) inobservância do devido processo legal; (ii) exorbitância das atribuições do Conselho; e (iii) injuridicidade ou manifesta irrazoabilidade do ato impugnado.

Como se vê, a ideia de controlar a “exorbitância das atribuições do Conselho” reafirma a posição do Supremo de intérprete de qual seja o conteúdo dessas atribuições, permitindo que seja o STF a ditar a atuação e o ritmo do Conselho.

Outros dois exemplos vêm em reforço dessa ideia. No julgamento do Agravo Regimental em Mandado de Segurança 37.988 o STF analisa novamente a questão de sua competência, mas dessa vez recusando-a. Nesse caso, apenas exemplificativo, a Primeira Turma do tribunal repetiu uma já antiga e consolidada jurisprudência do no sentido de não admitir a competência originária do STF quanto às decisões negativas do Conselho Nacional de Justiça:

Consoante assentado no decisum, com suporte em sólidos precedentes da Corte Suprema, “[o] pronunciamento do Conselho Nacional de Justiça que consubstancie recusa de intervir em determinado procedimento ou, então, que envolva mero reconhecimento de sua incompetência ou, ainda, que nada determine, que nada imponha, que nada avoque, que nada aplique, que nada ordene, que nada invalide, que nada desconstitua não faz instaurar, para efeito de controle jurisdicional, a competência originária do Supremo Tribunal Federal” (MS nº 27.712/DF-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 1º/9/11). (p. 01 do acórdão)

Essa posição tem sido reiterada pelo STF em inúmeros julgamentos. Decisões negativas, pode-se sintetizar, são vistas como decisões em o CNJ se “recusa a intervir”. No caso subjacente ao Mandado de Segurança, uma associação apresentou ao Conselho uma representação por excesso de prazo contra desembargador federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. No conselho houve decisão da ministra Corregedora determinando apuração do eventual excesso pela corregedoria local. A

associação recorreu dessa decisão e o plenário do Conselho manteve a decisão. No Mandado de Segurança 37.988 a associação questionava essa decisão. A decisão do Conselho – ou de seu corregedor – de recusa em intervir, remetendo a questão à corregedoria local, é que foi considerada como “decisão negativa”.

Em relação a esta experiência, vale registrar que: ao buscar no site do Conselho na internet pelo nome do magistrado em questão, retornam outros 30 (trinta) processos, todos representação por excesso de prazo. Todos eles tiveram idêntica decisão: remessa à corregedoria local e após arquivamento. Na maior parte deles, a corregedoria local prestou informações posteriormente informando o julgamento, ou designação de data de julgamento, ou outro andamento do feito. O ponto específico das representações por excesso de prazo está analisado no capítulo 3 deste trabalho, como parte da análise da atuação do Conselho.

O outro exemplo vem do julgamento da Questão de Ordem na Petição 3674. Nesse julgamento, do ano de 2006, se discutiu a competência do STF para receber Ação Popular contra ato do Conselho Nacional do Ministério Público. A decisão faz menção ao CNMP e também ao Conselho Nacional de Justiça, e decidiu pela não inclusão da Ação Popular nas ações de competência originária do STF em relação ao CNJ e CNMP. O registro parece importante dado que a Ação Popular se consubstancia em mecanismo de controle social por “qualquer cidadão” e é vista inclusive como uma expressão de soberania popular¹⁴⁸. Nesse caso, a possibilidade de participação popular no processo de controle foi repelida pelo STF, preservando sua posição de único controlador do Conselho. A inadmissão a ação popular no controle de atos do conselho mantém o sistema fechado internamente.

¹⁴⁸ Conforme José Afonso da Silva (2007): “...pelo qual *qualquer* cidadão fica investido de legitimidade para o exercício de um poder de natureza essencialmente política, e constitui manifestação direta da soberania popular...”. (p. 170)

6. PERSPECTIVAS DO CONTROLE DO JUDICIÁRIO E DEMOCRACIA NO BRASIL

O objetivo deste capítulo é fazer uma síntese prescritiva sobre a necessidade e as possibilidades de controle do judiciário, a partir dos problemas identificados ao longo dos capítulos anteriores.

Esse esforço implica inicialmente listar alguns desses problemas de forma a que se possa reavivar a questão que tem orientado a pesquisa empreendida até aqui: o Conselho Nacional de Justiça representa uma efetiva possibilidade de controle do judiciário capaz de torná-lo adequado às condições e exigências da democracia contemporânea no Brasil?

A pergunta contém em si mesma um aspecto polêmico, porque parte do pressuposto de que o Judiciário pode ou não estar adequado às condições e exigências do convívio democrático, pensando em termos políticos e institucionais. Mesmo quem considera que a democracia no mundo vive momentos de crise e dificuldade, como Levitsky e Ziblan (2018) toma os juízes e tribunais como uma condição e garantes da democracia, e as descrições de ameaças à democracia incluem invariavelmente ameaças aos árbitros do jogo – o judiciário – partindo dos jogadores – os atores políticos por excelência – executivos e legislativos. Não ocorre a ninguém incluir juízes e tribunais na partilha de responsabilidades pelas eventuais falhas do sistema e pela crise da democracia.

Levitsky e Ziblan (2018) fazem uma boa referência a como a captura dos “árbitros” pode impactar na deterioração da democracia:

Para autoritários potenciais, as instituições judiciárias e policiais representam, assim, tanto um desafio quanto uma oportunidade. Se elas permanecem independentes, têm a capacidade de denunciar e punir abusos governamentais. Este é o trabalho do árbitro, impedir fraudes. Não obstante, se controladas por sectários, essas instituições podem servir aos objetivos do aspirante a ditador, protegendo o governo de investigações e processos criminais que possam levar ao seu afastamento do poder. O presidente pode infringir a lei, ameaçar direitos civis e até violar a Constituição sem ter que se preocupar com a possibilidade de tais abusos serem investigados ou censurados. Com tribunais cooptados mediante alteração de sua composição e autoridades policiais rendidas, os governos podem agir com impunidade. (LEVITSKY e ZIBLAN, 2018, p. 92-93)

Na visão dos autores de *Como morrem as democracias* a participação do judiciário em crises da democracia se dá em sentido negativo, ou seja, por uma suposta “captura” dos tribunais por governantes que desejam agir arbitrariamente ou se perpetuar no poder. Essa é uma visão possível, e provavelmente ela se alimenta da antiga ideia do judiciário como *the last dangerous branch*, cravada por Hamilton ainda no século XVIII.

Mas e se juízes interferem no jogo democrático? Poderemos sempre argumentar que foram capturados por interesses políticos estranhos? Isso equivaleria a dizer que juízes são seres inanimados, mas não no sentido proposto em sua versão da separação de poderes por Montesquieu – como sujeição à lei – mas no sentido de que não refletiriam qualquer tipo de preferência política. A própria ideia de captura do árbitro diz o contrário, se com captura se quer afirmar a substituição de um juiz por outro mais simpático ao governo.

Exceto se considerarmos que a composição dos tribunais – naqueles em que há nomeação pelo executivo e aprovação pelo parlamento – segue um critério de estrita afinidade política dos juízes ao governo, o que faria dos tribunais meros prolongamentos das disputas políticas e ideológicas presentes na sociedade, deve-se ter em conta que juízes agem como juízes em si, representando uma das três principais instituições do Estado de direito, e portanto com uma responsabilidade própria no tocante ao desenvolvimento e também às crises da democracia.

Se juízes tem alguma responsabilidade na manutenção do processo democrático – e isso é afirmado com alguma regularidade na doutrina do direito constitucional, mas também nos estudos de sociologia do direito – então é preciso analisar também sua possível participação na notória deterioração do processo democrático que tem sido apresentada como crise da democracia. E mais, é preciso considerar que exatamente em situações de crise judiciário e juízes ganham proeminência, como fiadores de uma pretendida estabilidade da sociedade, convertendo o judiciário em um “poder de crise”.

O que determina a posição política dos juízes é outra coisa que não necessariamente sua afinidade ideológica com este ou aquele partido político. E esta constatação é importante para analisar condições de sujeição do judiciário a alguma ideia relevante de democracia, especialmente no Brasil.

Sigo aqui uma trilha de conclusões de John Griffith (1997) sobre as “políticas do judiciário” que podem contribuir para estabelecer uma visão mais profunda sobre a possibilidade, ou não, de alguma adequação do judiciário – e dos juízes – às condições da democracia. Embora a pesquisa de Griffith seja ainda dos anos 1970, no contexto próprio do Reino Unido, ela colabora para elucidar algo que costuma ser um tanto misterioso nos estudos sobre judiciário: a tomada de posição política pelos juízes. E isso por si impõe considerar algo que é frequentemente (e propositalmente) esquecido, que é o fato de que se encaramos judiciário como um poder, então ele é um poder político, que *integra* a “autoridade estabelecida” (Griffith, 1997) e não necessariamente a *limita*.

A seguir apresento um conjunto daquelas que me parecem ser algumas das principais conclusões de John Griffith que podem ser úteis à análise da atuação dos juízes, aplicando-as às constatações já feitas anteriormente:

1º. Juízes são parte da autoridade estabelecida: “Como membros da autoridade estabelecida eles se mostram alertas para proteger a ordem social das ameaças à sua estabilidade ou à distribuição do poder político e econômico existente” (GRIFFITH, 1997, p. 335). Efetivamente juízes, em qualquer instância, formam parte do aparato do Estado. Eles são parte da autoridade política que o povo entrega ao Estado através da constituição. Eles são parte do poder constituído. A ideia (ao menos em parte, se não totalmente) falsa de que ao judiciário cabe limitar ou controlar os demais poderes, difundida a partir do constitucionalismo norte-americano, apagou ou borrou uma questão fundamental: juízes fazem parte da autoridade política estabelecida, são parte integrante do Estado, de uma maneira ainda mais profunda que os membros dos demais poderes – os quais são frequentemente substituídos, enquanto juízes não são.

2º. Juízes perderam status de integrantes do grupo “relativamente pequeno de pessoas” que exercem o poder político de governo e “parte da razão de sua robustez atual é explicada por sua tentativa de recuperar o status que eles perderam” (GRIFFITH, 1997, p. 335). Luiz Wernneck Vianna, et al. identificaram o fenômeno como “linhas de descontinuidade” que fizeram os juízes “antiga reserva de quadros da elite” em “um técnico-perito no ajustamento da lei ao fato social” (VIANNA et al.,

1997, p. 10). Lembremos que na leitura de Raimundo Faoro (1975) juízes estavam integrados ao processo de formação do que descreveu como “patronato político”. Em sentido semelhante Victor Nunes Leal (2012) compreendeu os juízes como entrosados ao sistema que ele nominou como “coronelismo”. A herança dessa participação política relevante no governo veio do uso dos magistrados pela coroa portuguesa em funções administrativa, o que é descrito por Stuart B. Schartz (2011). No período republicano e, sobretudo a partir de da Constituição de 1988, a despeito do poder de guarda da constituição atribuído ao STF e também a todos os demais juízes por força do controle difuso, juízes foram mais nitidamente posicionados como “técnicos” na aplicação da lei, “transformando-se de ‘construtor da ordem’ em garantidor, ao estilo weberiano, das condições de previsibilidade [...] necessárias à expansão da vida mercantil” (VIANNA et al., 1997, p. 10) Um certo ressentimento com essa posição fica visível na queixa quanto à excessiva judicialização, que faz juízes “enxugarem gelo” diante da pletora de processos, quase sempre repetitivos quanto aos temas e ao alcance. Tomar uma decisão com impactos políticos, uma decisão política, pode aparecer como uma oportunidade de visibilidade pública e reconhecimento social.

3º. Juízes têm uma definição própria do que seja interesse público e “fazem suposições políticas de alguma magnitude” (GRIFFITH, 1997). Juízes refletem questões políticas e o fazem elaborando alguma ideia do que seja o interesse público que eles deveriam defender. Sua visão de interesse público não coincide necessariamente com aquelas expressadas pelos membros dos outros poderes, e uma parte do tempo se revela em algum grau de conflito com os demais poderes. Não porque eles estejam dispostos a subverter a ordem estabelecida, mas porque sua visão de interesse público e de qual seja seu papel na sociedade. Um exemplo: Na pesquisa *Quem somos – a magistratura que queremos* (2018) consultados a indicar as “três áreas mais importantes de atuação do Poder Judiciário em uma democracia”, 47,6% dos juízes de primeiro grau em atividade e 53,3% dos juízes de segundo grau em atividade escolheram como mais importantes as alternativas: a) defesa da ordem pública. b) controle da probidade administrativa interna e externa. Colocados diante da afirmação de que o processo judicial “tem excesso de formalidades” 78,1% dos juízes de primeiro grau, 81,2% dos juízes de segundo grau, e 70,6% consideraram a

afirmação como importante ou essencial como uma das “dificuldades atuais do poder judiciário”. Juízes acham que estão enxugando gelo. Se ressentem dessa posição. Decidir sobre questões políticas ou controlar os outros poderes surge como uma redenção.

4º. Juízes não podem ser (e não são) politicamente neutros porque: “eles são colocados em posições onde lhes é exigido fazer escolhas políticas que são algumas vezes apresentadas a eles, e frequentemente apresentadas por eles, como determinações de onde reside o interesse público; que sua interpretação do que é de interesse público e portanto politicamente desejável é determinada pelo tipo de pessoa que eles são e a posição que eles ocupam em nossa sociedade; que esta posição é uma parte da autoridade estabelecida e, por isso, é necessariamente conservadora, e não liberal. De tudo isso vai decorrer aquela visão do interesse público que se manifesta em atitudes judiciais como a sensibilidade para com a propriedade privada e a aversão a sindicatos, forte aderência à manutenção da ordem, aversão por opiniões minoritárias, manifestações e protestos, apoio a segredos governamentais, preocupação com a preservação do comportamento moral e social com o qual ele está acostumado, entre outros”. (GRIFFITH, 1997, p. 336) Efetivamente, ainda que consideremos que algumas vezes juízes tomam decisões que podem pontualmente atender a interesses de minorias políticas ou sociais, o conjunto de sua atividade é conservadora. Conservadora não no sentido de adesão a uma visão de mundo tipicamente de direita, como observa o próprio Griffith, mas no sentido de que reconhecem a si próprios como no papel de conservação da ordem estabelecida. Dois exemplos: a) na pesquisa *Corpo e alma da magistratura* (1997) 56,9% dos juízes posicionaram-se desfavoráveis à sua sindicalização; embora isso não diga sobre sua opinião quanto aos demais sindicatos, revela em si uma visão negativa do fenômeno sindicalismo. b) na pesquisa *Quem somos – a magistratura que queremos* (2018) questionados sobre a neutralidade, e colocados diante da afirmativa “com a qual mais se identifica”, a alternativa “O Poder Judiciário não é neutro; o(a) magistrado(a) deve considerar as consequências de suas decisões, com o cuidado de não ultrapassar sua esfera própria de atuação” foi escolhida por 68,9% dos juízes de primeiro grau, 62,7% dos juízes de segundo grau e 76,5% dos ministros dos tribunais superiores. Embora a ideia de “não ultrapassar sua esfera própria de

atuação” possa ser interpretada como algum tipo de comedimento (é difícil imaginar juízes afirmando textualmente que estariam ultrapassando sua esfera própria de atuação) só juízes tem em mente o que significa “considerar as consequências de suas decisões”, mas é inevitável constatar que aqui entra uma concepção política quanto ao conteúdo da decisão.

5°. Juízes formam um grupo relativamente homogêneo. Griffith (1997) descreve a homogeneidade como uma característica dos juízes no Reino Unido. No Brasil a seleção por concurso público aberto poderia levar a uma conclusão diferente. No entanto a percepção de homogeneidade pode ser concluída a partir de aspectos essenciais de sociabilização que começam antes do ingresso no cargo e se reforçam a partir dele: a) a socialização prévia na forma de estágios e cargos comissionados, revelando uma forma específica de recrutamento endógeno¹⁴⁹. b) a socialização produzida no âmbito das escolas da magistratura, como fase de preparação para o ingresso, mas também como parte da formação após aprovação no concurso. c) a socialização, talvez a mais importante, da “vida associativa”; mais de 90% dos juízes estão associados às organizações da categoria, como se viu. d) a acomodação à estrutura de altos salários e outros privilégios que se acumulam ao longo da “carreira”.

6°. Juízes são o produto de uma classe (classe média) e tem as características dessa classe (GRIFFITH, 1997). Como mostrado antes há uma significativa quantidade de juízes que indicam relação de parentesco com outro juízes, algo que se aproxima de 1/3. O percentual se torna mais substancial ainda se incluídos outros segmentos profissionais do chamado sistema de justiça. É um indicativo de autorreprodução mas também de origem social. Na pesquisa *Quem somos – a magistratura que queremos* há indicadores bastantes a demonstrar a composição de classe média dos juízes, ainda que a origem social possa ter alguma variação¹⁵⁰. Por exemplo: a) entre 70 e

¹⁴⁹ A pesquisa *Quem somos – a magistratura que queremos* (2018) mostra que dos juízes de primeiro grau que disseram ter trabalhado durante a graduação, mais de 50% o fizeram em “órgão público” ou “empresa estatal”. O mesmo percentual se repete entre os juízes de segundo grau e também entre ministros dos tribunais superiores.

¹⁵⁰ A pesquisa de Vianna et al acima indicada afirma que estaria havendo um certo grau de “mobilidade social” entre aqueles que ingressam na magistratura. Essa afirmação toma em conta as informações sobre escolaridade dos pais, e aponta para o fato de 27,1% dos juízes teriam afirmado ter pais sem o ensino médio completo. A pesquisa também registra uma significativa mudança entre esses dados de 1996 para 2018; em 1996 54% dos juízes afirmaram ter pais sem ensino médio completo. Considero, no entanto, que este é um dado que pode induzir equívocos. Embora a pobreza seja sempre um indicador de tendência à menor escolaridade, o contrário não é

94% tem casa própria¹⁵¹. b) 57,2% dos juízes de primeiro grau têm pelo menos um automóvel e 38,6% têm 2 a 3 automóveis; este último percentual aumenta para 47% entre juízes de segundo grau e 49% entre ministros. c) 61,7% dos juízes de primeiro grau têm pelo menos um empregado(a) doméstico(a), e 22,7% disseram ter 2 ou mais empregados(as) domésticos(as); este último percentual é de 28,7% entre juízes de segundo grau.¹⁵²

7º. Juízes são defensores da estabilidade, e estabilidade significa preservar os valores centrais da sociedade tal qual ela está organizada. “Consideramos que governantes são normalmente apoiados, mas não em todos os casos. Governos representam estabilidade e tem um considerável interesse em preservá-la. A manutenção de estruturas autoritárias em todas as instituições públicas é completamente de interesse dos governos. Isto é verdadeiro para todo e qualquer governo, de toda e qualquer feição política, democrática ou ditatorial. Sempre que governos ou suas agências agem para preservar essa estabilidade – chame-lhe a paz da Rainha, ou lei e ordem, ou o Estado de Direito, ou o que quer que seja – os juízes vão emprestar seu apoio e não vão estar demasiadamente preocupados se para fazer isso se requer a invasão da liberdade individual” (GRIFFITH, 1997, p. 339). Como vimos atrás juízes são funcionais em sociedades democráticas como podem ser em sociedades não democráticas. A leitura de Griffith corrobora essa ideia, que ele manifesta como a ideia de assegurar “estabilidade”. Juízes são grandemente preocupados em assegurar estabilidade da ordem existente, e isso define sua visão de interesse público e sua visão política. E eles podem exercer sua “criatividade” para expressar judicialmente

verdadeiro, ou seja, baixa escolaridade não é necessariamente demonstrativo de pobreza. A leitura de outros dados é útil e reveladora. De acordo com a pesquisa de 2018 o percentual dos que disseram ter pais cuja atividade desenvolvida por mais tempo foi no alto escalão do serviço público, de empresas estatais, de empresas privadas, como profissional liberal com ensino superior e empresários foi de 53%. E esse percentual sobe para 72,1% quando se acrescentam os escalões médios do serviço público, estatais e empresas privadas. Entre as mães esse último percentual fica em 45,3%. E 39,7% responderam que as mães exerceram por mais tempo as “prendas domésticas”.

¹⁵¹ O número mais baixo – 70% - é o dos juízes de primeiro grau, o que pode ser explicado pela situação (temporária) de juiz substituto, onde não faz sentido ter uma casa própria que terá que ser vendida a cada mudança.

¹⁵² RAMOS e CASTRO (2019) utilizam a categoria *habitus* para indicar uma ideia de homogeneidade desde antes do ingresso no cargo e reproduzida posteriormente. Desde o sistema de ingresso na carreira, a magistratura brasileira tende a admitir em seus quadros pessoas que partilham um *habitus* muito semelhante, sobretudo no que toca às circunstâncias econômicas privilegiadas de que desfrutam, o que compromete o caráter plural e democrático que o Estado brasileiro declara querer promover em sua Carta Constitucional. Além disso, os salários excepcionais permitem aos juízes entrar ou permanecer no círculo dos mais afortunados economicamente, o que conduz a uma assimilação e uma reprodução do *habitus* – isto é, das visões de mundo, dos interesses, das relações de poder, dos valores, das opções de consumo, etc. – compartilhado pelas elites econômicas e políticas. (p. 31)

essa visão. Sua visão de interesse público e manutenção da ordem implica a preservação dos valores nos que consideram que são os valores principais da sociedade, e que sua função é manter.

8º. “Politicamente, juízes são parasitas”, diz Griffith (1997). “Tanto em sociedades democráticas como em sociedades totalitárias, o judiciário tem naturalmente servido às forças políticas e econômicas predominantes”. (p. 342) Juízes expressam uma posição política a partir da ordem de uma sociedade estabelecida. Eles emprestam sua função política à manutenção das instituições de governo como estão estabelecidas e em função dos interesses para os quais foram estabelecidas¹⁵³. São parasitas nesse sentido: nem criam a ordem, nem a modificam, apenas a sustentam, e se sustentam dela.

9º. Juízes agem politicamente e o fazem em nome da “justiça”. Ou seja, juízes integram a esfera da decisão política, juízes tem visões políticas, e juízes agem politicamente. O que distingue suas políticas daquelas dos demais atores é que “juízes podem realizar sua função política e fazer isso em nome da lei”. (GRIFFITH, 1997, p. 343) “Em nome da lei” é melhor traduzido para nossa situação se considerarmos que juízes agem “em nome da justiça”. A (falsa) identidade entre o que o juiz faz e “justiça”, como identificou Carl Schmitt, torna a ação do juiz infensa a qualquer crítica e natureza política e encobre a tomada de decisão política do juiz. Não se quer com isso dizer que toda decisão que juízes tomam seja política – embora Griffith tenda a isso quando esboça a ideia de que juízes tem uma posição política; o que se quer dizer é que nem tudo o que o juiz faz é justiça, e é exatamente isso que está a justificar que juízes e tribunais devam ser sujeitos a controles, e consideravelmente rígidos controles.

¹⁵³ Logo após a afirmação polêmica sobre a posição parasita dos juízes: “Constatar que isso é assim não é questão para recriminação. É inútil criticar instituições por realizarem a tarefa que elas foram criadas para realizar e tem realizado por séculos. A principal função do judiciário é sustentar as instituições do governo como estabelecido na lei”. (GRIFFITH, 1997, p. 343)

6.1. A DEMOCRACIA BRASILEIRA REQUER CONTROLE DO JUDICIÁRIO?

Em uma entrevista para a reconstituição da história do Supremo Tribunal Federal o ex-ministro Nelson Jobim fez uma observação política relevante sobre os riscos de se afirmar o século XXI como o “século da judicialização”¹⁵⁴, refletindo o problema do controle do judiciário e responsabilização. Ele disse: “Isso é um perigo. Porque... veja: o que a gente tem que encontrar é qual, digamos, a legitimidade democrática de um poder irresponsável”.

A afirmação do judiciário como um poder “irresponsável” é forte e ainda mais significativa partindo de um ex-ministro do Supremo e o responsável pela implantação do Conselho Nacional de Justiça do Brasil. Perguntado pelos entrevistadores – *Qual é o poder irresponsável? Os três?* – Jobim foi mais explícito:

O Judiciário. O Judiciário. Tu não tem como responsabilizar os membros do Judiciário. São de carreira. São estáveis, inamovíveis. Qual é a responsabilidade? Ou seja, a independência do juiz, o preço que a sociedade tem que pagar pela independência do juiz é sua irresponsabilidade? Como é que a gente resolve essa equação? O Poder Legislativo, tu vota, não vota, tira, aprova, não aprova. Enfim, está aí, sujeito. E o Judiciário? Como é que se faz? (FONTAINHA et al, 2015, p. 333)

O preço a pagar pela independência dos juízes, e do judiciário, é sua irresponsabilidade? Talvez a chave explicativa da questão resida em entender melhor o que se está chamando de “independência” e “autonomia” do judiciário e dos juízes. Mas de pronto, a impressão de um ex-ministro da suprema corte – que de alguma forma é compartilhada na sociedade – de que juízes, ainda que sejam, como se disse

¹⁵⁴ Ou “século do judiciário”, expressão que foi utilizada pelo professor Joaquim Falcão, em entrevista concedida à Revista Veja de 09 de setembro de 2015 (ver bibliografia). No mesmo sentido o Ministro do STF Ricardo Lewandowski afirmou em 2009: “Por isso, afirmo que o grande protagonista do século XXI é o Poder Judiciário, e o Poder Judiciário precisa dar uma resposta célere às demandas que a sociedade lhe coloca, no que diz respeito à efetivação dos direitos fundamentais, e até porque a justiça que tarda é uma justiça que falha”. (LEWANDOWSKI, 2009, p. 80) Lewandowski o fez também em outros momentos nos anos de 2014 e 2015: “Estamos no século do Poder Judiciário”, afirma ministro Lewandowski na abertura do 17º Conamat, disponível em <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/21711-estamos-no-seculo-do-poder-judiciario-afirma-ministro-lewandowski-na-abertura-do-17-conamat> (acesso em 08.07.2022) ; e “O século 21 é do Judiciário”, afirma ministro do STF, disponível em <https://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/1816685/o-seculo-21-e-do-judiciario-afirma-ministro-do-stf> (acesso em 08.07.2022).

acima, integrantes da autoridade do Estado, não são responsabilizáveis politicamente, é bastante emblemática do problema a enfrentar.

Tomio e Robl Filho (2013), por exemplo, colocam a questão em termos da relação que, para eles, deveria existir entre *independência* do judiciário e as noções de *accountability*. Sua opinião é que a Constituição de 1988 “atribuiu substancial independência ao poder Judiciário, e que até a criação do CNJ “eram observados profundos déficits de *accountability* no Judiciário. Dizem *antes* da criação do CNJ por considerar que o Conselho teria suprido algumas lacunas. O Conselho teria então assumido uma nítida função de “*accountability* interna”, mas sem que isso significasse participação do CNJ em uma rede do que chamam de “*accountability* social vertical não eleitoral”. (TOMIO e ROBL FILHO, 2013, p. 29)

O que Tomio e Robl Filho (2013) sugerem em seu estudo é a adoção de outras categorias de *accountability* que não apenas as noções de controle horizontal e vertical tradicionalmente adotadas. Mas todas essas categorias – *accountabilities* judicial decisional, judicial comportamental, judicial institucional, e judicial legal – representariam subcategorias da *accountability* horizontal, que “ocorre quando agentes estatais (individuais ou coletivos) podem requerer informações e justificações de outros agentes estatais, além de poder sancioná-los”. Essa é uma relação que pode envolver os mandantes e agentes (públicos) ou que pode se estabelecer entre os agentes (públicos) (p. 30-31).

O ponto primordial da ideia de *accountability* e da relação entre mandante e agente é que para que ela funcione é preciso haver responsabilização do agente por ações e omissões. E para que a responsabilização ocorra é necessário informações. Mas é preciso mais. Ainda de acordo com Tomio e Robl Filho a existência de sanções é um pressuposto importante para a realização de *accountability* forte ou plena. Ainda segundo esses autores, o judiciário em si estaria integrado na esfera da chamada *accountability* horizontal (entre agentes), representando mesmo o “principal tipo de agente de *accountability* horizontal”. (TOMIO e ROBL FILHO, p. 33) Mas como assegurar que quem exige responsabilidades dos demais agentes do Estado seja também responsabilizável?

No estudo apontado de Tomio e Robl Filho (2013) ressurge o problema da independência, classificada, para os propósitos daquele estudo como “independência judicial decisional”, a limitar as possibilidades de *accountability*. A solução institucional

se dirigiria então para mecanismos de responsabilização comportamental e institucional, no que estariam inseridos conselhos como o CNJ. Mas mesmo nesse campo são poucos ou inexistentes os mecanismos de controle. (p. 36)

O problema do estudo e do uso de categorias próprias da ciência política, visando encaixar o Conselho em um padrão conceitual específico é que ele perde de vista o problema político constitucional básico que é a análise da noção de separação de poderes em condições democráticas. Na verdade, a concepção de *accountability* aplicada desta maneira se torna uma substituta da teoria da separação de poderes. O resultado pode ser decepcionante, sobretudo porque toma a noção de independência judicial como um dogma institucional, o que acaba limitando qualquer possibilidade de realização de controle sobre o poder, ou de realização da própria ideia de *accountability*.

Ernani Carvalho e Natália Leitão (2013) em estudo integrado àquele antes citado analisam outro aspecto do problema da criação do CNJ: a dominância exercida pelo STF no desenho institucional do Conselho. Isso é possível, segundo os autores, porque os juízes da suprema corte, em situações de emenda à constituição como aquela que levou à criação do Conselho: a) exercem influência antes e durante o processo de emenda; b) podem anular uma emenda contrária aos seus interesses que tenha sido formalmente aprovada, por deter o mecanismo de revisão judicial; c) podem influenciar as mudanças através de redes informais de relações com os integrantes do legislativo. (CARVALHO e LEITÃO, 2013, p. 16)

Então para esses autores, o resultado institucional do Conselho foi tanto influenciado pelo STF como serviu a preservar a posição de importante decisor político deste:

A capacidade do STF atuar como *decision-maker* em questões relativas à administração da justiça parece ser uma resposta empírica razoável aos preceitos teóricos estabelecidos neste trabalho. Influenciar o debate da emenda constitucional que tratou da criação do CNJ seria então uma via plausível e estrategicamente esperada. Não foi por acaso que o Brasil, apesar de possuir um dos poderes judiciários mais avançados da região, só tardiamente criou o referido órgão de controle do Judiciário. (CARVALHO e LEITÃO, 2013, p. 19)

O que se evidencia é que, paralelo à ampliação geral do poder do Judiciário, e em particular das supremas cortes, corre também, e talvez consequência, a

proeminência do STF na decisão sobre as questões “relativas à administração da justiça”. Isso levou Carvalho e Leitão (2013) no estudo acima perguntar “quais razões teriam (sic!) o Congresso (o Legislativo) para ‘delegar’ sua atribuição de legislar ao STF, no que concerne a criação do CNJ?”. (p. 15).

Essa é uma questão relevante. A resposta pode estar em escolhas políticas decorrente da atuação das classes sociais e grupos políticos que se formaram em torno da Constituinte de 1987-88. Mas ela certamente tem a ver com o modo como se construiu uma visão bastante peculiar sobre independência dos juízes e autonomia do judiciário no Brasil e como elas foram tratadas na Constituição de 1988, articulando a formatação institucional do Judiciário aos interesses corporativos dos juízes. Refletindo a questão, a partir da influência do Pacote de Abril de 1977 sobre o processo de centralização do judiciário e sobre a constituição de 1988, Andrei Koerner (2018) propõe a seguinte conclusão:

A mobilização em torno da pauta derrotada de reforma judiciária fortaleceu as associações de juristas, que se organizaram em grupos de interesse corporativos próximos à frente de oposição política ao regime. Os efeitos dessa aproximação se veriam na Constituinte, em que aqueles grupos foram capazes de identificar o fortalecimento do estado de direito com a promoção dos seus interesses, materializados em pontos específicos de reforma das instituições judiciais, tais como a autonomia administrativa e financeira do judiciário, e o papel institucional do Ministério Público (Maciel; Koerner, 2014). Representantes dos juristas tiveram assento nas comissões, e seus anteprojetos foram aprovados quase sem mudanças. A nova Constituição estendeu o papel das instituições judiciais para a defesa de direitos individuais e coletivos, mas consagrou o seu insulamento burocrático face aos controles democráticos e reforçou os privilégios dos juristas (Koerner; Freitas, 2013). (KOERNER, 2018, p. 96) (grifo meu)

A conclusão de Koerner (2018), embora não mencione explicitamente, traz de volta o problema da relação entre independência e irresponsabilidade, associando, no entanto, a defesa da independência e da autonomia a um outro aspecto: a busca de privilégios pelos juristas. Percepção semelhante é manifestada por Nelson Jobim em sua entrevista para a história oral do STF. Para ele a intervenção dos juristas na Constituinte de 1987-88 na formatação do judiciário envolvia a discussão sobre “qual pedaço do Poder ficava com [...] [cada] corporação”. Para ele “Nenhuma dessas discussões, isso eu posso te afirmar com tranquilidade, nada tinha a ver sobre

jurisdicionado. Tinha a ver sobre quem era mais do que quem”. (FONTAINHA et al, 2015, p. 119)

Agora já é possível retomar a questão sobre a necessidade de controle do judiciário nas condições da democracia no Brasil em um outro nível. Tenho dito que a possibilidade de controle de concretize uma conformação democrática do judiciário implica *submissão dos juízes e tribunais à lei*. Atrás foram estabelecidos alguns pressupostos para a compreensão do sentido dessa submissão: _ 1º. Uma lei é diferente de um ato de jurisdição e um ato de jurisdição não pode nunca pretender ser uma lei. _ 2º. Todo ato de jurisdição é um ato do juiz – uma decisão – com base em uma lei preexistente. _ 3º. Somente quando o juiz ou tribunal toma uma decisão *com base em uma lei* preexistente – como manifestação democrática da soberania popular – sua atuação é compatível com a democracia. _ 4º. Um ato do juiz ou tribunal sem base em uma lei não é um ato de jurisdição, e por isso, ainda que se lhe dê a aparência de ato judicial, estará sujeito a controle. _ 5º. Nem tudo o que um juiz ou tribunal faz é justiça, ou seja, nem todo ato praticado por um juiz ou tribunal é – pelo fato de ter sido praticado por um juiz – um ato de jurisdição.

As consequências dos pontos 1º., 2º e 3º podem ser bastante genéricas e sujeitas à problemática discussão sobre aspectos da metodologia jurídica e das fontes de criação do direito, e das eventuais lacunas materiais ou subjetivas, decorrentes da generalidade e abstração da lei. Mas é preciso, ainda assim, que se diga que *hard cases* e situações de lacuna da lei são raras exceções no ambiente de juízos e tribunais. Mesmo se considerarmos tribunais superiores ou a Suprema Corte, boa parte do tempo, na grande maioria dos processos, o que está em questão não são *hard cases* ou lacunas, mas julgamentos sobre aplicação da lei ou da Constituição a situações concretas. Elas podem envolver discussões de direito criminal sobre o direito de liberdade. Mas grande parte delas envolvem interesses de natureza econômica colocados frente ao Estado ou envolvendo serviços públicos diretamente prestados ou via concessionárias, ou a constante disputa sobre pagamento de tributos e sua extensão, geralmente calcadas em teses jurídicas que entram pela brecha aberta pelo próprio tribunal na jurisprudência baseada em princípios. O que parece importante, então, é dizer que o olhar para a compreensão da dinâmica do judiciário não pode se balizar pelas exceções, mas por aquilo que é comum e cotidiano; pela normalidade e não pela exceção.

Interessa, portanto, as consequências dos pontos 4º e 5º. Especificando o ponto 4º, o que se quer afirmar é que se um juiz ou tribunal age *fora da lei* então seu ato não se reveste da condição de ato jurisdicional e deve ser controlado. Deve ser controlado porque isso envolve o descumprimento de um dever funcional, que determina seu respeito à lei. E deve ser controlado porque esse agir fora da lei pode significar uma conduta sancionável até mesmo do ponto de vista criminal, ou responsabilizável do ponto de vista administrativo. Pensar diversamente disso representaria colocar juízes fora da lei em outro sentido, no sentido absolutista cunhado na expressão latina *princips ab legibus solutus* – o príncipe (soberano) não se submete à lei. Até mesmo colocar juízes e tribunais na posição de detentores da soberania e/ou portadores do estado de exceção¹⁵⁵.

A ideia de juízes e tribunais colocados fora da lei, como *legibus solutus*, não é uma reflexão abstrata. Recentemente o ministro do STF Dias Toffoli, na ADPF 881, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), suspendeu a eficácia do crime de prevaricação previsto no artigo 319 do Código Penal em relação a promotores e juízes. O argumento do pedido, acatado pelo ministro, foi de que o crime do artigo 319 poderia ser utilizado para criminalizar a atuação de juízes e promotores fundada em “interpretação” do ordenamento. De acordo com o artigo 319:

Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

A decisão de Dias Toffoli suspendeu a eficácia do artigo:

[...]especificamente na acepção que possibilita o enquadramento da liberdade de convencimento motivado dos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário como satisfação de ‘interesse ou sentimento pessoal’ ou como incidente no tipo objetivo, na modalidade

¹⁵⁵ No Brasil, o professor Pedro Estevam Serrano tem defendido essa perspectiva, segundo a qual o judiciário tem se tornado um agente da exceção. Ver, por exemplo: “Pedro Serrano fala ao Justificando sobre o Judiciário como agente do estado de exceção”. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/09/30/pedro-serrano-fala-ao-justificando-sobre-o-judiciario-como-agente-do-estado-de-excecao/> (acesso em 09.07.2022)

‘contra disposição expressa de lei’, para fins de tipificação como crime de prevaricação da conduta daqueles agentes que, no exercício lícito e regular da atividade fim dessas instituições, e com amparo em interpretação da lei e do direito, defendam ponto de vista em discordância com outros membros ou atores sociais e políticos.

A decisão ignorou um aspecto singelo e determinante da doutrina do direito penal quanto à incidência e aplicação: o fato de que se trata de um crime de funcionário público, em ato de ofício, e portanto, considerado tanto do ponto de vista da tipicidade objetiva como da tipicidade subjetiva como um ilícito que revela descumprimento dos – ou ação contrária aos – deveres funcionais¹⁵⁶. Então o crime nada tem a ver com interpretação da lei, mas com uma ação dolosa de descumprimento de um dever funcional. Ao suspender a eficácia do artigo, o ministro aparentemente protegeu a possibilidade de uma interpretação divergente, mas na prática tornou intocáveis agentes públicos que deixem de cumprir obrigações e deveres funcionais, ou seja, coloca fora da incidência da lei juízes e promotores que prevaricarem. E se eles prevaricarem?

Como se vê, decisões como esta tomam independência e livre convencimento, não mais como um meio institucional de preservar a chegada a uma decisão ou ação, mas como uma condição a ser preservada *a priori*, que protege qualquer atuação ou ação, mesmo aquelas que poderiam ser (ou são) consideradas ilícitas ou contrárias aos deveres funcionais. O ponto de sustentação dessa ideia se fecha no círculo formal que, ignorado pela doutrina, considera toda e qualquer ação de um juiz um ato

¹⁵⁶ Hoje, pode-se verificar a prevaricação como a “infidelidade ao dever do ofício, à função exercida. É o não cumprimento das obrigações que lhe são inerentes, movido o agente por interesse ou sentimento próprios”. Retardar significa atrasar ou procrastinar; deixar de praticar é desistir da execução; praticar é executar ou realizar. Há, pois, três condutas puníveis no crime de prevaricação. É o que se chama de autocorrupção própria, uma vez que o funcionário se deixa levar por vantagem indevida, violando deveres funcionais. É o conteúdo do art. 319 do CP. O tipo prevê o termo indevidamente, significando não ser permitido por lei, infringindo dever funcional. Assim, as duas primeiras condutas (retardar ou deixar de praticar) devem ser abrangidas por tal elemento. Exemplo da primeira conduta seria o funcionário que, por não se dar bem com o requerente de uma certidão, cuja expedição ficou ao seu encargo, deixa de expedi-la no prazo regular. Exemplo da segunda seria a conduta do delegado que, devendo instaurar inquérito policial, ao tomar conhecimento da prática de um crime de ação pública incondicionada, não o faz porque não quer trabalhar demais. Integra igualmente a prevaricação, como objetos das condutas, o ato de ofício: ato que o funcionário público deve praticar, segundo seus deveres funcionais. Exige, pois, estar o agente no exercício da função. Inclui-se, também, a expressão contra disposição expressa de lei, dizendo respeito ao ato de ofício, que também é algo ilícito e contrário aos deveres funcionais. É o caso do delegado que, ao término de um inquérito policial, promove o seu arquivamento, sem enviá-lo, como determina a lei, ao Ministério Público e ao Juiz de Direito, tendo por fim beneficiar o indiciado. (NUCCI, 2021) (grifos meus)

jurisdicional. Em sentido material, não se pode considerar tudo o que um juiz ou tribunal faz como um ato de jurisdição protegido por sua independência.

Também em sentido formal devemos considerar que nem tudo o que um juiz faz é ato de jurisdição. E isso nos leva ao ponto 5º levantado acima. Não sem antes lembrar que a própria noção de cumprimento de deveres funcionais – contida no crime de prevaricação descrito acima – não é encarada pela ótica jurisdicional e sim pela ótica administrativa, e incluída nas funções de controle do CNJ pela Emenda 45. O ponto 5º foi enunciado assim: Nem tudo o que um juiz ou tribunal faz é justiça, ou seja, nem todo ato praticado por um juiz ou tribunal é – pelo fato de ter sido praticado por um juiz – um ato de jurisdição. Ele naturalmente pode englobar o ponto 4º, mas ele tem também outra dimensão, porque envolve a atuação administrativa dos juízes e tribunais. No caso dos juízes o aspecto de administração talvez seja aquele relacionado ao tempo do processo. Esta é uma questão legal – e por consequência, de submissão, ou não, do juiz à lei – mas é vista nitidamente como uma questão de natureza administrativa. Juízes não só julgam, eles também administram o andamento do processo. E o tempo é seguramente o aspecto mais visível dessa gestão. Mas há outros aspectos, por exemplo: os despachos, tidos pela doutrina processual como atos de administração do processo; a marcação de audiência do processo; esforços pela solução conciliada do conflito, etc. Além dos assuntos tradicionalmente administrativos, como decisões sobre férias de outros servidores, e outros temas de “direção do foro”.

No caso dos tribunais, além desses mesmos aspectos apontados, há também aquilo que é descrito como *autogoverno*: desde decisões sobre promoções, até o regimento interno do tribunal. Aqui fica ainda mais visível a questão da administração da justiça ou administração do processo. Não no nível individual, como fazem os juízes, mas no nível macro de gestão: decisão sobre criar varas especializadas, ou sobre fechar outras; decisões sobre ter esta ou aquela composição para câmaras de julgamento colegiado; distribuição de competências internas, etc.

Tanto as consequências extraídas do ponto 4º como do ponto 5º exigem e admitem controle. Tanto um como o outro são bloqueados por dois dogmas que cercam o estudo doutrinário do Judiciário: independência e autonomia.

Sobre independência três observações são necessárias: a) qualquer noção de independência de juízes é uma construção exclusivamente doutrinária. b) isso acontece porque não há uma definição normativa de independência, e o capítulo relativo ao poder judiciário na Constituição de 1988 não faz qualquer menção à independência; ou seja, toda ideia de independência é extraída doutrinariamente da teoria da separação dos poderes e do artigo 2º da CF. c) por conta disso qualquer ideia de independência envolve uma definição político-constitucional dessa independência, relacionada à construção do Estado capaz de realizar a constituição e assegurar o desenvolvimento nacional.

Há-Joon Chang (2004) faz uma observação muito relevante para países em desenvolvimento como o caso do Brasil. Seu estudo, intitulado *Chutando a escada*, é uma reflexão sobre como países desenvolvidos, nas décadas recentes, passaram a exigir dos países em desenvolvimento padrões institucionais que eles próprios não adotaram quando de seu processo de industrialização e desenvolvimento do capitalismo no plano nacional. E ele identifica “judiciário independente” como uma dessas “instituições chave” que os países desenvolvidos propõem aos países em desenvolvimento, mas não necessariamente adotaram em sua fase de desenvolvimento. (CHANG, 2004, p. 12)¹⁵⁷

Então, para Chang (2004) a questão da independência do judiciário está inserida no processo e estratégias nacionais de desenvolvimento capitalista e está longe de ser uma questão absoluta, de contornos únicos, ou explicada simplesmente pela ideia de “império da lei”:

¹⁵⁷ Uma síntese da posição: Será, no entanto, verdade que as políticas e instituições tão recomendadas aos países em desenvolvimento foram adotadas pelos desenvolvidos quando se achavam em processo de desenvolvimento? Mesmo em termos superficiais, não faltam indícios e evidências históricas fragmentárias sugerindo o contrário. É possível que alguns saibam que, contrariamente à sua natureza nos séculos XVIII ou XX, o Estado francês do século XIX foi essencialmente conservador e não-intervencionista. Também é provável que estejam informados sobre as elevadas tarifas praticadas pelos Estados Unidos, pelo menos a partir do fim da Guerra da Secessão. Uns poucos terão ouvido dizer que o banco central norte-americano, o Federal Reserv Board, foi criado bastante tardiamente, nada menos que em 1913. E é possível que uma ou duas pessoas saibam até que, no século XIX, a Suíça se alçou à categoria de líder mundial em tecnologia sem contar com uma só Lei de Patentes. À luz dessas provas à visão ortodoxa da história do capitalismo, cabe indagar até que ponto os países desenvolvidos não estão procurando esconder o "segredo de seu sucesso". Este livro reúne vários elementos de informação histórica que contradizem a visão ortodoxa da história do capitalismo e oferecem um quadro abrangente, embora conciso, das políticas e instituições de que os países desenvolvidos se serviram quando estavam em processo de desenvolvimento. Em outras palavras, o que este livro pergunta é: como os países ricos enriqueceram de fato? A resposta mais sucinta é que eles não seriam o que são hoje se tivessem adotado as políticas e as instituições que agora recomendam às nações em desenvolvimento. (CHANG, 2004, p. 13)

O discurso contemporâneo sobre a 'boa governança' dá muita ênfase a um Judiciário politicamente independente, incumbido de administrar o 'império da lei'. Sem embargo, convém ter cautela ao abraçar essa retórica do 'Judiciário independente'. [...] Diante disso, é preciso compreender a qualidade do Judiciário não apenas no que se refere à independência política, e sim em algumas dimensões: o profissionalismo dos funcionários judiciais, a qualidade de seus julgamentos (não apenas do ponto de vista estreito do 'império da lei', mas também a partir de um ponto de vista societário mais amplo) e o custo da administração do sistema. (CHANG, 2004, pág. 141)

A própria definição do que seja *independência judicial* não é menos problemática. Em um estudo da segunda metade dos anos 1980, escrito para sustentar a necessidade de proteger a independência judicial na América Latina, Keith Rosenn (1987) propõe uma definição:

I would define judicial independence as the degree to which judges actually decide cases in accordance with their own determinations of the evidence, the law and justice, free from the coercion, blandishments, interference, or threats of governmental authorities or private citizens. (ROSENN, 1987, p. 7)¹⁵⁸

Como se vê este é um conceito que segue a trilha da doutrina tradicional quando se trata de considerar o que seja independência judicial. Dizer que a independência significa juízes decidindo livremente, conforme sua apreciação das provas e do direito, sem interferências externas é um lugar comum, que explica muito pouco. E que deixa de lado qualquer perspectiva de submissão democrática dos juízes e tribunais. O próprio Rosenn (1987) recorda a curiosa possibilidade – talvez não incomum – de se encontrar independência judicial em regimes autoritários:

Moreover, one can even find independent judiciaries in authoritarian regimes. An intriguing study of the Spanish judiciary under Generalissimo Franco revealed that the ordinary courts functioned with a high degree of independence, largely because politically sensitive cases were consistently diverted from the regular courts to special tribunals. (ROSENN, 1987, p. 3)¹⁵⁹

¹⁵⁸ “Eu definiria independência judicial como o grau em que juízes efetivamente decidem casos de acordo com suas próprias determinações da prova, do direito e da justiça, livres de coerção, agrados, interferência, ou ameaças de autoridades governamentais ou cidadãos particulares”. (tradução minha)

¹⁵⁹ “Além do mais, alguém pode até mesmo encontrar judiciários independentes em regimes autoritários. Um intrigante estudo do Judiciário da Espanha sob o Generalissimo Franco revela que os tribunais de justiça comum funcionaram com alto grau de independência, em grande parte porque casos politicamente sensíveis eram constantemente desviados dos tribunais regulares para tribunais especiais”. (tradução minha)

Ingeborg Maus (2010) para a influências das “Cartas aos juízes”, sob o regime nazista, insistindo em uma “orientação ‘axiológica’ dos juízes, em vez da vinculação legal”; ou seja, juízes estimulados a um alto grau de independência. Mas independência em relação à própria lei.

Como independência é um conceito doutrinário e não um conceito normativo, ele é muito suscetível a visões políticas ou mesmo acadêmicas sobre o que seja essa independência e qual sua extensão no mundo real da atuação dos juízes e tribunais. Ou mesmo do que se considere desejável ou não em termos de independência, ou do que deveria ser feito para assegurar mais independência. O estudo de Rosenn (1987) é um bom exemplo disso.

Mas se “um judiciário independente não significa um judiciário irresponsável” (ROSENN, 1987, p. 4), e se os conceitos de independência são altamente dependentes das concepções político-constitucionais sobre essa mesma independência – já que no caso da CF brasileira nem há referência direta a essa independência, exceto aquela deduzida diretamente do artigo 2o¹⁶⁰ – então como seria possível compatibilizar independência e responsabilidade?

As respostas não são simples e precisam ser construídas, sobretudo em relação às formas de responsabilização. Mas seguramente demissibilidade dos juízes seria um contrapeso importante quando se considera a conclusão de que não existe Judiciário no mundo que “possua grau de independência superior àquela constitucionalmente assegurada à Justiça brasileira”. (CLEVE, 1993, p. 294) Altíssimo grau de poder e independência precisam ser contrabalanceados com demissibilidade.

¹⁶⁰ Nelson Jobim relata que o artigo 2º (na entrevista ele equivocadamente fala em 3º) da Constituição não constava no texto que chegou à Comissão de Redação e que foi ali incluído por proposta do então deputado constituinte Michel Temer: “Como esse sistema tinha sido um sistema, digamos, atomístico de criação, a Constituição tinha nascido de vários mundos diferentes. Tu tinhas problemas e, aí, tu tinha que corrigir. Então, acabamos tendo, aqui, também, umas emendas substitutivas, modificativas, meia... camufladas com o nome dessa coisa. Terminado o segundo turno, vai para a Comissão de Redação. Quando chega na Comissão de Redação, tu tem o texto embolado [abre os braços]. Aí, você encontra falta, falhas de coisas, erros e não sei o quê. Aí o que é que acontece? Então, nós resolvemos, tomamos... O Dr. Ulysses chama, reúne as lideranças partidárias todas, independente de coloração, e decide o seguinte: “Vamos fazer modificações pela Comissão de Redação, desde que aprovado por unanimidade. OK?”. “OK”. Então, aí se apresentou textos novos na Comissão de Redação. Um dos textos novos é esse Artigo 3º, autoria do Michel Temer, que é aquele que diz: “Os poderes são autônomos, independentes entre si.” Não tem um troço assim? [...] Esse aí não existia na... Se você olhar o texto do segundo turno, vai ver que não existia isso. Isso aparece na Comissão de Redação. Outra coisa que aparece, além de outras coisas... Está tudo isso” (FONTAINHA et al, 2015, p. 123)

A ideia dessa independência sem limites só é inteiramente sustentada e justificada sobre seus instrumentos de garantia, o que remete à questão da *autonomia*: autonomia institucional e autonomia funcional da magistratura. (CLEVE, 1993).

Fugindo à perspectiva do doutrina constitucional tradicional – que considera a autônoma de modo estritamente descritivo dos dispositivos constitucionais que integrariam essa autonomia – proponho analisar a questão da autonomia como autonomia da política, na relação da sociedade com o Estado. (BRESSER-PEREIRA, 2010).

Luiz Carlos Bresser-Pereira (2010) propõe uma análise do modo como a sociedade constrói o Estado, e da possibilidade de “autonomia relativa” do Estado. Sua conclusão é que:

Não existe uma autonomia relativa do Estado em relação às classes sociais, mas existe uma autonomia relativa da política em relação a elas ou às restrições econômicas inerentes às sociedades capitalistas. (BRESSER-PEREIRA, 2010, p. 119)

Para ele, à medida que se amplia a democracia e a sociedade civil se democratiza, seu poder – o poder da sociedade civil – em relação ao Estado cresce e este deixa de ser instrumento exclusivo dos interesses da oligarquia ou da burguesia para se tornar instrumento de ação coletiva da sociedade. (BRESSER PEREIRA, 2013). Então: “Entre sociedade e Estado temos uma relação entre dois poderes: o poder informal da nação ou da sociedade civil e o poder formal do Estado”. (2010, p. 120)

Esta é uma questão que envolve a construção da nação e da sociedade civil, o que no caso brasileiro guarda a particularidade, registrada por Guerreiro Ramos, de que o Estado teria precedido a estruturação da nação brasileira. (BRESSER-PEREIRA, 2010). Oliveira Vianna via algo semelhante ao afirmar o *idealismo da constituição* de 1891, na ausência de uma opinião pública organizada em classes sociais, que caberia ao Estado organizar.

Para Bresser-Pereira (2010) a despeito de outras divisões existentes na sociedade, a divisão das classes sociais continua tendo o papel mais importante para a compreensão da dinâmica de relação sociedade-Estado, que deve ser analisada

pela ótica das coalizões de classe ou pactos políticos em cada tempo. “Uma coalizão de classes geralmente partilha uma estratégia nacional ou um projeto”. (p. 123)

Refletindo a consequência dessa relação e seu possível resultado na forma de “autonomia relativa do Estado”, ele considera que: 1º. O Estado é o instrumento de ação coletiva da sociedade organizada politicamente, servindo à realização dos objetivos políticos da sociedade; 2º. É através da política que a sociedade civil (ou a nação) reforma permanentemente o Estado, mudando a própria sociedade e promovendo o progresso. Sua conclusão, a partir daí, sobre a possibilidade de “autonomia relativa” é a seguinte:

Não cabe, portanto, se falar em “autonomia relativa do Estado”, ou, em outras palavras, não se pode atribuir autonomia relativa à burocracia eleita e à não eleita. Os oficiais eleitos e os não eleitos detêm uma posição estratégica no aparelho do Estado, mas jamais logram autonomia em relação ao restante da sociedade. Podemos, entretanto, falar na autonomia relativa da política – uma autonomia não em relação às duas formas de sociedade politicamente organizada (como seria a autonomia relativa do Estado), mas em relação, de um lado, às restrições econômicas e políticas, e, de outro, ao poder da classe dominante. (BRESSER-PEREIRA, 2010, p. 124)

Pensando em termos de estratégia de desenvolvimento nacional ele considera que não há autonomia relativa do Estado, mas autonomia relativa da política. A política teria autonomia, não em relação à nação e à sociedade civil, mas em relação às restrições econômicas e ao poder da classe dominante. Logo a autonomia da política, como proposta por Bresser-Pereira representa uma possibilidade de que oficiais públicos gozem de alguma margem de discricionariedade. Ela não é autonomia em relação à sociedade, pois surge da própria articulação de coalizões de classe no interior a sociedade civil ou da nação. Os oficiais públicos gozariam, assim, de certa liberdade para decidir:

De um lado, a palavra *autonomia* não significa que os oficiais públicos ou o governo possam impor sua vontade à sociedade, significa apenas que gozam de certa liberdade de decidir; de outro lado, a palavra *relativa* assinala que a autonomia é incompleta, que a política enfrenta restrições (*constraints*) estruturais que são sociais (o poder das classes e grupos sociais) e econômicas (as regras do funcionamento das economias capitalistas). (BRESSER-PEREIRA, 2010, p. 137)

A base dessa autonomia é a ideia de representação, pela qual os eleitores escolhem que deverá decidir sobre determinadas questões:

Esta autonomia é, portanto, inerente à função do político ou do alto servidor, porque sempre se espera deles que tenham algum grau de discricionariedade para tomar decisões. Não há nisto violência à democracia. A tese de que a democracia é o governo do povo no qual todos os cidadãos são iguais é uma ficção. (BRESSER-PEREIRA, 2010, p. 138)

Na democracia a autonomia da política se torna possível, mas a lei e as eleições servem como limite para os poderes autônomos dos oficiais públicos. O que se tem com a democracia é a expectativa de que se adote a melhor forma de Estado a corresponder com os interesses dos eleitores. (BRESSER-PEREIRA, 2010)

Em síntese, o que Bresser-Pereira tenta demonstrar é que em sociedades democráticas a autonomia relativa da política é uma forma de permitir aos oficiais públicos eleitos a realização de objetivos de desenvolvimento pretendidos pelos seus eleitores, a partir os interesses amalgamados em coalizões ou blocos de classe que se dispõe a representar a sociedade civil ou a nação na estruturação do Estado, o qual aparece como instrumento de ação coletiva dessa mesma sociedade.

Mas o que essa noção sobre a autonomia da política tem a dizer sobre o problema aqui posto, que diz respeito à autonomia do Judiciário? Fica evidente que a ideia de autonomia da política está assentada sobre a ação daqueles que são escolhidos através de eleições – pressuposto das sociedades democráticas – para que possam tomar decisões. Em hipótese alguma seria possível aplicar a mesma noção de autonomia para oficiais públicos não eleitos. Ou seja, a autonomia é da *política*. Essa autonomia se exerce a partir de normatizações sobre a ação do Estado, que devem se sobrepor aos interesses dos oficiais não eleitos. Se assim não for, a autonomia dos não eleitos anulará a autonomia dos eleitos.

Portanto a *autonomia* à qual a Constituição se refere não pode ser autonomia no sentido de tomada da decisão política, a qual deve permanecer sendo da sociedade civil ou da nação, através de seus representantes eleitos. A autonomia do Judiciário só pode ser entendida como autonomia nos estritos limites da lei e da Constituição. A decisão política sobre os mecanismos de realização da administração da justiça não pertence, e nem poderia pertencer, ao Poder Judiciário. O que significa dizer que não há impedimento para que o Legislativo, através da legislação

infraconstitucional, ou mesmo através de emenda à constituição reconfigure, sempre que necessário, essa organização.

Em qualquer sentido, nem *independência* nem *autonomia* são impeditivos para a existência de controle sobre o judiciário. Mas a questão suscitada no título deste subcapítulo é se a democracia requer controle do judiciário. A resposta é sem dúvida positiva. E neste caso a extensão da independência e da autonomia do judiciário conferidas pela Constituição de 1988, mal compreendidas, como visto, estão a exigir o contrapeso do controle e da submissão dos juízes e tribunais à lei.

Mas o que significa *submissão dos juízes e tribunais à lei* no caso brasileiro? Alysson L. B. Mascaro (2008) ao analisar a legalidade brasileira afirma que ela surge diversa do modelo próprio da teoria jurídica europeia, posto que “formou-se na peculiaridade da exploração periférica, numa dialética explorada em relação ao capitalismo central”. Ou seja, é uma legalidade que não alcança a pretensão de neutralidade que adquiriu nos países centrais do capitalismo. Então a legalidade brasileira, como legalidade do capitalismo periférico, se constrói sobre uma desigualdade que não é apenas real, mas também formal, ela:

Esse capitalismo periférico e dependente resulta numa clara impossibilidade de uma instância jurídica neutralizadora e técnica, como no caso típico do capitalismo central. “[...] não se legitima pela neutralidade ou pelo mero tecnicismo, mas sim pela própria operacionalidade política em favor da maximização dos interesses burgueses. (MASCARO, 2008, p. 94)

Se essa crítica está correta – que nossa legalidade surge limitada no aspecto da neutralidade e com uma particular operacionalidade em relação à sua função no processo de exploração capitalista – e a estou tomando como correta, então há um significado específico que se pode atribuir à ideia de submissão de juízes e tribunais – não só como operadores dessa legalidade, mas também como beneficiários dela – à lei.

Se no centro o problema da submissão à lei envolve uma gradativa evolução da legalidade, aqui o que se verifica é uma legalidade mitigada que nunca se impôs totalmente como instância neutralizadora sobre os agentes estatais, elites e, especialmente, sobre o judiciário, partícipe que foi da instauração dessa legalidade

dependente ainda sob o domínio da coroa portuguesa conforme identificou Stuart B. Schwartz (2011).

Neste caso, mais importante do que adotar – por simples importação – ou desenvolver construções doutrinárias para lidar com a questão metodológica do direito – especialmente sobre a legalidade a partir dos princípios, pois sob a particularidade acima ela se torna o espaço para a contínua fuga à legalidade – e sim constatar que a legalidade mitigada só deixou juízes e tribunais à vontade muito antes da onda metodológica da interpretação segundo os princípios.

Então aqui – nessa pesquisa – o problema da submissão dos juízes e tribunais à lei é mais básico e envolve:

1º. Considerar que nem tudo o que o juiz faz é justiça e que, portanto, independência deve ser invocada num nível muito básico e específico, qual seja, o de concretizar a escolha legislativa de maneira bastante restrita.

2º. Que juízes e tribunais precisam, antes de mais nada, cumprir a lei, e isso diz especial respeito àquelas situações em que a lei lhes estabelece condutas ou diretrizes de organização.

Sem essa percepção é impossível qualquer avanço em termos de compatibilizar judiciário e democracia. Perguntar se o Conselho Nacional de Justiça realiza essa compatibilização é relevante, tanto quanto perguntar se, pela forma como ele foi pensado, poderia fazer isso. A ideia de independência contém uma deturpação considerável no Brasil, porque ela contém uma ideia de irresponsabilidade e de não controle.

O segundo problema é o da autonomia e autogoverno. Está claro que há níveis de autonomia relativa, como descrito por Bresser Pereira (2010), mas a autonomia relativa é da política frente ao Estado, ou seja, dos oficiais públicos eleitos, e a possibilidade de assegurar algum grau de autonomia aos agentes eleitos significa também pensar a autonomia do judiciário como limitada, pois ela não se assenta sobre a mesma fonte de onde decorre a autonomia relativa da política dos eleitos.

Por fim é preciso distinguir aplicação da lei de administração da justiça. Aplicar a lei é certamente uma tarefa dos juízes e tribunais e é para que eles apliquem a lei que faz algum sentido dizer que são independentes; ou melhor, é apenas porque eles vão aplicar a lei e assegurar o resultado das escolhas democráticas que devem ser – nisto – independentes. Mas definir políticas de administração da justiça nada tem a ver com independência e tampouco tem a ver com autonomia ou qualquer ideia de autogoverno.

Administração de justiça envolve escolhas políticas, e exatamente para que o judiciário possa seguir existindo de forma autônoma, ele não pode fazer escolhas políticas. Se o judiciário faz escolhas políticas então precisamos considerar que nem tudo o que o judiciário faz é jurisdição e o judiciário faz política. A primeira função pertence efetivamente a ele – aos juízes e tribunais – mas a segunda, tomar decisões políticas sobre como administrar justiça é uma função que apenas circunstancialmente, e por escolha política do povo, pode ser atribuída ao judiciário. Ela não é uma função materialmente ligada ao Judiciário.

Controle do judiciário neste nível não só pode ser exercido por integrantes de outros poderes e da sociedade como deve ser assim (ou, no mínimo) é desejável que assim seja. Isso tem ainda mais sentido no Brasil onde a estrutura do judiciário e as características das origens de nosso Estado a partir de nossa experiência de desenvolvimento fez dos juízes agentes políticos intocáveis e irresponsabilizáveis. A impossibilidade de demissão por *misbehaviour* (mau comportamento) – que para Hamilton era a única situação a justificar a perda do cargo – segue simbolizando de forma emblemática essa irresponsabilidade¹⁶¹.

É possível alcançar controle e responsabilização que compatibilizem o judiciário com a democracia no Brasil a partir da ação do Conselho Nacional de Justiça? Não.

O CNJ do Brasil é o único modelo aceitável e constitucionalmente válido de controle sobre a atividade dos juízes e do judiciário? Não.

Depende do povo, através de seus instrumentos de soberania, definir os mecanismos desse controle. E essa talvez seja a grande oportunidade de uma ruptura

¹⁶¹ Não sem seus próprios paradoxos se considerarmos que os únicos agentes julgadores do judiciário demissíveis são os ministros do STF, que podem perder o cargo por impedimento.

democrática; a superação da democracia tutelada – da “multidão criança”, por uma aristocracia que se diz democrática, mas que contém seu oposto.

6.2. SUPERAR O BLOQUEIO E A AUTOPROGRAMAÇÃO

A pesquisa desenvolvida nos capítulos 3 e 4 aponta, com alta probabilidade, que o modelo de controle estabelecido pelo Conselho Nacional de Justiça, definido constitucionalmente e modelado a partir das decisões do STF – especialmente aquela da ADI 3.367, mas não só – não reduziu o insulamento do judiciário em relação à sociedade e aos demais poderes.

Essa é uma conclusão a que chegou Roberto Fragale Filho (2013) que considerou que:

Assim, uma otimista avaliação de sua atuação ao longo de suas três primeiras gestões indicaria que “a redoma sofreu fraturas, (pois) foi rompida a inércia e enfrentados tabus” (Sadek, 2010). Este diagnóstico pode, entretanto, ser pertinentemente contestado na medida em que se sustente, por um lado, que as fraturas não alteraram sua opacidade (ainda que tenham lhe dado maior visibilidade) e, por outro lado, que elas não possibilitaram o desenvolvimento de um controle efetivamente externo no governo da Justiça (ainda que tenham ampliado a arena do debate). (FRAGALE FILHO, 2013, p. 976) (grifo meu)

A conclusão é colocada ainda em termos de controle “externo” e embora neste trabalho se considere essa uma expressão imprópria, ela sintetiza o ponto problemático da discussão acerca de órgãos como o CNJ: como realizar controle sobre o judiciário.

No entanto, as constatações que se acumularam na pesquisa mais atrás levam as conclusões além. Não só não se reduziu a “opacidade” do judiciário, como o modelo desenhado e “modulado” pelo STF conduziu a um bloqueio quanto às possibilidades de controle do judiciário e favoreceu a manutenção – e é possível afirmar mesmo a ampliação – de mecanismos de autoprogramação interna.

Mas qual a fonte de tal resultado? E de onde provém a força centrípeta que conduz à constante observação do judiciário a partir de seus próprios vértices?

Analisando os limites do direito e da democracia em um estudo que procura demonstrar a compatibilidade entre estado de direito e governo democrático, analisando particularmente a questão da atuação e controle da ação dos juízes, John Ferejohn e Paquale Pasquino (2003) mostram como por serem “instituições corporificadas”, a relação entre direito e democracia conduz aos problemas “de agência”:

Insofar as the operation of law requires independent judges, able to hear and resolve disputes more or less impartially, judges will have latitude to behave opportunistically: to render decisions for private or biased reasons, or at least reasons not acceptable to the public or its representatives. This is a reason for putting in place controls that attenuate to some extent the degree of judicial insulation from political officials¹⁶². (FEREJOHN e PASQUINO, in MARAVALL e PRZEWORSKI, 2003, p. 243)

A questão é colocada em termos de necessidade de que haja controle sobre juízes e tribunais. Mas, por outro lado, este controle não pode atingir os julgamentos, porque:

[...] if those political officials are able to interfere with judging, they can abuse that capacity by interfering opportunistically in pursuit of their own partisan or pecuniary objectives¹⁶³. (FEREJOHN e PASQUINO, in MARAVALL e PRZEWORSKI, 2003, p. 243)

O ponto a considerar é como se pode produzir equilíbrio entre essas duas possibilidades assegurando que nenhuma ocorra. Em primeiro lugar é preciso considerar, com os autores, que “juízes valorizam a legalidade [...] como a principal fonte de sua própria autoridade”. Mas a legalidade pode surgir como um limite, à medida que “seu desejo por ter sua autoridade ampliada entra em conflito com os interesses dos políticos capazes de diminuir a autoridade judicial”. É por isso que juízes (e tribunais) se valem de considerações institucionais em defesa de sua autoridade, abrindo um segundo nível de conflito: conflito institucional. Mas tanto o

¹⁶² “Na medida em que a operação do direito requer juízes independentes, capazes de ouvir e resolver disputas de modo mais ou menos imparcial, juízes vão ter a liberdade para agir de forma oportunista: tomar decisões por razões particulares ou enviesadas, ou ao menos por razões não aceitáveis para o público ou seus representantes. Esta é a razão para aplicar controles que atenuem em alguma extensão o grau de isolamento judicial em relação aos políticos”. (tradução minha)

¹⁶³ “[...] se aqueles políticos são capazes de interferir com julgamentos, eles podem abusar desta capacidade interferindo de forma oportunista em busca de seus próprios objetivos pecuniários ou partidários”. (tradução minha)

conflito ideológico como o conflito institucional são conflitos políticos, nos quais subjaz o “desejo de manter ou aumentar sua autoridade” e, portanto, “não está necessariamente conectado às normas de legalidade em si”. (FEREJOHN e PASQUINO, 2003, p. 258).

Ou seja, os conflitos entre juízes e demais agentes do Estado são conflitos políticos guiados por um nível mais ou menos explícito de disputa por autoridade (poderíamos dizer poder político, como observado no capítulo 1). Os conflitos institucionais são balizados por esse desejo dos juízes (e tribunais) “de manter ou aumentar sua autoridade”. A legalidade aparece como um argumento, assim como uma ideia particular de separação de poderes.

A independência dos juízes é o motor da força centrípeta que age sobre a ideia de que como tudo que juízes fazem é jurisdição, e políticos não devem interferir nos julgamentos – ou seja, no ato de jurisdição em si – então não é possível nenhum controle sobre o judiciário que não seja aquele realizado pelo próprio judiciário.

É exatamente neste ponto que a questão precisa ser distinguida. O problema não é da disputa sobre o sentido da lei ou do estado de direito que pode aparecer nas decisões dos juízes. A controvérsia mais fundamental é a que se estabelece sobre a manutenção e ampliação da autoridade. Qualquer comunidade política pode escolher ampliar ou reduzir a autoridade dos juízes e tribunais, e pode fazê-lo através do parlamento. A distinção que precisa ser evidenciada é que disputa sobre autoridade não é disputa sobre julgamento. E que discussão sobre a organização e forma de exercício da jurisdição não é interferência em julgamento.

Em resumo: decidir conflitos e aplicar a lei a um caso concreto é uma função materialmente atribuída a juízes e tribunais. Mas decisões políticas sobre administração da justiça não são; decisões sobre áreas de atuação prioritária ou sobre como organizar serviços e distribuí-los também não. Assim como não são função material do judiciário aplicar sanções a juízes que agem fora da lei.

Há outra razão que pode explicar a expansão da autoridade do judiciário e, em decorrência, a ausência de controle sobre a atuação de juízes e tribunais. Ferejohn e Pasquino (2003) consideram que “legislaturas indecisas e imobilizadas são um cenário provável para o desenvolvimento de uma autoridade judicial com funções ampliadas”. (p. 250). Como juízes fazem política utilizando-se de razões legais, as pessoas cujas condutas estão sendo regulamentadas acabam por antecipar o

discurso judicial. Os argumentos dos agentes públicos, membros dos outros poderes, tendem a antecipar em seus debates argumentos que poderão ter mais peso em um processo. E as decisões políticas dos políticos são debatidas em termos jurídicos e decididas como questões legais. (FEREJOHN e PASQUINO, 2003, p. 250).

A consequência dessa leitura, com a qual concordo, é que o judiciário aparece como uma espécie de *poder de crise*, que decide questões controversas quando crises, ainda que pontuais e transitórias, impedem a tomada de decisão política no parlamento ou no governo.

O bloqueio e a autoprogramação do judiciário são, ao que parece, consequência da interpenetração dessas duas condições, apontadas acima.

De um lado, na ação para expandir sua autoridade, juízes e tribunais invocam independência e autonomia de forma absoluta a partir de uma constante demarcação quanto à sua “competência”, cuja área de abrangência sempre cresce. Cláudio Ladeira de Oliveira (2020) faz uma crítica bastante contundente dessa possibilidade e como ela é construída no Supremo Tribunal Federal. Ele mostra como no caso do STF “os próprios ministros do STF passaram a reivindicar para a corte que integram uma espécie e legitimidade política ampliada, cada vez mais em evidente concorrência de funções com o parlamento”. (OLIVEIRA, 2020, p. 80) O ponto de intocabilidade, no caso do STF, residiria em sua função de “guardião” da constituição como a única salvaguarda possível da sempre reiterada supremacia da constituição. Mas, como bem recorda Oliveira (2020) ignora que “é necessário considerar a hipótese de que o próprio tribunal, no exercício de suas competências, possa oferecer riscos autocráticos à vigência da Constituição”. (OLIVEIRA, 2020, p. 79)

Essa intocabilidade se expande pelo judiciário e comparece ao discurso judicial por muitos caminhos. Mas o principal continua sendo uma ideia especial sobre o alcance da separação dos poderes nas condições da democracia, que coloca uma perspectiva de separação absoluta que, curiosamente (e de forma ambígua) nega Montesquieu – nega a ideia de juiz como boca da lei – mas o torna absoluto quanto à total separação de poderes que ele próprio nunca propôs. A perspectiva de separação absoluta nega o único componente democrático da teoria de separação de poderes de Montesquieu: o juiz como boca da lei.

A fonte dessa intocabilidade reside em um pequeno mas determinante detalhe quanto a essa visão de separação dos poderes, como anunciado acima: a ideia segundo a qual tudo o que juízes e tribunais fazem é justiça (ou jurisdição, como tenho utilizado aqui). A ideia de autonomia e de autogoverno bebem dessa mesma fonte, pois são apresentadas como garantias da realização da *justiça independente*. Mas autogoverno da instituição judiciário é autoprogramação.

O outro lado da questão é dado, como identificado acima, pelas condições políticas das legislaturas, tornando decisiva as condições de ação do parlamento. Ou seja, a capacidade de expandir-se e autoprogamar-se do judiciário será tanto maior quanto mais reticente e imóvel estiver o parlamento quanto às decisões políticas de modo geral, e quanto às decisões sobre limites de ação do judiciário de modo particular.

6.3. NEM INTERNO, NEM EXTERNO: CONTROLE POLÍTICO DO JUDICIÁRIO

É sobre o mesmo fundamento, qual seja, a independência dos juízes e do judiciário, que se assenta a dicotomia interno-externo que balizou o debate sobre a existência do Conselho Nacional de Justiça desde a Assembleia Constituinte. E continuou sendo assim com as propostas de emenda constitucional e a Emenda 45 aprovada. E novamente no debate pós-criação do Conselho no julgamento da ADI 3367.

A *independência* apresentada como pedra de toque da atuação judicial, numa leitura unilateral dos juízes e tribunais vai colocar qualquer tentativa de controle do judiciário como indevida e “externa”. Por outro lado, nessa mesma leitura unilateral, para a defesa dessa independência deve existir um órgão semelhante àquele criado a partir da Emenda Constitucional 45. É assim que a União Internacional de Magistrados trata a questão no “Estatuto internacional do juiz”, aprovado em seu congresso de 1999 e atualizado em 2017:

A fin de salvaguardar la independencia judicial, debe crearse un Consejo de la Judicatura, u otro órgano equivalente, salvo en los países en los que tradicionalmente se garantiza esta independencia por otros medios. El Consejo de la Judicatura debe ser completamente independiente de los demás poderes del Estado. Debe estar compuesto por una mayoría de jueces elegidos por sus compañeros,

de acuerdo con procedimientos que aseguren su mayor representación. (AIM, 2017)¹⁶⁴

A consideração de que os membros do conselho deveriam ser escolhidos por seus pares, no caso do Estatuto, nem de longe pode significar alguma perspectiva de controle democrático senão o seu ainda maior fechamento “interno”. A evidenciar o sentido geral do Estatuto, dois notáveis teóricos da separação são invocados na abertura do texto: Montesquieu, e a ideia base de que “não há liberdade se o poder de julgar não estiver separado do executivo e do legislativo”; e Hamilton e sua consideração de que o poder judiciário é o “menos perigoso” para os direitos políticos. O mais importante é que esse conselho, com maioria de juízes, é visto como uma salvaguarda da independência.

Se olharmos para o conselho brasileiro, a partir de sua composição e da decisão do STF na ADI 3367 é possível ver algo muito semelhante ao que propõe o Estatuto Internacional do Magistrado. Em síntese não há controle, mas sim a busca por um mecanismo de garantia da independência.

A disputa interno-externo reflete, em algum nível, um aspecto daquilo que Ferejohn e Pasquino (2003) descrevem como a “tensão mundana entre democracia e direito”. Essa tensão surge do fato que a legislação transita de uma instituição para outra, e cada uma delas opera de acordo com normas e expectativas distintas. A “tensão mundana” aqui vai aparecer entre o parlamento que reivindica autoridade soberana para legislar e fazer escolhas políticas e tribunais que reivindicam autoridade para regular relações sociais. (FEREJOHN e PASQUINO, 2003).

Essa tensão vai emergir sob a forma de discussão sobre a independência. E qualquer tentativa de limitar a ação de juízes e tribunais vai ser colocada como um atentado à independência. A questão a considerar é: a existência de um órgão de controle da atuação do judiciário em moldes diferentes dos definidos pela EC-45 (e ADI 3367) e desejados pela U.I.M, representaria uma ameaça à independência dos juízes e tribunais?

¹⁶⁴ Na sequência do mesmo artigo: “El Consejo de la Judicatura puede tener miembros que no sean jueces, para representar la variedad de la sociedad civil. Para evitar cualquier sospecha, estos miembros no pueden ser políticos. Deben tener las mismas calificaciones en términos de integridad, independencia, imparcialidad y habilidades de los jueces. Ningún miembro del Gobierno o del Parlamento puede ser al mismo tiempo miembro del Consejo de la Judicatura”.

Se nós observamos a questão por uma ótica como aquela proposta por Ferejohn e Pasquino (2003), que procura preservar e equilibrar governo democrático e estado de direito, sem sacrificar a democracia, a maneira – talvez única – de preservar a ideia de independência judicial é exatamente dar-lhe um contrapeso na forma de um instrumento de controle da administração da justiça. Um mecanismo para “processar conflitos”. E ele necessariamente precisa estar fora do Judiciário. Ou seja, se aceitamos o que propõe o Estatuto Universal do Juiz de que o conselho precisa ser “independente dos outros poderes”, ele precisará também ser independente em relação ao “poder” judiciário.

Ser “independente dos outros poderes” torna impossível que esse contrapeso ou mecanismo de controle seja exercido pelo legislativo ou por um meio específico de expressão da soberania popular? Os que respondem sim a essa pergunta consideram a independência de juízes e tribunais como um valor absoluto, e o “império da lei” de um modo completamente formal. Instituições são “povoadas” (PRZEWORSKI, 2020; FEREJOHN e PASQUINO, 2003); são formadas por pessoas com interesses e visões políticas. E ainda que a independência do juiz seja importante para que ele decida conflitos entre pessoas – ou entre essas e o Estado – e realize a aplicação da lei, ela não tem sentido quando se trata de decisões de natureza política. Juízes podem ser levados ou tentados a tomar decisões políticas em substituição ao parlamento. E ainda que lhes deem a aparência de uma discussão sobre “Estado de Direito” ou “império da lei” elas continuarão sendo decisões políticas, submetidas às condições próprias das construções políticas. Além do mais, as decisões sobre a forma de realizar e organizar a administração da justiça – formação de tribunais, número e remuneração de juízes, regras processuais, deveres funcionais dos juízes, entre muitos outros temas – são questões políticas, que implicam na tomada de decisões políticas. Não se pode colocá-las sob o a capa da *independência*. Que juízes possam participar dessas decisões políticas, como cidadãos ou como integrantes da instituição judicial é saudável e até desejável. Que sejam os únicos ou que apenas uma composição em que sejam majoritários possa fazer isso é “tensão mundana” por autoridade.

Há ainda um outro aspecto que deve ser considerado para o controle político do judiciário: a questão da submissão de juízes e tribunais à lei. Não se trata “império da lei”. A ideia de submissão à lei é frequentemente empregada como um ponto de

reforço da independência e da liberdade de convicção dos juízes, baseada na afirmação de que juízes só se sujeitam à lei. Visto assim afirmar a submissão dos juízes e tribunais à lei poderia parecer contraditório. Então é preciso ter em mente que *submissão à lei* é empregado aqui em um sentido bastante particular: juízes e tribunais devem submeter-se a regras de atuação e organização definidas politicamente pelo parlamento ou por um órgão de controle político da atividade de administração da justiça que não integra o judiciário. Esse controle inclui, inevitavelmente, as sanções para aquelas situações em que juízes e tribunais agem *fora da lei*, ou seja, ações que desrespeitem a lei ao nível da prática de ilícitos administrativos ou penais que impactam sobre a autoridade judicial. E as sanções precisam necessariamente incluir a demissibilidade, a possibilidade de juízes serem demitidos por má conduta. Ou seja, juízes devem “ir para casa” quando perdem a confiança do povo tanto quanto agentes políticos eleitos.

Não pretendo apresentar uma proposta quanto ao formato desse controle político, mas considero que de um ponto de vista democrático e constitucional positivo: 1) não há qualquer óbice constitucional que ele seja realizado por um órgão integrado ao parlamento. 2) ele deve ser independente em relação ao judiciário. 3) ele deve se distanciar de qualquer proposta que considere essencialmente a presença de integrantes do chamado “sistema de justiça” para evitar sua captura pelas corporações. 4) precisa necessariamente refletir alguma expressão da soberania popular. 5) deve poder aplicar a demissão a juízes por má conduta. 6) ele deve poder exercer controle sobre todos os tribunais. 7) precisa ser concebido como um mecanismo de processamento de conflitos políticos entre instituições de aplicação da lei e instituições da democracia.

A viabilização do controle político não demanda novos (ou velhos) mecanismos de natureza institucional. O ponto nodal está em, reconhecendo a histórica base sobre a qual se assenta a separação – a disputa do poder político –, atuar sobre a tensão entre os poderes a partir de uma perspectiva de soberania popular. Isso pode ser feito através de uma demarcação política consistente dos territórios de decisão, com atuação do parlamento em decisões sobre a esfera da administração da justiça, e com a canalização do conflito político, evitando, tanto quanto possível, sua convergência na direção dos tribunais.

CONCLUSÕES

Democracia e Estado de Direito estão colocados sistemas institucionais distintos, lembram Ferejohn e Pasquino (2003). Democracia, como se viu, diz respeito aos processos e instituições relativos às eleições para escolha de governantes e membros do legislativo. O judiciário é uma instituição de operação do Estado de Direito, ou do “império da lei”. Embora seja possível compatibilizar estado de direito e democracia, essa não é uma combinação necessária e pré-determinada. No mesmo sentido, a separação de poderes pode se inserir, ou não, em um arranjo democrático, do mesmo modo que o judiciário pode ou não funcionar de modo adequado à democracia.

A questão do controle pelo povo é decisiva para a compreensão da democracia pois diz respeito à possibilidade de quem não exerce diretamente o poder controlar aqueles que o exercem, especialmente através das eleições. Membros do judiciário, embora integrantes da autoridade [estatal] estabelecida, como enfatiza John Griffith (1997) não são eleitos o que determina que o controle sobre sua ação deva decorrer de outros mecanismos que não as eleições para que sua atuação seja conformada a uma ideia básica de “governo do povo”.

O problema de pesquisa perguntou se o Conselho Nacional de Justiça conseguiu adequar o judiciário brasileiro às condições da democracia. O desenvolvimento da pesquisa se fez sobre uma retrospectiva da atuação do Conselho, mas também sobre considerações teóricas acerca de como o controle poderia levar a essa adequação.

A conclusão geral pode ser assim enunciada: o Conselho Nacional de Justiça em sua posição institucional constitucionalmente definida e em seu funcionamento não logrou tornar-se um mecanismo capaz de realizar o controle do judiciário brasileiro que pudesse adequá-lo e fazê-lo corresponder às exigências e condições da democracia contemporânea no Brasil. O detalhamento desse resultado conduz a outras conclusões que se desdobram em sentido descritivo e sem sentido prescritivo.

As primeiras encerram constatações sobre as razões que determinaram a incapacidade de o Conselho ser uma instituição que adequasse o judiciário brasileiro

às condições da democracia, e podem ser assim enunciadas: Essa incapacidade está associada:

1º. Ao predomínio, no direito constitucional brasileiro, de uma formulação teórico-doutrinária formalista que considera toda e qualquer atuação de juízes e tribunais como exercício de jurisdição. Essa formulação se expressa ainda com maior intensidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do próprio Conselho Nacional de Justiça.

2º. A visão segundo a qual tudo o que um juiz ou tribunal faz é justiça é o fundamento de uma ideia absoluta (e formal) de independência que torna juízes e tribunais intocáveis e incontroláveis em suas atuações.

3º. Conduzida por essa ideia absoluta de independência, baseada na equívoca percepção de que tudo o que juízes e tribunais fazem é justiça, a única possibilidade de controle do judiciário admitida é o controle “interno”, realizado por um órgão internalizado na estrutura do judiciário e – por definição jurisprudencial do STF na ADI 3367 – hierarquicamente submetido à Suprema Corte.

4º. Contaminada por essa noção absoluta de independência – e pela (inexplicada) construção formalista que trata tudo como jurisdição e fora do controle ou fiscalização pelos demais poderes e pela sociedade – a noção constitucional de autonomia do judiciário também é apresentada de forma bastante particular para sustentar uma ideia de autogoverno do judiciário. O CNJ passa, de órgão de controle, a órgão central do autogoverno.

5º. A consequência mais geral dessas construções é, de um lado o bloqueio de qualquer mecanismo de controle do judiciário que não seja aquele admitido pelos próprios juízes (em sua organização associativa) e tribunais; e de outro a transformação do Conselho Nacional de Justiça em instrumento de autoprogramação do poder a partir da autorreprodução das visões (e interesses) de juízes e tribunais, restringindo nesse ponto a soberania popular e dificultando a realização de um elemento chave da inserção dos judiciário na democracia: a submissão dos juízes e

tribunais à lei. Submissão dos juízes e tribunais à lei tem um sentido específico, não se referindo às leis em geral, ou a todas as leis, mas especialmente às leis que determinam ou restringem a atuação dos juízes e tribunais.

As conclusões de sentido prescritivo envolvem, em linhas gerais, perspectivas de fundamento para a realização de controle do judiciário em sentido de adequá-lo à democracia. Sob essa ótica, quanto ao formato desse controle, que descrevo como *controle político*, de um ponto de vista democrático e constitucional positivo deve levar em conta as seguintes premissas: 1) não há qualquer óbice constitucional que ele seja realizado por um órgão integrado ao parlamento, sem que isso seja considerado uma ofensa à separação de poderes. 2) ele deve ser independente em relação ao judiciário e, portanto, ainda que possa ter juízes entre seus membros, nem devem ser maioria e nem a ausência deles ofende, em qualquer sentido, a separação de poderes. 3) ele deve, em sua formação, se distanciar de qualquer proposta que considere essencialmente a presença de integrantes do chamado “sistema de justiça” para evitar sua captura pelas corporações. 4) precisa necessariamente refletir alguma expressão da soberania popular, pois decisões sobre forma e meio de administrar justiça não dizem respeito à atuação jurisdicional dos juízes nem são decisões que estão sob o manto da independência. 5) deve poder aplicar a demissão a juízes por má conduta, como forma de igualar as condições dos exercentes de poder político quanto a “ir para casa” quando não mais possam exercer o cargo – os de cargos eletivos pela derrota na eleição; os juízes, não eleitos, pela demissão. 6) ele deve poder exercer controle sobre todos os tribunais. 7) precisa ser concebido como um mecanismo de processamento de conflitos políticos entre instituições de aplicação da lei e instituições da democracia.

REFERÊNCIAS

“OAB CONTRIBUI PARA O DESMONTE DO PODER JUDICIÁRIO”, AFIRMA AMB EM NOTA DE REPÚDIO. (21.10.2016). Disponível em <https://www.amb.com.br/oab-contribui-para-o-desmonte-do-poder-judiciario-afirma-amb-em-nota-de-repudio/> (acesso em 29 de maio de 2022)

A ESCOLA. Disponível em: <http://emab.com.br/escola> (acesso em 29 de maio de 2022)

ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. Revista de Direito Administrativo da FGV, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr, 2014.

AGAMBEM, Giorgio. Homo sacer. O poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

ALVES, Alexandre Henry. Regime jurídico da magistratura. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

AMATRA IX REPUDIA ATAQUES A MAGISTRADA EM AUDIÊNCIA. (07.04.2021). Disponível em <https://www.amb.com.br/amatra-ix-repudia-ataques-a-magistrada-em-audiencia/> (acesso em 29 de maio de 2022)

AMB LANÇA CAMPANHA “A TURMA DA MÔNICA E O JUDICIÁRIO” EM PARCERIA COM O STF. <https://www.amb.com.br/amb-lanca-campanha-turma-da-monica-e-o-poder-judiciario-em-parceria-com-o-stf/> (acesso em 02/06/2020) AMB lança campanha “A Turma da Mônica e o Poder Judiciário” em parceria com o STF

AMB MANIFESTA IRRESIGNAÇÃO COM REAJUSTE APENAS PARA SERVIDORES DE UM ÚNICO ÓRGÃO. (23.12.2021). Disponível em <https://www.amb.com.br/amb-manifesta-irresignacao-com-reajuste-apenas-para-servidores-de-um-unico-orgao/> (acesso em 29 de maio de 2022).

AMB REPUDIA PREMIAÇÃO DE MAU JORNALISMO. (15.06.2016). Disponível em <https://www.amb.com.br/amb-repudia-premiacao-de-mau-jornalismo/> (acesso em 29 de maio de 2022)

AMB REPUDIA REPRESENTAÇÃO DE LULA À ONU CONTRA MORO E DEFENDE AUTONOMIA DE JUÍZES BRASILEIROS. (28.07.2016). Disponível em <https://www.amb.com.br/amb-repudia-representacao-de-lula-a-onu-contramoro-e-defende-autonomia-dos-juizes-brasileiros/> (acesso em 29 de maio de 2022)

AMB SE MANIFESTA CONTRA MATÉRIA DO JORNAL O GLOBO. (23.10.2016). Disponível em <https://www.amb.com.br/amb-se-manifesta-contramateria-do-jornal-o-globo/> (acesso em 29 de maio de 2022)

APAMAGIS GANHA ASSENTO NO ÓRGÃO ESPECIAL DO TJ-SP. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-30/apamagis-participara-sessoes-orgao-especial-tj-sp> (acesso em 29 de maio de 2022)

APRESENTAÇÃO. Disponível em: <https://www.ajufe.org.br/ajufe/apresentacao> (acesso em 29 de maio de 2022)

ARENDR, Hannah. O que é a política. Tradução: Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

BERAS, César. A revolução francesa de 1848: o desenvolvimento do capitalismo e as cartas de Paris de Sebastião Ribeiro de Almeida. RIHGRGS, Porto Alegre, n. 154, p. 47-75, julho de 2018

BERCOVICI, Gilberto. Estado intervencionista e constituição social no Brasil: o silêncio ensurdecedor de um diálogo entre ausentes. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5642052/mod_resource/content/1/Aula%203%20-%20Bercovici%20-%20Ausentes.pdf, acesso em 15 de março de 2022.

BERCOVICI, Gilberto. O controle externo do judiciário e a soberania popular. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Reforma do Judiciário analisada e comentada. São Paulo: Editora Método, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo. 2ª. Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BOBBIO, Norberto. A teoria das formas de governo. 4ª. Edição. Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política: A filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000.

BORDIEU, Pierre. O poder simbólico. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989.

BORGES, Jorge Luis. El idioma analítico de John Wilkins. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4465622/mod_resource/content/1/BORGES_ElIdiomaAnaliticoDeJohnWilkins.pdf. (Acesso em 24/06/2022)

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Censo do Poder Judiciário. Brasília/DF: CNJ, 2014. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/CensoJudiciario.final.pdf> (acessos entre 25/05 e 05/06 de 2022)

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Compilação de Resoluções CNJ – Resoluções 01/2005 a 91/2009 com índice por temas e expressões. Volume I. Brasília, DF: CNJ, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Compilação de Resoluções CNJ – Resoluções 94/2009 a 210/2015 com índice por temas e expressões. Volume II. Brasília, DF: CNJ, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Compilação de Resoluções CNJ – Resoluções 211/2015 a 264/2018 com índice por temas e expressões. Volume III. Brasília, DF: CNJ, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Compilação de Resoluções CNJ – Resoluções 265/2018 a 332/2020 com índice por temas e expressões. Volume IV. Brasília, DF: CNJ, 2018

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providências 0005955-90.2010.2.00.000. Relator: Walter Nunes da Silva Júnior. Brasília, DF, 05.11.2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recurso Administrativo 0001785-89.2021.2.00.0000. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudencialdJuris=53196&indiceListaJurisprudencia=6&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=1> (acesso em 12.06.2022))

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recurso Administrativo 0005171-30.2021.2.00.0000. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudencialdJuris=53117&indiceListaJurisprudencia=1&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=3>, (acesso em 12.06.2022)

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 07/2005. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em www.cnj.jus.br

BRASIL. Decreto Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal Brasileiro). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

BRASIL. Decreto Lei 3.689 de 03 de outubro de 1942. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm (acesso em 23/06/2022)

BRASIL. Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros – 2018. Brasília/DF: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf (acessos em 28/05, 30/05 e 05/06 de 2022)

BRASIL. RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR - 0000856-90.2020.2.00.0000. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Conselho Nacional de Justiça, 07.05.2021.

BRASIL. RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR - 0002438-91.2021.2.00.0000. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Conselho Nacional de Justiça, 07.05.2021.

BRASIL. RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR – 0005648-92.2017.2.00.0000. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Conselho Nacional de Justiça, 07.05.2021.

BRASIL. RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR - 0010147-22.2017.2.00.0000. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Conselho Nacional de Justiça, 15.05.2018.

BRASIL. Resolução 60 de 19.09.2008. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4598. Autor(a): Associação dos Magistrados Brasileiros. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 03.10.2019. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4074774>, (acesso em 24.06.2022)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 2699. Querelante: Carlos Frederico Guilherme Gama. Querelados: Carlos Augusto Ayres Freitas de Brito e Marco Aurélio Mendes de Farias Melo. Relator: Ministro Celso de Melo. Brasília, 12.03.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 2699. Relator: Ministro Celso de Melo. 12.03.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 881 DISTRITO FEDERAL. Relator: Ministro Dias Toffoli. 22.02.2022. Disponível em: www.stf.jus.br

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 15564 AgR. TRIBUNAL FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÕES ORDINÁRIAS CONTRA ATOS DO **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**. ARTIGO 102, I, “r”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS OUTORGADAS AO **CNJ**. OBSERVÂNCIA DA RELAÇÃO HIERÁRQUICA CONSTITUCIONALMENTE ESTABELECIDADA. VOTO PELO PROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO. Agravante: UNIÃO. Agravado: SINDICATO DOS SERVIDORES DA JUSTIÇA FEDERAL NO PARANÁ – SINJUSPAR. Relatora: Ministra Rosa Weber. Redator do Acórdão: Ministro Luiz Fux. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur414390/false> , acesso em 01.02.2022.

CARVALHO, Ernani; LEITÃO, Natália. O poder dos juízes: O Supremo Tribunal Federal e o desenho institucional do Conselho Nacional de Justiça. Revista de Sociologia e Política, v. 21, n. 45, p. 13-27, março, 2013.

CARVALHO, Ernani; TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas. Dossiê política, direito e judiciário: uma introdução. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, v. 21, n. 45, p. 07-11, mar. 2013.

CASTRO, Matheus Felipe de. O martelo Moro e a “Operação Lava-Jato” – o surgimento dos juízes *partisans* no Brasil. Revista Brasileira de Ciências Criminais vol. 136, n. 25, p. 293-319. São Paulo: Editora RT, 2017.

CENTRÃO. In: Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil – CPDOC. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/centrao> (acesso em 26 de junho de 2022)

CHALITA, Gabriel. O poder: reflexões sobre Maquiavel e Etienne de La Boétie. 3ª. Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CLEVE, Clemerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 30, n. 117, jan./mar. 1993.
CNJ em Números 2018: Ano-base 2017. Conselho Nacional de Justiça-Brasília/DF: CNJ, 2018. Disponível em www.cnj.jus.br
CNJ em Números 2020: Ano-base 2019. Conselho Nacional de Justiça-Brasília/DF: CNJ, 2020. Disponível em www.cnj.jus.br

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ 10 Anos. 1ª Edição. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO MANTÉM ASSENTO E VOZ DA ANAMATRA NO COLEGIADO. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/25448-conselho-superior-da-justica-do-trabalho-mantem-assento-e-voz-da-anamatra-no-colegiado> (acesso em 29 de maio de 2022)

COSTA, Flávio Dino de Castro e. Autogoverno e controle do judiciário no Brasil – A proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco. Brasília, 2001.

CROSSMAN, R. H. S. Biografía del Estado moderno. 4ª. Edición. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica: 1986.

CSJT DECIDE QUE ANAMATRA DEVE PERDER ASSENTO E DIREITO A VOZ NO CONSELHO: Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-19/decisao-conselho-anamatra-perde-assento-csjt> (acesso em 29 de maio de 2022)

DA ROS, Luciano. Difícil Hierarquia: a avaliação do Supremo Tribunal Federal pelos magistrados da base do Poder Judiciário no Brasil. Revista Direito GV, São Paulo 9(1) | p. 47-64; jan-jun 2013.

DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas (julho/2007) sobre os poderes e deveres do juiz na imposição dos princípios da razoável duração do processo e da moralidade, na relação jurídica formal. In: MEDINA, José Miguel Garcia, et al. (Coord.) Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DIAMOND, Larry. O espírito da democracia – a luta pela construção de sociedades livres em todo o mundo. Curitiba: Atuação, 2015.

DWORKIN, Ronald. A justiça de toga. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

ENGELS, Friedrich; e MARX, Karl. A ideologia alemã – Teses sobre Feuerbach. São Paulo: Centauro, 2002.

EPM: UM ESPAÇO PARA APERFEIÇOAMENTO PERMANENTE. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Escola/Historico> (acesso em 01/06/2022)

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. FORMAMOS MAIS DE METADE DOS MAGISTRADOS ATIVOS EM SANTA CATARINA. Disponível em: <http://www.amc.org.br/novo/esmesc/> (acesso em 29 de maio de 2022)

FALCÃO, Joaquim. Este é o século do judiciário. Entrevista a Thiago Prado. Revista Veja de 09 de setembro de 2015, São Paulo, p. 15-19.

FAORO, Raimundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. Volume 2. 3ª Edição. Porto Alegre: Editora Globo, 1976.

FAORO, Raimundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. Volume 1. 2ª Edição. Porto Alegre: Editora Globo/Editora Universidade de São Paulo: 1975.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Rule of Democracy and Rule of Law. In: MARAVALL, José María; e PRZEWORSKI, Adam. Democracy and the Rule of Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A democracia possível. 3ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 1976.

FONTAINHA, Fernando de Castro et al. (Orgs.). História oral do Supremo (1988-2013: Nelson Jobim. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015.

FOUCAULT, Michel. As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas. Tradução: Salma Tannus Muchail. 8ª. Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. 25ª. Edição. São Paulo: Edições Graal, 2008.

GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GRAU, Eros. Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 7ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRIFFITH, John A. G. The politics of the Judiciary. Fifth Edition. London: Fontana Press, 1997.

GROSTEIN, Júlio. Autocontenção judicial e jurisdição constitucional. São Paulo: Almedina, 2021.

GUIA DE GESTÃO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/guia-de-politica-versao-final.pdf>

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; The federalist. Edited with historical and literary annotations and introduction by J. R. Pole. Indianápolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc., 2005.

HIRSCH, Joachim. Teoria materialista do Estado. Tradução de Luciano Cavini Martorano. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

INTERNATIONAL ASSOCIATION OF JUDGES. Universal charter of the judge – 2017. Disponível em <https://www.iaj-uim.org/es/universal-charter-of-the-judge-2017/>. (acesso em 26 de julho de 2022)

KANT, Immanuel. Metafísica dos costumes. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP : Editora Universitária São Francisco, 2013.

KELSEN, Hans. A democracia. Tradução: Ivone C. Benedetti; Jeferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla; e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOERNER, Andrei. FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. Lua Nova, São Paulo, 88: 141-184, 2013.

KOERNER, Andrei. Um supremo coadjuvante – a reforma judiciária da distensão ao Pacote de Abril de 1977. Revista Novos Estudos. Cebrap. São Paulo, v. 37, n. 01, p. 81-97, Jan. – Abr., 2018.

LA BOÉTIE, Étienne de. Discurso sobre a servidão voluntária. EbookLibris, 2006. Disponível em www.culturabrasil.org

LAMY, Eduardo de Avelar; e RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Teoria Geral do Processo, 6ª. Edição. São Paulo: Atlas, 2019.

LASKI, Harold. The american democracy – a commentary and an interpretation. New York: The Viking Press, 1948.

LEAL, Victor Nunes. A separação de poderes no quadro político da burguesia. Revista de Ciência Política, n. 20, Rio de Janeiro, outubro de 1977, p. 127-142.

(Palestra pronunciada no auditório do Instituto de Direito Público e Ciência Política em 23 de agosto de 1954)

LEAL, Victor Nunes. Coronelismo enxada e voto – o município e o regime representativo no Brasil. 7ª edição. São Paulo: Companhia das letras, 2012.

LEWANDOWSKI, Ricardo Enrique. O protagonismo do poder judiciário na era dos direitos. Revista de Direito Administrativo – FGV, v. 251, Rio de Janeiro, 2009, p. 77-85. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7529/6043> (acesso em 08/07/2022)

LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. Tradução: Júlio Fischer São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOCKE, John. Two treatises of government. Boston: Harvard College Library, 1824. Disponível em https://www.rwi.uzh.ch/elt-ist-key/verfg/grossbritannien/de/pdf/Two_treatises_of_government_orig.pdf

LOSURDO, Domenico. Democracia ou bonapartismo: triunfo e decadência do sufrágio universal. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora UFRJ/Editora Unesp, 2004.

LOSURDO, Domenico. Hegel e a liberdade dos modernos. São Paulo: Boitempo, 2019.

LOWENSTEIN, Carl. Teoría de la Constitución. Traducción: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

MAQUIAVEL. O príncipe. São Paulo: Editora Três, 1974.

MARX, Karl. O 18 de brumário de Luís Bonaparte. Tradução de Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011.

MARX, Karl. A Constituição francesa aprovada em 04 de novembro de 1848. Novos Rumos, Marília, v. 49, n. 2, p. 31-40, Jul.-Dez., 2012

MASCARO, Alysso Leandro B. Crítica da legalidade e do direito brasileiro. 2ª Edição. São Paulo: Quatier Latin, 2008.

MASCARO, Alysso Leandro. Filosofia do Direito. 7ª. Edição. São Paulo: Atlas, 2019.

MASCARO, Alysso Leandro. Sociologia do Direito. São Paulo: Atlas, 2022.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade. Coleção Conexões Jurídicas. Trad. Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MICHAELIS: Dicionário prático inglês. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2001.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O espírito das leis. Tradução: Pedro Vieira Mota. 6ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MONTESQUIEU. Do espírito das leis. Tradução: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962.

MORAES, Alexandre. Controle externo do poder judiciário – inconstitucionalidade. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 140 out./dez. 1998, p. 59-64.

MOREIRA, Leonardo Melo; FARINA, David Alexandre Teles. Caminhando em rumos opostos: o falecimento da Recomendação 44 do CNJ em âmbito judicial. Revista de Doutrina e Jurisprudência. 51. Brasília. 107 (2). P. 257-267 / Jan- JUN 2016

NALINI, José Renato. Ética da magistratura: comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional – CNJ. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NOTA DA AMB SOBRE TENTATIVAS DE INTIMIDAÇÃO DA JUSTIÇA BRASILEIRA (05.04.2017). Disponível em <https://www.amb.com.br/nota-da-amb-sobre-tentativas-de-intimidacao-da-justica-brasileira/> (acesso em 29 de maio de 2022)

NOTA DE REPÚDIO AO PEDIDO DE IMPEACHMENT CONTRA O MINISTRO DO STF ALEXANDRE DE MORAES. (21.08.2021). Disponível em <https://www.amb.com.br/nota-de-repudio-ao-pedido-de-impeachment-contrao-ministro-do-stf-alexandre-de-moraes/> (acesso em 29 de maio de 2022)

NOTA DE REPÚDIO ÀS DECLARAÇÕES DO GOVERNADOR FERNANDO PIMENTEL. (10.11.2016) Disponível em <https://www.amb.com.br/nota-de-repudio-as-declaracoes-do-governador-fernando-pimentel/> (acesso em 29 de maio de 2022)

NOTA DE REPÚDIO E SOLIDARIEDADE A JUIZ DO PARÁ. (15.09.2016). Disponível em <https://www.amb.com.br/nota-de-repudio-e-solidariedade-a-juiz-do-para/> (acesso em 29 de maio de 2022)

NOTA PÚBLICA EM DEFESA DA INDEPENDÊNCIA DA MAGISTRATURA. (12.08.2015). Disponível em <https://www.amb.com.br/nota-publica-em-defesa-da-independencia-da-magistratura/> (acesso em 29 de maio de 2022)

NOTA PÚBLICA SOBRE A ATUAÇÃO DO DESEMBARGADOR KLEVER RÊGO. (28.09.2020). Disponível em <https://www.amb.com.br/nota-publica-sobre-atuacao-do-desembargador-klever-rego/> (acesso em 29 de maio de 2022)

NOTA PÚBLICA SOBRE A INDICAÇÃO DO JUIZ SÉRGIO MORO (01.11.2018). Disponível em <https://www.amb.com.br/nota-publica-sobre-a-indicacao-do-juiz-sergio-moro/> (acesso em 29 de maio de 2022)

NOTA PÚBLICA SOBRE AS DECLARAÇÕES DO MINISTRO GILMAR MENDES AO JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO. (09.05.2017). Disponível em <https://www.amb.com.br/nota-publica-sobre-as-declaracoes-do-ministro-gilmar-mendes-ao-jornal-folha-de-sao-paulo/> (acesso em 29 de maio de 2022)

NOTA PÚBLICA SOBRE OS CRIMES COMETIDOS COM A INVASÃO DE CELULARES E DE CONVERSAS PÚBLICAS E PRIVADAS. (01.08.2019). Disponível em <https://www.amb.com.br/nota-publica-sobre-os-crimes-cometidos-com-a-invasao-de-celulares-e-de-conversas-publicas-e-privadas/> (acesso em 29 de maio de 2022)

NOTA PÚBLICA. (09.12.2015). Disponível em <https://www.amb.com.br/nota-publica-4/> (acesso em 29 de maio de 2022).

NUCCI, Guilherme Souza. Curso de Direito Penal: Parte Especial – arts. 213 a 361 do Código Penal. 5ª Edição. São Paulo: Gen Editora, 2021).

NÚÑEZ, Cláudio Felipe Alexandre Magioli; QUINTANA, Fernando. Repúblicas em conflito: a separação de poderes *made in America*. Revista de Informação Legislativa, ano 51, número 204, Brasília, DF, out./dez. 2014.

O JUDICIÁRIO NÃO SILENCIA, AGE! (24.06.2020). Disponível em <https://www.amb.com.br/o-judiciario-nao-silencia-age/> (acesso em 29 de maio de 2022)

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Judicialização da política, auto restrição judicial e defesa da constituição: algumas lições de Carl Schmitt em Der Hüter der Verfassung. Revista **dois**pontos:, Curitiba, São Carlos, volume 17, número 2, p. 63-84, dezembro de 2020.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; ROSALEN, Volnei. Competências constitucionais do Conselho Nacional de Justiça do Brasil: atos “evidentemente jurisdicionais” e controle dos deveres funcionais – o caso dos processos contra o juiz Sérgio Moro. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 38, n. 1, p. 17-34, jan/jun, 2022.

OXFORD ADVANCED LEARNER’S DICTIONARY. Oxford: Oxford University Press, 2003.

PRZEWORSKI, Adam. Crises da democracia. Tradução: Berilo Vargas. São Paulo: Zahar, 2020.

PRZEWORSKI, Adam. Divided we stand? Democracy as a method of processing conflicts. Scandinavian Political Studies, vol.34, n. 2, 2011. p. 168-182.

PUGLIESE, Willian. A sobrevivência da jurisprudência defensiva nos dois anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR, Edição Especial, Ano 3 - Número 1 - Maio de 2018. Disponível em http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa_6_14.pdf, acesso em 25 de fevereiro de 2022.

RAMOS, Marcelo Maciel; e CASTRO, Felipe Araújo. Aristocracia judicial brasileira: privilégios, *habitus* e cumplicidade estrutural. Revista Direito GV, v. 15, n.2/e1918, São Paulo, 2019.

RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR. Disponível em: https://www.oabsp.org.br/reclamacao_disciplinar_trt2.pdf (acesso em 29 de maio de 2022)

REGIMENTO INTERNO DO TJPR. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/regimento-interno-ri?p_p_id=101_INSTANCE_sB4jWlQ0S1qA&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&a_page_anchor=55165793 (acesso em 29 de maio de 2022)

RIBEIRO, Ludimila; LAGES, Livia Bastos; e MATOSINHOS, Isabella. Quando o judiciário silencia: agravamento da violência contra a mulher? Publicado em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/judiciario-e-sociedade/quando-o-poder-judiciario-silencia-agravamento-da-violencia-contra-a-mulher-19062020#:~:text=Quando%20o%20Poder%20Judici%C3%A1rio%20silencia%3A%20agravamento%20da%20viol%C3%Aancia%20contra%20a%20mulher%3F,-Uma%20das%20explica%C3%A7%C3%B5es&text=Desde%20que%20a%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial,not%C3%ADcias%20sobre%20suas%20externalidades%20negativas>. Acesso em 26.05.2022

ROSA, Márcio Fernando Elias. Reforma do judiciário e a crise de constitucionalidade. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Reforma do Judiciário analisada e comentada. São Paulo: Editora Método, 2005.

ROSALEN, Volnei. Tempo do processo: novo paradigma ou velho paradoxo? Revista CEJ, Brasília, Ano XVIII, n. 64, p. 79-88, set./dez. 2014.

ROSALEN, Volnei. Tempo não é evidência: uma análise acerca do tempo processual como fundamento da tutela provisória baseada em evidência do artigo 311 do CPC. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 3. Setembro a Dezembro de 2021.

ROSALEN, Volnei. Judiciário e política – fatos e versões da crise do judiciário do Brasil a partir de sua estrutura e dos litígios. Curitiba: Juruá, 2018.

ROSENN, Keith. The protection of judicial Independence inn Latin America. Miami Inter-Americna Law Review, v. 19, n.1, 1987. Miami.

SADEK, Maria Tereza A. Poder Judiciário – perspectivas de reforma. Revista Opinião Pública, Campinas, Vol. X, n. 1, Maio, 2004, p. 1-62.

SANTOS, Thiago César Carvalho dos. O embate à jurisprudência defensiva no novo Código de Processo Civil: análise a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama; Keila Pacheco Ferreira; Maria Nazareth

Vasques Mota. Processo, jurisdição e efetividade da justiça IV [Recurso eletrônico on-line]. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI. Brasília/DF, 2017.

SARAVIA, Enrique. Introdução à política pública. In.: Políticas Públicas – Coletânea – Vol. 1. Org.: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. Brasília: ENAP, 2006.

SCHMITT, Carl. O guardião da constituição. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHUMPETER, Joseph A. Capitalismo, Socialismo e Democracia. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SCWHARTZ, Stuart B. Burocracia e sociedade no Brasil colonial: O Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores, 1609-1751. Tradução: Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEREJO, Lourival. Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional. Brasília, DF: ENFAM, 2011.

SIÈYES, Abade. Exposição refletida dos direitos do homem e do cidadão. Coleção Clássicos do Direito, Vol. I. Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOBRE A ENFAM. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/institucional/sobre-a-escola/> (acesso em 30/05/2022)

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. Revista Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45.

TAVARES, André Ramos. As autonomias do poder judiciário. Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, Ano 16, n. 40, p. 21-28, Abril/Junho, 2015.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2022.

TAVARES, André Ramos. Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça; comentários completos à Emenda Constitucional 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAYLOR, Mathew. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 50, no 2, 2007, pp. 229 a 257.

TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América: Livro 1 – leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. Revista de Sociologia e Política, v. 21, n. 45, p. 29-46, março, 2013.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; CARVALHO, Maria Alice Rezende de. Quem somos: a magistratura que queremos. Rio de Janeiro, Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), 2018.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manoel Palácios Cunha; e BURGOS, Marcelo Baumann. Corpo e alma da magistratura brasileira. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIANNA, Luiz Werneck; et al. O perfil do magistrado brasileiro. Rio de Janeiro: AMB-IUPERJ, 1996.

VIANNA, Oliveira. O idealismo da constituição. 2ª Edição. São Paulo/Recife/Rio de Janeiro/Porto Alegre: Companhia Editora Nacional, 1939.

VIEGAS, Rafael. Governabilidade e lógica de designações no Ministério Público Federal: os “procuradores políticos profissionais”. Revista Brasileira de Ciência Política, n. 33, p. 1-51, 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena, et al. Resiliência constitucional – compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. São Paulo: Direito GV, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A batalha dos poderes – da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VILE, Maurice J.C. Constitutionalism and the separation of powers. Second Edition. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

VILHENA, Oscar. Supremocracia. Revista Direito GV, São Paulo, 4(2); p. 441-464. Jul – Dez, 2008.

WALDRON, Jeremy. Political political theory – essays on institutions. Cambridge: Harvard University Press, 2016.