

ASPECTOS DA RELAÇÃO ENTRE A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL E A RESPONSABILIDADE DISCIPLINAR DOS JUÍZES POR SUAS DECISÕES – OS CASOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO

Maurício Ramires[†]

Sumário: Introdução. 1. Independência e responsabilidade judiciais. 1.1. Conceituações e classificações básicas relacionadas à independência judicial. 1.2; Breve esboço histórico da relação entre a independência judicial e a autonomia do direito. 1.3. O fundamento e a necessidade do controle disciplinar da atividade judicial. 2. Responsabilidade disciplinar do magistrado por suas decisões. 2.1. A situação funcional e disciplinar do juiz no contexto das demais funções de Estado. 2.2. O quadro de deveres do juiz em Portugal e no Brasil, com especial ênfase nos deveres relacionados às decisões judiciais. 2.3. Decisões judiciais, interpretações e discricionariedades. Conclusão. Bibliografia

Resumo: Muitos são os acontecimentos atuais que reclamam uma maior atenção aos mecanismos de controle disciplinar da administração do Estado sobre seu corpo de magistrados. No Brasil e em Portugal, especialmente, ambos os Conselhos nacionais que exercem a fiscalização dos juízes e tribunais suscitam discussões a respeito da legitimidade e da conveniência de suas atuações, e episódios concretos ocorridos nos dois países – de responsabilizações (ou tentativas de

[†] Mestre em Direito Público/Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)/São Leopoldo/RS/Brasil. Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas/Faculdade de Direito/Universidade de Lisboa/Portugal. Juiz de Direito/1ª Vara Criminal/Passo Fundo/RS/Brasil.

responsabilizações) disciplinares de juízes que ganharam grande espaço nos meios de comunicação – contribuíram para manter viva a questão. Este artigo apresenta a dinâmica independência/controle: a necessidade de ambos os valores para o Estado Democrático de Direito, e a maneira como podem/devem equilibrar-se. O juiz é independente para aplicar o direito, e na medida em que aplica o direito. Por isso, seu poder tem limites, inclusive relacionados ao *que* pode decidir e a *como* pode fazê-lo.

Palavras-Chave: Independência dos juízes, responsabilidade disciplinar, decisões judiciais, democracia.

Abstract: Many are the events that currently call for a more accurate attention to the mechanisms of disciplinary control by the state administration on its body of magistrates. In Brazil and in Portugal, in particular, both national Councils engaged in the supervision of judges and courts raise arguments about the legitimacy and desirability of their actions, and concrete episodes that occurred in both countries – of disciplinary accountabilities (or attempted disciplinary accountabilities) of judges who have won large space in the media – have helped to keep the issue alive. This paper presents the independence/control dynamic: the need for both values for the democratic rule of law, and how they can/should be in balance. Judges are independent to enforce the law, and insofar as they apply the law. Therefore, their power has limits, including those related to what they can decide and how they do it.

Keywords: Judicial independence, disciplinary liability, judgments, democracy.



INTRODUÇÃO

No que diz respeito à atividade jurisdicional, o direito contemporâneo transita entre dois polos de tensão. De um lado, a necessidade de se garantir aos juízes a independência que lhes permita julgar de forma alheia e superior às pressões políticas, econômicas e sociais de que são, frequentemente, alvos. Trata-se de um imperativo da própria autonomia do direito, uma vez que a fragilidade da posição dos julgadores perante a influência de fatores exógenos ao sistema jurídico faz instalar no processo de decisão uma instância deliberativa ilegítima. Portanto, não há dúvida de que a segurança conferida aos magistrados no ato de decidir é uma conquista democrática, que antes de proteger a própria pessoa dos juízes, vem tutelar o sistema constitucional dos ataques oficiosos que tende a sofrer.

Por outro lado, porém, na mesma democracia não há espaço para autoridades unipessoais plenipotenciárias e avessas ao mínimo controle. O medo de um “absolutismo extra-jurisdicional” – entendido aqui como metáfora de um centralismo político-econômico-social que seria capaz de subjugar o Poder Judiciário por via de forças externas ao direito – não pode simplesmente legitimar e justificar um “feudalismo jurisdicional”, em que cada juiz seja o senhor de seu “feudo” e não precise dar explicações jamais, mesmo quando aja mediante flagrantes ilegalidades, abusos de poder e arbitrariedades. É necessário que a independência funcional, de algum modo, conviva com uma *accountability* – uma obrigação de prestar contas – das ações daqueles investidos no poder de julgar.

Então, não é por acaso que o tema da responsabilidade do juiz está na ordem do dia em diversos países¹. Porém, a proliferação de estudos a respeito da responsabilidade *civil* dos magistrados não tem sido acompanhada da mesma preocupação para com o sistema de responsabilidade administrativo-disciplinar dos julgadores. E muitos são os acontecimentos desta quadra da história que reclamam uma maior atenção aos mecanismos de controle disciplinar da administração do Estado sobre seu corpo de magistrados. No Brasil e em Portugal, especialmente, ambos os Conselhos nacionais que exercem a fiscalização dos juízes e tribunais suscitam discussões a respeito da legitimidade e da conveniência de suas atuações. A polêmica que circundou a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) brasileiro, pela Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, não é de todo diferente da controvérsia antes havida em Portugal acerca da modificação da composição do Conselho Superior da Magistratura (CSM), quando da Revisão Constitucional de 1997. Em um e outro lado do Atlântico, manifestou-se muita preocupação quanto aos efeitos, na independência judicial, do controle a ser exercido por um órgão inteiramente novo (caso brasileiro) ou composto por uma maioria de não-juízes (caso português). Desde então, episódios concretos ocorridos nos dois países – de responsabilizações disciplinares de juízes que ganharam grande espaço nos meios de comunicação – contribuíram para manter viva a questão.

Assim, se o tema é espinhoso, um começo necessário para a sua abordagem parece ser a sua delimitação. Como pensamos já ter ficado claro, este artigo não tratará da responsabilidade civil dos magistrados. Tampouco se preocupará de responsabilidade criminal, embora se deva deixar registrada a sua destacada relevância: o regime penal é,

¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 292.

em verdade, o mais importante meio de controle dos casos de corrupção e desonestidade, não só dos juízes mas de todos os agentes públicos, desde os funcionários contratados até as altas autoridades políticas. O objeto, aqui, cinge-se à responsabilidade disciplinar dos juízes, e não a toda ela: ficam de fora os aspectos disciplinares que digam respeito à conduta dos magistrados fora dos processos, como aqueles originados de deveres de reserva, de abstenção de atividade político-partidária, de domicílio necessário, de decoro na vida pública e particular, dentre tantos outros. A razão para essa exclusão é singela: nossa meta é estudar as potencialmente conflituosas relações da responsabilidade dos juízes com a sua independência, e é no ato decisório que primordialmente as encontramos.

Começaremos por apresentar, no primeiro capítulo, a dinâmica entre independência e controle: a necessidade de ambos os valores para o Estado Democrático de Direito, e a maneira como podem e devem equilibrar-se. A partir desse pano de fundo é que, no segundo capítulo, abordaremos o regime de responsabilidade disciplinar dos juízes em Portugal e no Brasil e faremos uma breve incursão pela Teoria da Decisão Jurídica, no que ela se relaciona com a responsabilidade dos magistrados no ato de decidir.

1 INDEPENDÊNCIA E RESPONSABILIDADE JUDICIAIS

1.1 CONCEITUAÇÕES E CLASSIFICAÇÕES BÁSICAS RELACIONADAS À INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

A necessidade de haver juízes independentes em uma democracia é tão auto-evidente que dificilmente haja alguém que não a possa intuir, sem mesmo que se teorize a respeito. É fácil ver como a independência é *conditio sine qua non* da autonomia do direito: juízes forçadamente submissos a um

centro irradiador de influência – um governo, um partido, os interesses do capital, um movimento social etc. – aplicam não o direito posto, mas a vontade do poder que se sub-roga na linguagem jurídica. Assim agindo, põem a perder uma das mais importantes características do direito, conforme hoje ele é entendido: a de servir de limitação do poder político, um freio ao despotismo e uma garantia da democracia.

Há várias classificações de índole taxonômica a respeito da independência judicial. Fala-se em independência *individual*², de cada julgador singularmente considerado, em contraponto com a independência *coletiva*, que trata da autonomia da magistratura como uma corporação ou uma ordem³. Também se costuma distinguir entre a independência *externa*, que diz respeito às relações do poder jurisdicional com outras entidades alheias à estrutura jurisdicional, e a independência *interna*, ligada à autonomia conferida a um julgador específico em sua relação com os outros magistrados ou com a cúpula do Órgão a que está vinculado⁴. Aqui, porém, pretendemos enfatizar uma classificação que acreditamos ser mais primária e basilar para o tratamento que daremos à matéria.

Falamos em dois sentidos da independência judicial na esteira de uma distinção já feita na doutrina, entre: primeiro, a independência como afirmação do lugar dos juízes perante os outros poderes; e, segundo, a independência como uma pretensão da comunidade em contar com uma atividade judiciária isenta. Em seu *sentido primeiro*, significa a possibilidade oferecida ao juiz de decidir livre de influência interna ou externa, a negação de sujeição a qualquer poder

² SOARES, António Goucha. A transformação do Poder Judicial e seus limites. *Revista do Ministério Público*, ano 21, n.º 82. Lisboa, Abr./Jun. 2000, p. 63.

³ DIAS, Nélia Daniel. *A Responsabilidade Civil do Juiz*. Lisboa: Dislivro, 2003, p. 77.

⁴ FRAGA, Carlos. *Subsídios para uma independência dos Tribunais, O caso português*. Lisboa: Cosmos, 2000, p. 54.

espúrio⁵. Ou, ainda, “uma situação que se verifica quando, no momento da decisão, não pesam sobre o decidente outros fatores que não os juridicamente adequados a conduzir à legalidade e à justiça da mesma decisão”⁶.

Porém, a independência judicial não pode ser tomada como um simples direito ou privilégio dos juízes. Uma concepção republicana, democrática e igualitária de Estado e sociedade é completamente infensa à existência de uma casta profissional que detenha consideráveis (e crescentes) poderes e nenhuma responsabilidade, como se suas prerrogativas fossem regalias pessoais de caráter nobiliárquico. As imunidades dos julgadores, ao reverso, só se justificam se forem tomadas como *garantias públicas*, ligadas aos direitos da coletividade e de cada cidadão, no sentido de contar com um Judiciário imparcial e impessoal.

Por isso é que, em uma *segunda aceção*, a independência traduz-se na consumação de uma expectativa legítima da sociedade dirigida a um Poder Judiciário isento; em última análise, a garantia de não-interferência das forças espúrias na aplicação do direito é antes um interesse da coletividade do que dos juízes individualmente considerados⁷. Pela mesma razão, faz menos sentido tomar a independência como um *direito subjetivo* do juiz do que como um *dever ético-social* incorporado à sua função⁸. Ser independente, assim,

⁵ ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 28.

⁶ MENDES, João de Castro. Nótula sobre o artigo 208 da Constituição – Independência dos Juízes. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Estudos sobre a Constituição*. Lisboa; Petrony, 1979, vol. 3, p. 654-655.

⁷ Neste sentido, v. FIGUEIREDO DIAS, Jorge. A “pretensão” a um juiz independente como expressão do relacionamento democrático entre o cidadão e a justiça. *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 14. Lisboa, Jan.-Mar. 1999.

⁸ O Tribunal Constitucional de Portugal já sustentou essa posição, *in verbis*: “A independência dos juízes é, acima de tudo, um dever – um dever ético-social. A ‘independência vocacional’, ou seja, a decisão de cada juiz de, ‘ao dizer o direito’, o fazer sempre esforçando-se por se manter alheio – e acima – das influências exteriores, é, assim, o seu *punctum saliens*. A independência, nesta perspetiva, é

surge para o juiz como um afazer do dia-a-dia: ele *deve* agir de forma a se manter alheio aos condicionamentos que o meio social tenta lhe impor. Não se trata simplesmente de um direito que está à sua disposição, mas de uma condição inalienável da cadeira que ocupa.

1.2 BREVE ESBOÇO HISTÓRICO DA RELAÇÃO ENTRE A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL E A AUTONOMIA DO DIREITO

Independência do julgador não se confunde com discricionariedade no ato de julgar. Enquanto a primeira significa uma garantia de aplicação do direito (vinculando a decisão a este, e somente a este), a segunda é uma liberdade do julgador perante o direito (deixando a decisão mais sujeita à vontade e ao arbítrio do juiz). Aliás, historicamente, independência e discricionariedade têm atuado como vetores opostos e excludentes. E isso é explicável: onde uma decisão é mais facilmente identificada como ato de subjetividade, são maiores os anseios de subjugar o “sujeito” decisor e substituir sua vontade por outra (afinal, uma vontade, em si, não chega a conferir maior fundamento jurídico a uma decisão do que qualquer outra vontade que lhe seja concorrente). Onde, por outro lado, os julgamentos são tomados como manifestação do direito, algo superior e externo ao seu intérprete, as tentativas de interferência pessoal e direta contra este encontram maiores dificuldades.

Pretendemos demonstrar o que vai acima sem, contudo, transformar este em um texto de arqueologia da independência ou da discricionariedade judiciais. De qualquer modo, vale mencionar que os juízes da Alta Idade Média contavam com

sobretudo, uma responsabilidade [...]” (Acórdão TC n.º 135/88, de 16 de Junho de 1988, publicado no Diário da República, 2ª Série, de 08 de Setembro de 1988, p. 951).

ampla discricionariedade nas suas decisões⁹, de forma coerente com a pulverização do poder típica do período feudal, mas não eram irresponsáveis. Ao contrário, o fato de não serem vinculados a algo como um Estado, se de um lado lhes oferecia liberdade de interpretação dos casos que lhes eram trazidos a exame, de outro os tornava vulneráveis à força dos litigantes e dos interessados nos resultados dos julgamentos¹⁰.

O ressurgimento esporádico do direito romano, a partir do século XI e sobretudo do século XIII¹¹ faria da posição do juiz medieval, em alguns lugares, uma profissão com preparação acadêmica, conferindo a ela uma autoridade que vinha menos do próprio cargo do que da exposição jurídica dos fundamentos das decisões. Nos lugares onde isso ocorreu, “o juiz justificava a sua sentença pelo direito acadêmico, cujo conteúdo não podia ser influenciado pelo monarca”¹² ou pelos detentores eventuais da força. Tratava-se, então, de um adiantamento episódico de algo que viria a se consolidar mais tarde: a atividade judicial ganhava alguma autonomia a partir da autoridade superior do próprio direito.

Já nos Estados centralizados instaurados a partir do século XIV, os julgamentos cabiam pessoalmente ao rei soberano; o monarca delegava a função de julgar a pessoas de sua confiança, que a exerciam em nome da Coroa e conforme a

⁹ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito compiladas por Nello Morra*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 28.

¹⁰ Conta-se, por exemplo, que, no direito bárbaro germânico, a parte sucumbente em uma querela jurídica podia desafiar o juiz que a julgara para um duelo, e, se vencesse, a decisão era anulada (SILVA, Otacílio Paula. *Ética do Magistrado à luz do Direito Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 281-2).

¹¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I: Preliminares; O Estado e os Sistemas Constitucionais. 8ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 73; e GOMES DA SILVA, Nuno Espinosa. *História do Direito Português – Fontes de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2000, p. 202.

¹² STOLLEIS, Michael. O Perfil do Juiz na Tradição Europeia. In: BARBAS HOMEM *et alli* (org.). *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental*. Lisboa: Almedina, 2009, p. 25.

vontade desta. Quando uma determinada decisão não agradava ao rei, ele podia modificá-la por *dictum*, exercendo o seu poder pessoal¹³. Em Portugal, as Ordenações Afonsinas (1446) já atribuíam ao rei a prerrogativa de “reger justamente o seu Reino, e manter seu povo em direito, e justiça” (O.A., 5.1). Um publicista da época assim descreveu o regime português: “A ordem pública do reino justifica que os juízes julguem em nome do rei e o rei julga através de seus tribunais”¹⁴.

O reinado de D. José I (1750-1777), que representou o Despotismo Esclarecido português, foi marcado por um fenômeno assaz interessante para efeitos deste estudo. Orientado, de uma forma muito peculiar, por ideais racionalistas, o governo chefiado pelo Marquês de Pombal editou, em 1769, a chamada *Lei da Boa Razão*, novo fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico. Esse diploma legal determinava que todas as outras leis e costumes do reino somente seriam válidos quando estivessem de acordo com a “boa razão”, a ser deduzida a partir da própria natureza humana, tarefa interpretativa que ficava a cargo dos juízes. Apesar de a lei ter tentado definir o significado de “boa razão” para efeitos práticos, o resultado foi que se abriu a porta para um alto grau de imprecisão e de subjetivismo na aplicação do direito. A consequência, que já não nos surpreende, foi a de que a nova discricionariedade interpretativa veio acompanhada de intervenções políticas que excluía a independência dos magistrados. Consoante relata um historiador, a lei pombalina concedeu “a juízes e tribunais uma ampla possibilidade de interpretações próprias e, por consequência, de sujeições a

¹³ VAN CAENEGEN, R. C.. “Oráculos da Lei” ou “Bouche de la Loi”. In: BARBAS HOMEM *et alli* [org.]. *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental*. Lisboa: Almedina, 2009, p. 43.

¹⁴ *Apud* BARBAS HOMEM, António Pedro. *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental: Portugal*. In: BARBAS HOMEM *et alli* (org.). *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental*. Lisboa: Almedina, 2009, p. 58-59. A identidade do autor original da citação não é mencionada na obra em referência.

pressões políticas”¹⁵. As interferências do poder político sobre o funcionamento da justiça, por esse tempo, incluíam a escolha casuística de juízes para os processos mais complexos e mesmo a prisão e o exílio de magistrados, fatos que indignaram a opinião pública contemporânea¹⁶.

O importante é destacar que, apesar de variações de apresentação, antes da disseminação da ideia de separação de poderes (que em Portugal só ocorreu efetivamente a partir do período liberal), o quadro geral na Europa era de subordinação do direito ao poder: não havia restrições jurídico-positivas no exercício do *jus imperium* pelo soberano¹⁷. Assim, alguma independência judicial só seria possível após a reforma teórico-política identificada com a obra de Montesquieu; contudo, e evidentemente, a separação de poderes não foi dúplice, mas tríplice: no mesmo passo, o poder de legislar também apartou-se. Na festejada teoria do Barão francês, os juízes deixavam de ser a *longa manus* do governante, mas isto vinha com uma contrapartida: passavam a ser a “boca da lei” (“*bouche de la loi*”), titulares de um “poder nulo” (“*pouissance nulle*”)¹⁸.

Essa nova ordem precisa, porém, ser compreendida em seu contexto. Se hoje frequentemente se vê a imagem de “boca da lei” como uma *capitis diminutio* atribuída ao julgador, uma limitação à sua criatividade e sua redução à condição de autômato, à época isso significou principalmente um avanço no sentido da limitação do poder do governante. Na modernidade, as leis ganharam foros de “atos da vontade geral”, à qual até mesmo o príncipe estava subordinado, “pois que ele é membro

¹⁵ OLIVEIRA MARQUES, António Henrique de. *Breve História de Portugal*. 7ª ed. Lisboa: Presença, 2009, p. 375-376.

¹⁶ BARBAS HOMEM, O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental: Portugal, *op. cit.*, p. 61.

¹⁷ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 9.

¹⁸ MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*. Paris: Garnier, 1949 [1ª ed.: 1758], Livro XI, Cap. 6.

do Estado”¹⁹. Da mesma maneira, o juiz também passava à condição de funcionário público subordinado à legislação²⁰. Ser a “boca da lei”, portanto, em boa parte significa deixar de ser a “boca do rei”. O direito ganha alguma autonomia: não é mais a vontade de um soberano onipotente e passa a ser um compromisso tomado em parlamento (a “vontade do povo”).

Em Portugal, como oposição liberal aos desmandos do período pombalino, a independência dos poderes chegou a ganhar inclusive proteção penal: a intromissão dos poderes nos outros órgãos passou a ser considerada crime²¹. Não por acaso, o novo estatuto dos juízes portugueses, a seguir à Constituição de 1822, assentou-se em nomeações a título definitivo ou vitalício (e não mais temporário, considerando-se que as investiduras periódicas não condizem com a independência dos magistrados), e estabeleceu também a inamovibilidade²². Também a primeira Constituição brasileira, de 1824, concedeu aos juízes a prerrogativa da “perpetuidade” (artigo 153), já na direção de estabelecer que os magistrados deverão “ter independência e subordinação apenas ao Direito”²³.

O século XX conheceu muitos regimes autoritários, que desprezaram o liberalismo do século anterior e revogaram as garantias adrede concedidas à magistratura. Nos lugares em que floresceram as ditaduras não havia espaço para um juiz independente e orientado pelo direito e pela Constituição. “As ditaduras exigem juízes que façam cumprir a vontade dos líderes, ao abrigo da lei ou não. Sempre que os juízes se tornam inoportunos, [...] eles são exonerados. Sempre que eles

¹⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1995 [1ª ed.: 1762], p. 48.

²⁰ BOBBIO, *O Positivismo Jurídico*, *op. cit.*, p. 28-29.

²¹ BARBAS HOMEM, *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental: Portugal*, *op. cit.*, p. 63.

²² BARBAS HOMEM, *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental: Portugal*, *op. cit.*, p. 64.

²³ FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. Campinas: Julex, 1989, vol. 2, p. 707.

insistem na sua independência, são demitidos”²⁴. A América Latina também sofreu do mesmo mal, com as ditaduras militares que interferiram no Poder Judiciário o quanto puderam.

É oportuno ressaltar que, em regra, os regimes ditatoriais do século passado conviveram com a vigência de constituições cujos textos continuavam consagrando os princípios liberais, os direitos individuais e as garantias públicas. Porém, tratava-se de meras *constituições nominais*, segundo a classificação ontológica de Loewenstein: embora vigentes, as cartas não projetavam qualquer normatividade perante a realidade política²⁵. A completa ausência de independência judicial correspondia, uma vez mais, ao soterramento da ideia de autonomia e poder vinculativo do direito: a rigor, não existia direito algum fora da vontade do líder²⁶. Trata-se do fenômeno que Paulo Otero chama de *fulanização do poder*²⁷, algo que aproxima o totalitarismo do século XX das monarquias absolutistas: “tal como o monarca tradicional era *lex animata*, também o chefe no Estado totalitário é dotado de uma *plenitude potestatis*, circunstância esta que, igualmente, esvazia de um sentido limitativo a separação de poderes e destitui as ideias de legalidade e constitucionalidade de qualquer função limitativa do poder político”²⁸.

O final da Segunda Guerra Mundial e a posterior redemocratização da península Ibérica e da América Latina

²⁴ STOLLEIS, O Perfil do Juiz na Tradição Europeia, *op. cit.*, p. 30.

²⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964, p. 216-231.

²⁶ Hannah Arendt definiu que, na Alemanha nazista, “as palavras do *Führer* tinham força de lei” (ARENDR, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. 9ª Reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 165).

²⁷ A *fulanização do poder*, para Otero, é o “exercício do poder através de um líder forte cuja vontade arbitrária vale como lei” (OTERO, Paulo. *A Democracia Totalitária: Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A Influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*. Cascais: Principia, 2001, p. 38).

²⁸ OTERO, *A Democracia Totalitária...*, *op. cit.*, p. 39.

fizeram florescer os Estados constitucionais e, com eles, a separação dos poderes e a independência dos juízes. A nova ordem política surgida nessa época exigiu a rediscussão do papel do Estado e da democracia; tornou-se insuficiente a noção de democracia como vontade da maioria, típica dos modernos. Não há novidade alguma em dizer que foi sobretudo a partir da experiência negativa da legitimação do nazifascismo pela vontade da maioria que o novo constitucionalismo acabou por confiar à justiça constitucional a guarda da “vontade geral”²⁹. A “divinização do princípio maioritário” perdeu lugar para uma nova relação entre a validade das leis e o seu conteúdo³⁰.

Assim é que a democratização trouxe à luz Constituições cujos textos positivam com rigidez os direitos fundamentais e sociais, redimensionam a relação entre os poderes de Estado e conferem um novo papel ao Poder Judiciário. Para assegurar a força normativa das Cartas políticas, a nova ordem constitucional não pode prescindir de um aparato judiciário independente das forças voláteis do poder, vinculado à implementação do Estado Democrático de Direito, ainda que isso se dê na contramão das forças políticas e das maiorias populares de ocasião.

Neste sentido, por exemplo, o artigo 97, § 1º, da Lei Fundamental da Alemanha estabelece que “os juízes são independentes e subordinados unicamente à lei”. De modo geral e com pequenas variações, as Constituições democráticas do pós-guerra/pós-autoritarismo preveem a independência judicial (como é o caso do artigo 104 da Constituição italiana, segundo o qual “A magistratura constitui uma ordem autônoma e independente de todo outro Poder”, e do artigo 203º da Constituição da República Portuguesa, que declara que “Os

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica jurídica e(m) crise*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 39.

³⁰ Sobre isso, v. OTERO, *A Democracia Totalitária...*, *op. cit.*, Cap. II, Seção 1ª, § 9º, sob o título “Divinização do princípio maioritário”.

tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei”) e conferem aos juízes garantias instrumentais de independência, como a vitaliciedade e a inamovibilidade (artigo 216º da Constituição de Portugal e artigo 95 da Constituição Federal do Brasil). Assim, podemos dizer que estamos finalmente em uma nova era nas relações entre o poder jurisdicional e os demais poderes e forças influentes, uma era em que se busca a condição ideal em que os magistrados possam julgar sem receios de represálias arbitrárias e sem se deixar condicionar pela expectativa de um prêmio espúrio (*sine spe nec metu*)³¹.

Contudo, não ignoramos nem escondemos que o esboço histórico que se fez acima é uma simplificação. Primeiro, porque o passado nem sempre foi tão homogêneo, e não se pode descrevê-lo com exatidão em uma linha do tempo com tanta uniformidade. Em segundo lugar, tampouco o presente é uniforme, havendo países nos quais a magistratura ainda se vê às voltas com as interferências políticas: basta ver os notórios exemplos do Paquistão e da Venezuela³². Assim, repetimos a confissão de que essa exposição histórica não passa de um esboço em linhas muito gerais, até porque a intenção, aqui, não é a de fazer a historiografia completa da independência judicial ou das relações dos juízes com o poder político. Isso tudo só vem ao caso para ilustrar a *imbricação indissolúvel da independência judicial com a autonomia e o poder vinculante do direito*. Dos juízes romanistas do medievo aos magistrados dotados de garantias das democracias atuais, passando pelos

³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 666.

³² Recentemente, o Paquistão assistiu a um conflito aberto entre os chefes do Executivo e do Judiciário, com o afastamento e o posterior restabelecimento do segundo no cargo (v. MARKEY, Daniel. *A False Choice in Pakistan*. *Foreign Affairs*, vol. 86, n. 4. New York, Jul./Ago. 2007). Da Venezuela vêm notícias candentes de interferência do poder político sobre a magistratura, como a demissão de uma magistrada e até mesmo a prisão de outra, por terem tomado decisões contrárias à vontade do Presidente da República (v. jornal *Folha de São Paulo*, edições de 21 a 23 de julho e 19 de dezembro de 2009).

“oráculos da lei” do período pós-revolucionário, os julgadores têm sido mais ou menos independentes conforme os sistemas jurídicos tenham sido mais ou menos capazes de se assegurarem a si próprios.

Destarte, o mesmo direito que circunscreve o espaço de independência dos juízes (porque delimita o poder político que tende a invadi-lo), também é o direito que os vincula e reduz-lhes a carga de discricionariedade no ato de decidir. Eis o que parece ser a constante histórica: o aumento da consistência jurídica em uma sociedade reduz o teor voluntarista dos julgamentos e, por consequência, reforça a independência dos julgadores.

1.3 O FUNDAMENTO E A NECESSIDADE DO CONTROLE DISCIPLINAR DA ATIVIDADE JUDICIAL

A independência judicial, pelo que já se viu, deve ser compreendida em sua íntima e indissociável relação com a imparcialidade do julgador: trata-se de uma fiança do sistema, estabelecida *a priori* para que a ordem democrática constitucionalizada se aplique de forma isenta das forças que tendem a fazer pender as decisões dos juízes para o lado de sua conveniência. Essa relação entre os institutos da independência e da imparcialidade, aliás, já foi reconhecida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos: ao mesmo passo em que declarou que independência e imparcialidade constituem elementos essenciais da própria noção de “tribunal”, a Corte reconheceu também que os dois institutos estão estreitamente ligados um ao outro³³.

A imparcialidade, contudo, não significa que os juízes não devem “ter lado”: implica, antes, que *o lado que devem*

³³ No original: “*tant l’indépendance que l’impartialité constituent des éléments essentiels constitutifs de la notion de «tribunal»*” e “*les notions d’indépendance et d’impartialité objective sont étroitement liées*” (Acórdão TEDH, *Lavents c. Lettonie*, processo n° 58442/00, de 28 de Novembro de 2002).

sustentar é o da democracia e do Estado de Direito. Essa é a razão de ser das garantias que as Constituições lhes alcançam. O princípio da independência, instrumental para todos os outros, também é um instrumento da imparcialidade, entendida no sentido exposto acima: os juízes devem fazer uso de suas prerrogativas funcionais para manter sua equidistância e neutralidade em relação aos interesses ocasionais em liça e assegurar a efetividade da ordem constitucional em cada caso. E, não custa insistir, só podem fazer uso delas para isso, pois não são ferramentas que estão ao dispor do dono para a consecução de qualquer interesse pessoal.

Já se disse que o dever do juiz de ser imparcial é o “núcleo essencial de seus deveres”³⁴, e também que essa carga deontológica que se lhe pesa contribui para a legitimidade democrática de suas decisões, para além de uma “legitimação institucional jurídico-constitucionalmente fundada”³⁵. Nos processos individualmente considerados, esse *dever de imparcialidade* traduz-se no que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha classificou como uma exigência, dirigida ao julgador, de contemplar as razões apresentadas pelas partes com isenção de ânimo (*Aufnahmebereitschaft*)³⁶.

³⁴ FIGUEIREDO, Álvaro Reis. Ser, dever ser e parecer. Notas sobre a deontologia dos juízes: da disciplina ao aparecimento de códigos de conduta. *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 32. Lisboa, Jul.-Set. 2005, p. 9; NEVES, Ana Fernanda. *O Direito Disciplinar na Função Pública*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas. Universidade de Lisboa. Orientador: Paulo Otero. Lisboa, 2007, p. 151.

³⁵ FIGUEIREDO DIAS, A “pretensão” a um juiz independente..., *op. cit.*, p. 28-31.

³⁶ A jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* (por exemplo, BVerfGE 70, 288-293) localiza esse dever como decorrência da “pretensão à tutela jurídica” (*Anspruch auf rechtliches Gehör*), apontando que o princípio do contraditório não se limita a garantir a possibilidade de se alegar e provar em juízo, mas confere à parte litigante direitos perante à própria máquina judiciária, incluindo, entre outros, um direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que atribui ao magistrado não apenas o dever de tomar conhecimento das razões apresentadas (*Kenntnismehrpflcht*), como também o de considerá-las séria e detidamente (*Erwägungspflicht*). Sobre isso, v. PIEROTH, Bodo & SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. Heidelberg: C. F. Müller, 1988, p. 281.

A questão a se colocar, agora, é: esses deveres atribuídos ao magistrado são deveres funcionais em sentido estrito, daqueles passíveis de gerar responsabilidade disciplinar em caso de descumprimento? Não seria melhor deixar as eventuais incúrias dos juízes em suas decisões para serem resolvidas pelas vias recursais e de responsabilidade civil, reservando-se a responsabilidade disciplinar apenas para os casos de seus comportamentos extra-processuais?

Para responder a essas perguntas, será necessário destacar as limitações da responsabilidade civil e do sistema de impugnações recursais. Com efeito, a responsabilidade civil dos julgadores, ainda que imprescindível, tem limites intrínsecos à sua natureza que a tornam insuficiente como via jurídica de controle da atividade jurisdicional. Para começar, o Estado não pode depender, sempre, da iniciativa de um particular (o lesado que busca a indenização) para exercer algum controle sobre o mau funcionamento dos seus serviços. Depois, casos podem existir em que a atitude de um juiz, embora merecedora de reproche, não gere dano indenizável. Ainda, o sistema de indenizações civis não faz suspender ou excluir o juiz responsável dos quadros ativos do Estado, o que pode surgir como única solução para assegurar o adequado funcionamento do Poder Judiciário.

Cumprido, agora, responder por que o sistema recursal também não se basta como mecanismo de controle das decisões judiciais. Uma das características dos sistemas jurídicos democráticos é a garantia do duplo grau de jurisdição, que assegura sempre à parte sucumbente uma possibilidade de recurso à instância superior (no Brasil, artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal; em Portugal, ainda que de forma limitada à matéria penal, artigo 32º, n.º 1, da Constituição da República). Trata-se, em tese, de uma válvula de segurança do sistema, que proporciona correções de erros, saneamento de omissões e moderação de excessos. No mais das vezes, o

sistema recursal faz mesmo é dinamizar a divergência intestina no Poder Judiciário, de modo que a última palavra sobre uma questão controvertida seja da instância superior, mas que se mantenha uma porta aberta à alteração paulatina dos entendimentos das Cortes, na medida em que os magistrados vão ascendendo da planície para o planalto jurisdicional³⁷.

Assim sendo, não é incomum que se pense que o *locus* adequado para o controle da atividade decisória dos magistrados é a instância de impugnações processuais dos julgados, e só ela. Por essa perspectiva, justificar-se-ia que os juízes fossem disciplinarmente irresponsáveis, de modo absoluto, por aquilo que julgam e pela maneira como o fazem, uma vez que a limitação de seu poder decisório já estaria dada pela possibilidade de reforma ou cassação de seus despachos e sentenças. E não há dúvida de que essa possibilidade é, mesmo, uma fiança democrática; o alvitre de fazê-la a única, porém, é que esbarra em alguns obstáculos, de ordem teórica e prática.

Em primeiro lugar, decisões há que, por sua natureza, são pouco afetadas pelas impugnações processuais a elas interpostas. Não são poucos nem irrelevantes os casos em que os recursos, embora cabíveis, chegam tarde em relação aos efeitos da decisão. Pense-se, por exemplo, nas decisões relativas à prisão preventiva: não há dúvida de que o sujeito que é detido dispõe dos meios recursais para atacar os fundamentos da decisão que lhe decretou a prisão; porém, até que esses meios funcionem, ele pode ter passado dias ou até meses encarcerado³⁸. Existem, ainda, as sigilosas decisões que

³⁷ É verdade que o sistema pode, facilmente, degenerar-se em concentração de poder e autoritarismo, mas disto não nos ocuparemos agora. Para uma visão sombria a respeito do tema, v. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, cap. X, sob o título “Os recursos: viés autoritário da jurisdição”.

³⁸ Vale citar, pela celebridade que ganhou em Portugal, o caso do ex-deputado Paulo Pedroso, acusado no chamado “Processo Casa Pia”, que foi preso preventivamente por ordem do juiz de primeira instância e posto em liberdade por decisão do

concedem autorização para a interceptação de ligações telefônicas pela Polícia: um investigado pode até vir a obter de um grau recursal, *a posteriori*, a declaração de nulidade das escutas feitas contra si por ausência de fundamento válido na decisão que as permitiu; até lá, contudo, terá passado meses, ou mesmo anos, tendo suas conversas monitoradas por agentes do Estado, sem sabê-lo e, por isso, sem poder recorrer para fazer cessar a intromissão em sua privacidade.

Os exemplos poderiam ser ainda ampliados para várias outras formas de tutela de urgência. Mas o que já foi dito basta para demonstrar que, não obstante o sistema recursal seja um precioso colchão de segurança – e apesar de por vezes se ter a impressão de que as instâncias inferiores sejam um mero caminho de passagem, sem maiores consequências, para as superiores –, a verdade é que os juízes detêm boa parcela de poder de atuação em certas situações, emitindo decisões com projeção de efeitos concretos consideráveis, sobre os quais as impugnações processuais pouco podem fazer. Esse poder deve vir acompanhado de uma responsabilidade correspondente.

Em segundo lugar, ao lado das decisões de efeitos imediatos e de difícil reversão, o sistema recursal também encontra limites no que se refere ao controle dos excessos de linguagem dos magistrados. Não se trata, aqui, de cuidar do *que* é decidido, mas de *como* o é. O provimento de uma impugnação processual não retira do mundo o discurso já lançado³⁹. Nos casos extremos – ainda que felizmente raros – de “fundamentações” judiciais que extrapolam os limites da

Tribunal da Relação de Lisboa: entre a prisão e a soltura do ex-parlamentar decorreram quatro meses e meio.

³⁹ “O que escrevi escrevi” (“*Quod scripsi scripsi*”), respondeu Pôncio Pilatos aos sacerdotes que queriam que o *praefectus* da Judeia (exercendo, no episódio em questão, o papel de juiz) alterasse o texto afixado no cimo da cruz, “Jesus de Nazaré Rei dos Judeus” (“*Iesus Nazarenus Rex Iudaeorum*”) (Evangelho de João, 19:19-22). Com efeito, o que foi escrito e publicado já surtiu o efeito de sua divulgação. Pode-se apagar ou riscar as palavras ou frases, mas não há como voltar atrás no ato de proferi-las.

convivência democrática e do simples decoro, nas quais a pena de um magistrado – vibrando em seu nome mas também, em última análise, em nome do próprio Estado – exara discursos de ódio e preconceito, parece claro que a mera reforma do conteúdo da decisão é insuficiente, para não dizer irrelevante, como satisfação da parte agravada e reparação da ofensa ao Estado Democrático de Direito⁴⁰. Para além de deter um poder de decisão, o juiz é o titular de um *poder privilegiado de fala*: aquilo que diz nos processos, e a forma como o diz, provoca efeitos reais e simbólicos às partes e encontra ressonância na sociedade. É, também aqui, um poder que deve ter a companhia de uma responsabilidade condizente.

Michele Taruffo é um dos que reconhecem limites no controle da atividade judicial feita exclusivamente pelo sistema recursal, destacando a necessidade de controle democrático sobre a maneira como se administra a justiça. O jurista italiano propugna que, ao lado de um controle processual, típico do sistema de impugnações, deva existir um controle generalizado e difuso por parte do povo em nome do qual a decisão é pronunciada, feito através da verificação pública das motivações lançadas pelos julgadores⁴¹. Aqui, acrescentamos que casos há que exigem um tanto a mais do que isso: além da imprescindível *monitoração* pela opinião pública, as decisões devem estar sujeitas também a alguma forma de responsabilização disciplinar que chame os seus prolores aos seus deveres para com as partes e a sociedade.

2 RESPONSABILIDADE DISCIPLINAR DO MAGISTRADO POR SUAS DECISÕES

⁴⁰ Para que não se pense que estamos a tratar de uma hipótese absurda, vale lembrar que já se viu, no Brasil, coisas realmente surpreendentes nesse campo, como discursos judiciais manifestamente misóginos e homofóbicos, por exemplo.

⁴¹ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1970, p. 406-407.

2.1 A SITUAÇÃO FUNCIONAL E DISCIPLINAR DO JUIZ NO CONTEXTO DAS DEMAIS FUNÇÕES DE ESTADO

Diz-se que cada juiz é titular de soberania, ao menos em uma certa acepção da palavra: considerando-se que os tribunais detêm sua parcela da soberania do Estado⁴², como terceiro poder, e que não existe um supra-órgão judiciário capaz de concentrar a “vontade do Poder Judicial”, disso decorre logicamente que cada juiz dispõe diretamente do poder soberano ligado à *jurisdictio*⁴³. Neste sentido, o Tribunal Constitucional Português já descreveu os tribunais como “um complexo de órgãos de soberania”⁴⁴.

Essa qualidade dos magistrados, porém, não exclui a de funcionários públicos⁴⁵. Segundo Luís Guilherme Catarino, a ideia de que a atividade soberana do juiz é assimilável à condição de funcionário do Estado é sustentada na Alemanha – por interpretação que lá se dá ao artigo 34 da Lei Fundamental de Bonn, que trata da responsabilidade do Estado por atos de qualquer pessoa investida em cargo público (“*jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes*”) – e na Itália – pela leitura que se faz do artigo 28 da Constituição Italiana, que também trata da responsabilidade dos funcionários

⁴² Em Portugal, isto está expresso no texto constitucional: o artigo 202º, n.º 1, da CRP declara que “Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo”.

⁴³ CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 662.

⁴⁴ Acórdão TC n.º 81/86, de 12 de Março de 1986, publicado no Diário da República, 1ª Série, de 22 de Abril de 1986, p. 982.

⁴⁵ NEVES, Ana Fernanda. *O Direito Disciplinar...*, *op. cit.*, p. 152. A autora, em que pese sustente essa posição, não deixa de mencionar também a opinião contrária, no sentido de que os juizes seriam “profissionais de uma carreira em que exercem (em exclusividade, de forma permanente e com vínculo ao Estado) funções públicas de soberania (sem comparação possível com os funcionários públicos)”, conforme consta de Acórdão do Conselho Permanente do Conselho Superior da Magistratura de Portugal, de 09 de Novembro de 2004 (*Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 32. Lisboa, Jul-Set. 2005, p. 154).

do Estado⁴⁶. O autor conclui que o fato de a particular posição dos juízes repousar num estatuto próprio, dotado de independência funcional e orgânica, “não afasta decerto a sua posição como servidores do Estado”⁴⁷.

Também José Augusto Sacadura Garcia Marques aponta que “a relação dos juízes com o Estado apresenta mais afinidades com o regime da função pública do que com a dos demais órgãos de soberania”⁴⁸. Para corroborar essa afirmação, Ana Fernanda Neves, com apoio na doutrina de José de Melo Alexandrino⁴⁹, cita três aspectos que a função jurisdicional tem em comum com a função pública em geral: a) o serviço prestado pelos juízes é heterodeterminado quanto ao modo (por exemplo: a exclusividade de exercício), ao local (determinado foro ou tribunal) e ao objeto (processos dados); b) em contrapartida a seus serviços, o magistrado percebe uma remuneração determinada, suplementos remuneratórios e prestações sociais, além de gozar de direitos próprios da relação de trabalho (por exemplo: férias, adicional de férias, subsídio de fim-de-ano); c) os juízes reúnem-se em organizações sócio-profissionais e sindicais, e admite-se inclusive que exerçam greve, ainda que com restrições⁵⁰.

A essas características da relação funcional do juiz com o Estado podemos acrescentar ainda outras, como a admissão ao cargo por concurso público (ao menos como regra geral) e a

⁴⁶ CATARINO, Luís Guilherme. *A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça: O Erro Judiciário e o Anormal Funcionamento*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 226.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ MARQUES, José Augusto Sacadura Garcia. Poder e justiça em conflito. Uma abordagem ética da tensão existente entre o exercício do poder político e o funcionamento da justiça. *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 32. Lisboa, Jul-Set. 2005, p. 39-40.

⁴⁹ ALEXANDRINO, José de Melo. A greve dos juízes segundo a Constituição e a dogmática constitucional. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 783-787.

⁵⁰ NEVES, Ana Fernanda. *O Direito Disciplinar...*, op. cit., p. 152-153.

organização da vida profissional em uma carreira bem definida, com previsão de promoções e ascensões segundo a antiguidade e/ou o mérito. São aspectos que distinguem o estatuto do juiz daquele dos demais agentes políticos titulares de soberania e aproximam-no do regime funcional geral.

Outro ponto, neste mesmo aspecto, é o regime de responsabilidades. Os agentes políticos eleitos para cargos de soberania nos Poderes Executivo e Legislativo, em geral, têm a responsabilidade política – ao lado da criminal – como característica proeminente das relações de suas atuações com o interesse público. Um Primeiro-Ministro português pode ser exonerado (artigo 186º, n.º 1, da Constituição da República) e a Assembleia da República pode ser dissolvida (artigos 171º e 172º da CRP) pelo Presidente da República; no Brasil, um Presidente da República pode sofrer *impeachment* pelo Congresso Nacional (Lei n.º 1.079, de 10 de Abril de 1950) e os parlamentares podem ter mandatos cassados por deliberação de seus pares (artigo 55 da Constituição Federal). Em todos esses casos, embora possam ser mais ou menos informados por critérios técnicos, os julgamentos de responsabilização são eminentemente políticos. Trata-se de uma espécie de responsabilidade que se adequa ao sistema de mandatos temporários, direta ou semi-diretamente derivados de sufrágio popular⁵¹.

A responsabilidade política, entretanto, não cabe aos juízes⁵², que detêm cargos não eleitos e, via de regra, não temporários⁵³. Deriva não só do princípio da independência política do juiz, mas também das próprias características da sua

⁵¹ Sobre a responsabilidade política, v. LOMBA, Pedro. *Teoria da Responsabilidade Política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

⁵² Muito embora se reconheça a exceção, no caso brasileiro, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que, conforme o artigo 2º da Lei n.º 1.079/50, podem sofrer *impeachment*.

⁵³ A exceção agora é, evidentemente, o caso dos Conselheiros do Tribunal Constitucional Português, que titularizam um mandato não renovável de nove anos (artigo 222º, n.º 3, da CRP).

relação de cunho laboral com o Estado – mais semelhante à de um servidor nomeado a título permanente –, que ele tenha responsabilidades diversas das dos agentes eleitos, e mais próxima das dos demais funcionários públicos. É assim que se faz sentir a responsabilidade disciplinar, que não se desencadeia por um processo político eventual, mas se dá mediante fiscalização constante da atividade profissional dos juízes/servidores, ao longo de todas as suas carreiras, por um Órgão permanente e independente, além de democrática e profissionalmente legitimado⁵⁴.

Essa foi a escolha constitucional tomada em Portugal e no Brasil. No país europeu, quem exerce a competência disciplinar sobre os magistrados é o Conselho Superior da Magistratura (artigo 218º da Constituição da República Portuguesa), composto por juízes eleitos por seus pares (em número de sete), vogais eleitos pela Assembleia (também sete) e outros nomeados pelo Presidente da República (dois). Do lado de cá do oceano, o papel é cumprido pelas Corregedorias da Justiça (órgãos internos dos tribunais, formados exclusivamente por magistrados) e pelo Conselho Nacional de Justiça (artigo 103-B da Constituição Federal), também de composição mista, mas com maioria de magistrados (nove), aos quais se somam membros do Ministério Público (dois), advogados (outros dois), e cidadãos indicados pela Câmara dos Deputados (um) e pelo Senado Federal (mais um).

Não pretendemos ingressar na polêmica a respeito da melhor composição para um Conselho dessa natureza⁵⁵, com

⁵⁴ NEVES, Ana Fernanda. *O Direito Disciplinar...*, op. cit., p. 154.

⁵⁵ Até porque acreditamos que a busca pela “composição ideal” é vã. Uma maioria formada por juízes tem a seu favor o fato de atender às expectativas de independência coletiva da magistratura, representando um “autocontrole” institucional, mas acaba por ser vista como corporativa. Já uma maioria de membros externos escapa das suspeitas de solidariedade classista, apenas para cair nas de intervenção política. Trata-se de um paradoxo, em que o aumento da percepção de consistência democrática do colegiado (através das indicações feitas por pessoas

suas implicações na maior ou menor legitimidade de sua atuação⁵⁶. O que importa registrar é que os sistemas disciplinares da função jurisdicional implantados em Portugal e no Brasil têm seguido a lógica organizativa da responsabilidade disciplinar da função pública em geral, de caráter administrativo⁵⁷. Com isso, queremos demonstrar que a singular situação funcional dos juízes – órgãos independentes de “soberania” com características de funcionários públicos – não obsta, e antes recomenda, que respondam disciplinarmente por seus atos. Aliás, nas palavras de Mauro Cappelletti, a responsabilidade disciplinar é “um elemento importante e necessário de bom equilíbrio entre a independência e a obrigação para o juiz de responder pela sua atividade”, assegurando que os juízes “sejam fiéis à sua missão e satisfaçam as suas obrigações”⁵⁸.

E não há razão para pensar que a responsabilidade disciplinar deva ficar restrita aos comportamentos extra-processuais dos juízes, como nos casos relacionados aos deveres de reserva⁵⁹, de domicílio necessário⁶⁰, de decoro na

eleitas em sufrágio popular) implica redução da percepção de autodeterminação do Poder Judiciário, e vice-versa.

⁵⁶ Por decorrência do que foi referido na nota anterior, a legitimidade dos Conselhos disciplinares decorre menos de sua composição abstrata que da qualidade de sua atuação. Isso, de certa forma, verificou-se especialmente no Brasil. A seguir a uma grande desconfiança por parte da comunidade jurídica em relação às intenções do “controle externo do Judiciário”, que minaram a percepção de sua legitimidade no seu começo, a positiva atuação do CNJ no campo da moralização das práticas judiciárias em todo o país tem revertido a situação e garantido ao Órgão um lugar de destaque e prestígio entre as instituições democráticas da República.

⁵⁷ Neste sentido, embora referindo-se exclusivamente a Portugal: NEVES, Ana Fernanda. *O Direito Disciplinar...*, op. cit., p. 154.

⁵⁸ CAPELLETTI, Mauro. *Le Pouvoir des Juges: Articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé*. Trad. René David. Paris: Economica, 1990, p. 161-162 e 170-176.

⁵⁹ Artigo 12º do Estatuto dos Magistrados Judiciais (EMJ) de Portugal (Lei n.º 21/85, de 30 de Julho) e artigo 36, III, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) do Brasil (Lei Complementar n.º 35, de 14 de Março de 1979).

⁶⁰ Artigo 8º do EMJ (Portugal) e artigo 35, V, da LOMAN (Brasil).

vida pública e particular⁶¹ e quejandos, não alcançando os atos de decisão (a atividade judicial específica). Se todo o agir endo-processual dos juízes coubesse sob o manto da independência e da irresponsabilidade, de forma que não fossem jamais cobrados disciplinarmente por aquilo que decidem, o poder de *jurisdictio* se aproximaria da opacidade e do descontrole que caracterizam a *desconstitucionalização*. Sivestre Pinheiro-Ferreira já fazia a ligação entre o estatuto funcional do juiz, a responsabilidade disciplinar por suas ações e a própria noção de constitucionalidade, dizendo ser “um erro acreditar que os magistrados deixariam de ser independentes se não fossem inteiramente irresponsáveis” e que os seus atos, como o de todos os empregados públicos, tornar-se-iam arbitrários sem a garantia do princípio da responsabilidade, além do que isso atentaria contra a forma de governo, que deixaria de ser constitucional⁶².

Com efeito, alheando-se absolutamente da possibilidade de responsabilizar disciplinarmente os juízes pelo conteúdo de suas decisões, o Estado permitiria que a legalidade constitucional fosse suspensa pela vontade subjetiva de seus agentes; criar-se-ia um vazio de direito, uma indistinção e uma plenitude originária do poder, de forma análoga à ideia de estado de natureza⁶³. A soberania dos juízes, que só é “soberania” naquele sentido constitucional e democrático de exercício de um poder limitado e limitador, degenerar-se-ia na ideia de “soberania” do estado de exceção, de que nos fala Giorgio Agamben⁶⁴.

Assim, encerramos este tópico com a conclusão de que a condição de órgãos de soberania dos juízes e a sua

⁶¹ Artigo 93º do EMJ (Portugal) e artigo 35, VIII, da LOMAN (Brasil).

⁶² PINHEIRO-FERREIRA, Silvestre. *Précis d'un cours de Droit Public interne et externe*, apud NEVES, Ana Fernanda. *O Direito Disciplinar...*, op. cit., p. 153.

⁶³ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 17.

⁶⁴ V. AGAMBEN, *Estado de exceção*, op. cit., p. 15, e também a sua fonte, a obra de Carl Schmitt, *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996, p. 87.

independência não são incompatíveis com a sua responsabilização disciplinar. A soberania dos magistrados deve ser interpretada conforme o papel que lhe pode caber em um Estado Democrático de Direito. Nenhum agente público é “soberano” – nem independente, nem irresponsável – para solapar, com sua atividade, as próprias bases da legalidade constitucional. Mas, por outro lado, está claro que o sistema de responsabilização disciplinar não pode ele próprio se perder na vaguides das ideias indeterminadas. Cumpre agora, pois, analisar o quadro de deveres funcionais dos magistrados, no que se refere à atividade decisória, para dar maior definição à figura que viemos traçando.

2.2 O QUADRO DE DEVERES DO JUIZ EM PORTUGAL E NO BRASIL, COM ESPECIAL ÊNFASE NOS DEVERES RELACIONADOS ÀS DECISÕES JUDICIAIS

O artigo 216º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa consagra o que se convencionou chamar de “princípio da irresponsabilidade” dos magistrados. Contudo, a redação daquele dispositivo constitucional deixa claro que essa irresponsabilidade encontra limite na lei: “Os juízes não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, salvas as exceções consignadas na lei”. Por isso, Gomes Canotilho diz que o referido artigo apenas afasta a responsabilidade pessoal dos juízes “em princípio”, uma vez que “a Constituição remete para a lei a individualização dos casos excepcionais” em que os eles podem estar sujeitos à responsabilidade⁶⁵. A Constituição Federal do Brasil não traz dispositivo expresse congênere; contudo, pelo semelhante tratamento dado à independência judicial nos dois países, pode-se dizer que o princípio vigente no direito brasileiro é o mesmo: a irresponsabilidade como regra geral (derivada da ideia de independência) e a

⁶⁵ CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 665.

responsabilidade como exceção, a ser definida em lei.

Dá já se identificam duas regras da responsabilidade disciplinar dos julgadores em razão de suas funções: a tipicidade e a excepcionalidade das situações que a permitem. E isso não é sem razão: é novamente Cappelletti quem alerta para que as circunstâncias que podem dar lugar às sanções disciplinares sejam precisadas, para que o sistema de controle não venha a refletir uma “preocupação abstrata, corporativa, de ‘prestígio’ do corpo judiciário, perdendo de vista que a coisa mais importante é a execução regular e eficaz de uma tarefa importante para os cidadãos”⁶⁶.

Em Portugal, o diploma infraconstitucional que dispõe sobre a responsabilidade dos juizes é o Estatuto dos Magistrados Judiciais (EMJ), instituído pela Lei n.º 21/85, de 30 de Julho, e alterado por diversas outras leis desde então. A sua equivalente na legislação brasileira é a Lei Complementar n.º 35, de 14 de Março de 1979, conhecida como Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN).

O EMJ português estabelece, logo em seu artigo 5º, n.º 1, que “Os magistrados judiciais não podem ser responsabilizados por suas decisões”. Contudo, já o n.º 2 do mesmo artigo dispõe que “nos casos especialmente previstos na lei os magistrados judiciais podem ser sujeitos, em razão do exercício das suas funções, a responsabilidade civil, criminal ou disciplinar”. Ou seja: aqui, como na Carta constitucional, segue-se a regra da irresponsabilidade, mas com abertura para a responsabilização nos casos excepcionais e tipificados.

Já no corpo do Estatuto, é possível identificar previsões de sanções que têm, ou podem ter, conexão com a atividade decisória do juiz. Podemos referir que o artigo 95º pune com a aposentação compulsiva ou a demissão o magistrado que revele falta de honestidade, o que não deixa de se ligar ao conteúdo de

⁶⁶ CAPELLETTI, *Le Pouvoir des Juges...*, op. cit., p. 163-164, apud NEVES, Ana Fernanda. *O Direito Disciplinar...*, op. cit., p. 154.

suas decisões (basta pensar no caso da “venda”, a uma parte, de uma sentença que lhe favoreça). Já os artigos 92º e 94º cominam penas de multa, suspensão de exercício da função e inatividade aos casos de “desinteresse” e “grave desinteresse pelo cumprimento dos deveres do cargo”, respectivamente. Quanto aos “deveres do cargo” que se relacionam com o conteúdo das decisões judiciais, encontramos no EMJ os seguintes: a) julgar apenas segundo a Constituição e a lei e respeitar os juízos de valor legais (artigo 4º, n.º 1 e n.º 2); b) acatar as decisões proferidas em grau de recurso pelos tribunais superiores (artigo 4º, n.º 1).

Também a LOMAN brasileira prevê as penas disciplinares aplicáveis aos juízes. Os artigos 43 e 44 cominam as penas de advertência e censura para os casos de “negligência” e “reiterada negligência no cumprimento dos deveres do cargo”. Na sequência, o artigo 56, inciso I, pune com a aposentadoria compulsória o magistrado que se mostrar “manifestadamente [*sic*] negligente no cumprimento dos deveres do cargo”.

Quanto aos deveres do magistrado, o artigo 35, inciso I, inclui os de “Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício”. Depois, no artigo 41, a Lei Orgânica brasileira prevê o seguinte: “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”. Trata-se de um dispositivo de teor garantístico da independência judicial, sem dúvida (“o magistrado não pode ser punido ou prejudicado...”); mas, a *contrario sensu*, também representa a tipificação de uma conduta punível, diretamente relacionada ao conteúdo das decisões e das opiniões veiculadas pelos juízes nos processos: o “excesso” e a “impropriedade” da linguagem nelas utilizada.

Já podemos, portanto, construir um quadro comum de

deveres dos magistrados, no que se refere às decisões que proferem, nos sistemas jurídicos português e brasileiro. É tranquilo concluir que, tanto num como noutro país, os magistrados têm os deveres legais de:

a) *respeito à ordem constitucional e legal*, o que não implica ser a “boca da lei”, mas sim acatar e reforçar as instituições do Estado Democrático de Direito (EMJ: “julgam apenas segundo a Constituição e a lei”; “acatamento [...] das decisões proferidas, em via de recurso, pelos tribunais superiores”. LOMAN: “Cumprir e fazer cumprir [...] as disposições legais e os atos de ofício”⁶⁷);

b) *decoro no modo de decidir*, abstendo-se de manifestar opiniões que ultrapassem os limites da convivência democrática (LOMAN: vedação de “impropriedade ou excesso de linguagem”; EMJ: “respeitar os juízos de valor legais”⁶⁸).

Como se vê, o quadro de deveres legais relacionados às decisões dos juízes articula-se em duas grandes vertentes, que, por sua vez, dão origem a dois vetores de responsabilidade dos magistrados: a responsabilidade pelo *que* decidem (relacionada com o dever de respeito à constitucionalidade e à legalidade) e a responsabilidade por *como* decidem (derivada do dever de decoro).

⁶⁷ Acreditamos que no dever de cumprir e fazer cumprir os atos de ofício inclui-se o de acatar as decisões dos tribunais superiores, uma vez que a decisão que reforma a inferior também a substitui em eficácia, fazendo surgir ao juiz o dever de cumpri-la e fazê-la cumprir, como “ato de ofício”. Mas não custa esclarecer que o cumprimento das decisões das instâncias superiores significa apenas o respeito pela coisa julgada (ou caso julgado), nos limites subjetivos e objetivos de cada causa, e não o acatamento das *posições* e dos *entendimentos* exarados pelos tribunais superiores em outros acórdãos, como se estes tivessem eficácia de precedentes vinculantes para os juízos das instâncias inferiores, nos casos futuros. Disso já tratamos na nossa *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 81 e seg.

⁶⁸ Localizamos o dever de continência verbal, nos limites permitidos pela democracia, no dever de respeito aos juízos de valor legais, tendo em vista que, em um Estado Democrático de Direito, ao juiz não é dado, ao proferir discurso em nome desse Estado, substituir na sua fala os valores plasmados na ordem democrática por valores pessoais seus e que a ela sejam avessos.

2.3 DECISÕES JUDICIAIS, INTERPRETAÇÕES E DISCRICIONARIEDADES

É preciso encerrar desfazendo um potencial mal-entendido. Quando se diz que os juízes têm o dever de julgar segundo a lei e a Constituição, e que podem ser responsabilizados quando não o fizerem, não se pretende impor administrativamente um ou outro entendimento jurídico, punindo o que lhe seja divergente. Nem de longe isso significa que os juízes devam “aplicar” os textos legais e constitucionais à moda napoleônica, sem interpretá-los. Tal coisa seria mais que um absurdo: seria uma impossibilidade. Hoje ninguém mais duvida de que todo e qualquer texto normativo, mesmo o mais “claro”, depende de interpretação para ser aplicado⁶⁹, até porque, para a hermenêutica jurídica contemporânea, *aplicação é interpretação*⁷⁰.

Assim, não estamos a propor que sejam responsabilizados os magistrados por darem respostas “erradas” às questões jurídicas que lhe forem apresentadas. Mesmo aqueles que propõem soluções não-relativistas para a Teoria da Decisão, grupo ao qual nos filiamos, admitem a inviabilidade de determinação dos “acertos” e “erros” dos

⁶⁹ Carlos Maximiliano já apontara a inviabilidade do aforismo latino “*in claris cessat interpretatio*”, demonstrando como mesmo o texto que não apresenta obscuridades deve ser interpretado diante do caso concreto (v. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993). Também neste sentido Jorge Miranda: “Não é possível aplicação sem interpretação, tal como esta só faz pleno sentido posta ao serviço da aplicação” (*Manual de Direito Constitucional*, Tomo II: Constituição. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 298)

⁷⁰ Deve-se a Hans-Georg Gadamer a superação hermenêutica da cisão dos “momentos da interpretação”, em que primeiro se daria o conhecimento (*subtilitas intelligendi*), depois a compreensão (*subtilitas explicandi*) e, por último, a aplicação (*subtilitas applicandi*). Para o filósofo alemão, esses “três momentos” dão-se em um só: a *applicatio* (v. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1997 [vol. 1, 6ª ed.] e 2004 [vol. 2, 2ª ed.]).

juízes com precisão matemática. Na doutrina de Ronald Dworkin, que se tornou célebre por advogar que cada caso jurídico apresentaria uma única resposta correta (“*one right answer*”)⁷¹, apenas um juiz sobre-humano (Hércules) seria capaz da tarefa de encontrar tal resposta⁷². Também Lenio Streck, que aproveita a doutrina do jurista norte-americano para combater a ideia de que qualquer solução jurídica é tão boa quanto a outra⁷³, opta por falar em respostas “hermeneuticamente adequadas à Constituição”, ainda que essas respostas não sejam as *únicas*, nem necessariamente as *melhores*⁷⁴. Ou seja, independentemente de se combater a discricionariedade do ato de decidir, não se pode pretender trivializar a interpretação do direito a ponto de obrigar os juízes, sob ameaça de sanções, a encontrar resultados que julgamos “corretos” em cada caso concreto. Não é disso que se trata.

Quem tematiza bem a questão é Francisco José Borges Motta, que prefere a noção de “boa resposta” à de “resposta

⁷¹ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, especialmente o cap. 13, sob o título “*Can rights be controversial?*” (“Direitos podem ser controversos?”).

⁷² Como observa Arthur Kaufmann, este Hércules é, naturalmente, uma ficção (KAUFMANN, Arthur. *A Problemática da Filosofia do Direito ao Longo da História*. In: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried [org.]. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2002, p. 158).

⁷³ Streck concorda com a advertência de Dworkin (registrada em *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 203 e segs.) no sentido de que se deve evitar a armadilha – em que têm caído tantos professores de direito – da opinião falaciosa de que, como não existe nenhuma fórmula para distinguir boas e más decisões e como juristas e juízes certamente divergirão em um dado caso complexo, nenhum argumento é melhor do que o outro, o que faz do raciocínio jurídico uma perda de tempo (STRECK, Lenio Luiz. *Da Interpretação de Textos à Concretização de Direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica entre texto e norma. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. Porto Alegre, 2006, p. 157-158).

⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 285.

correta”, para “aliviar [a] ‘carga semântica’ que a noção de ‘correto’ *versus* ‘incorreto’, não raramente associada ao *logos* matemático e às ciências naturais, costuma carregar consigo”. Uma decisão “boa”, para ele, será aquela que terá assumido a *tentativa* de ser a “única correta” de que nos fala Dworkin, considerando que “a ‘tese da resposta correta’ é uma teoria sobre a responsabilidade judicial, uma espécie de ‘obrigação de meio’, e não, propriamente, de ‘resultado’”⁷⁵.

Acreditamos que isso esclareça que não sustentamos que os órgãos de controle disciplinar ajam como supra-juízes que digam aos magistrados o que pensar, impondo a eles os seus próprios entendimentos sobre o que é correto ou incorreto dizer sobre o Direito.

Então, como devemos tomar as normas de que os juízes portugueses “julgam apenas segundo a Constituição e a lei” e de que os magistrados brasileiros têm o dever de “cumprir e fazer cumprir as disposições legais”? Se os juízes têm independência para interpretar a lei e a Constituição, isso quer dizer que qualquer coisa que lhes sair da cabeça e da caneta será uma interpretação daqueles textos, e, portanto, qualquer julgamento se dará “segundo a Constituição e a lei” e em cumprimento das “disposições legais”? Ou ainda: considerando que também as decisões das instâncias superiores tomam corpo em textos passíveis de interpretação, poderão os juízes executá-las como bem lhes aprouver, inclusive de modo que lhes negue completamente o sentido original?

Ousamos entender que não. As normas citadas têm caráter substancial e vinculante, que não pode ser esvaziado dessa maneira. Recuperando o gancho deixado acima, os juízes podem não ter “obrigações de resultado” para com a adequação das decisões que tomam em relação ao direito, mas

⁷⁵ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 87.

certamente têm uma “obrigação de meio”. Isso significa que estão deontologicamente vinculados a se haver com as especificidades de cada caso e tentar encontrar uma resposta adequada para ele. Já vimos como o magistrado tem o dever de tomar conhecimento das razões apresentadas pelas partes e de considerá-las séria e detidamente; para além disso, o intérprete do direito tem o dever de “se haver” com a Constituição e com a lei. Precisar-se-á interpretá-las, por certo, mas deverá efetivamente fazê-lo, e não substituí-las por sua própria vontade e subjetividade.

Tivemos oportunidade de dizer alhures⁷⁶ que é em países que têm Constituições democráticas e um passado de direito autoritário que o conteúdo material da Constituição deve ser mais protegido contra decisionismos, arbitrariedades e retrocessos. Para que isso seja bem compreendido, contudo, é preciso atravessar toda uma crosta de preconceitos contra o valor vinculante da autoridade institucional. O racionalismo tentou combater esse valor, passando a se apoiar na liberdade individual (a razão própria); Gadamer ensina como essa imprecisão contra a autoridade tem origem na crítica da *Aufklärung* dirigida à tradição religiosa do cristianismo, que ficou cristalizada no princípio fundamental formulado por Kant: “tem coragem de te servir do teu próprio entendimento”⁷⁷.

No direito, algo parecido acontece. Quando vigorava um direito autoritário – na Constituição, nas leis e também na doutrina e na jurisprudência –, levantou-se uma forte crítica à autoridade do que era legado como totalidade da prática jurídica estabelecida até então. Reforçou-se a liberdade individual do intérprete; teorias vieram para legitimar as decisões judiciais como atos de *vontade* e de *sentimento*, libertando o juiz de quaisquer limites à sua subjetividade. Era

⁷⁶ V. nossa *Crítica à Aplicação de Precedentes...* op. cit., p. 100 e seg.

⁷⁷ GADAMER, *Verdade e Método I*, op. cit., p. 362.

algo como a convocação kantiana: os juízes deveriam ter a *coragem* de rejeitar e enfrentar a tradição sufocadora que emanava dos livros clássicos e das velhas práticas.

Os tempos, entretanto, são outros. O descrédito em que caiu qualquer tipo de pré-juízo derivado da autoridade, tornado universal e radical, acaba se tornando um empecilho para a realização da Constituição. A reabilitação do valor da autoridade é tarefa necessária. E ela começa pela constatação de que essa “liberdade” postulada pelo subjetivismo é, na verdade, uma impossibilidade. Pergunta Gadamer: “Será verdade que achar-se imerso em tradições significa em primeiro plano estar submetido a preconceitos e limitado em sua própria liberdade? O certo não será, antes, que toda existência humana, mesmo a mais livre, está limitada e condicionada de muitas maneiras?”⁷⁸.

Na sequência, o filósofo aponta o erro em que incorreu a *Aufklärung* ao identificar a autoridade como “culpada de que não façamos uso da própria razão”. Essa oposição, segundo ele, até teve alguma razão de ser, pois “Enquanto a validade da autoridade ocupar o lugar do juízo próprio, a autoridade será uma fonte de preconceitos”. “Mas”, prossegue, “isso não exclui o fato de que ela pode ser também uma fonte de verdade”. Assim, a autoridade não pode ser oposta à liberdade como uma exigência de obediência cega. “A essência da autoridade não é isso”, ela não tem seu fundamento em um “ato de submissão e de abdicação da razão, mas num ato de reconhecimento e de conhecimento”. Esse reconhecimento é uma ação da própria razão, que, “tornando-se consciente de seus próprios limites, atribui ao outro uma visão mais acertada”⁷⁹.

O direito só poderá ter pretensão a completar a democracia, no Estado Democrático de Direito, quando for

⁷⁸ GADAMER, *Verdade e Método I*, op. cit., p. 367.

⁷⁹ GADAMER, *Verdade e Método I*, op. cit., p. 370-1.

reconhecida pelos juristas a autoridade dessa democracia. Apenas com o vir-a-ser hermenêutico da Constituição é que a negação do autoritarismo vai se dar *comme il faut*: não porque o intérprete quer, em sua vontade subjetiva, mas porque a ordem constitucional vem à fala e o exige.

CONCLUSÃO

A independência do juiz não é violada quando se o responsabiliza disciplinarmente por desacatar decisão de Órgão superior, ou por tomar decisões movido por motivos pessoais injustificáveis, da mesma maneira como não se corrompe o princípio da independência ao punir o magistrado que toma uma decisão judicial por razões desonestas. E a razão para isso não é a de que tais casos sejam exceção ao princípio da independência, mas simplesmente a de que o juiz não tem independência para desobedecer ordens judiciais válidas ou para usar seu poder decisório para atingir objetivos particulares alheios ao direito. Assim como não se fala em independência para ser ímprobo, não se cogita de independência para sobrepor à ordem Constitucional uma agenda pessoal espúria, até porque a particularização das razões das decisões judiciais não deixa de ser uma espécie de improbidade.

O juiz é independente para aplicar o direito, e na medida em que aplica o direito. Não que o limite do que seja “aplicar o direito” seja algo facilmente identificável em cada caso. A produção de uma decisão judicial é um processo de compreensão e interpretação; trata-se de um mecanismo não-trivializado, e que por isso não pode ser determinado desde um ponto de Arquimedes (no sentido de que não é possível determinar com precisão matemática qual a exata resposta que se espera de um juiz diante de um dado caso). No ato de se proferir uma sentença sempre poderá haver espaço para a discordância, e na complexidade da vida contemporânea não é

possível nem desejável eliminar as contingências.

Não se pretende, pois, reprimir uma posição jurídica mediante sua simples confrontação com outra, que lhe seja hierarquicamente superior. Em outras e talvez mais incisivas palavras, é absurdo cogitar que um juiz seja punido disciplinarmente apenas por sustentar um entendimento diverso daquele que é esposado pelos Órgãos jurisdicionais superiores ou pelas entidades correicionais. Não só não é isso que defendemos, como é isso que criticamos: um sistema que admitisse tal coisa seria profundamente arbitrário, porque também (e até mais gravemente) tributário da crença na opinião subjetiva: no caso, ao invés de um regime de exceção em que o fundamento do exercício do poder seria a opinião dos juízes, teríamos outro cujo fundamento seria a opinião dos censores dos mesmos juízes.

Portanto, ninguém quer amordaçar a dissensão, conter a interpretação judicial inovadora ou desencorajar o saudável hábito que os juízes têm de dizer e decidir que os Tribunais superiores, algumas vezes, estão errados em certas posições que sustentam. Outros já disseram que ambicionar tal coisa é desejar a própria morte do direito⁸⁰. Contudo, nada disso quer dizer que seja impossível discernir entre uma interpretação divergente acerca da aplicação do direito, esta legítima, e uma tomada de posição arbitrária e alheia ao direito, esta ilegítima.

O que releva sublinhar, como conclusão a este texto, é que a independência judicial não implica um total alheamento das esferas disciplinares às questões relacionadas ao conteúdo de decisões judiciais. A independência dos juízes, justamente por ser uma conquista democrática e um corolário do primado

⁸⁰ Yussef Sahid Cahali afirmou que, se houvesse possibilidade de um magistrado ser de tal maneira responsabilizado, “nenhum juiz ousaria divergir da interpretação dada anteriormente pela instância superior; seria a morte do Direito, uma vez que cessaria o pendor para a pesquisa, estiolar-se-ia a formulação de novos princípios” (CAHALI, Yussef Sahid. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 625).

da juridicidade, deve ser compreendida de forma consentânea com o Estado Democrático de Direito. O esforço histórico que emoldurou nossas considerações serviu para demonstrar como e em que medida a independência dos tribunais é um instrumento de combate à confusão entre o direito e a vontade subjetiva dos detentores do poder. Assim sendo, não é admissível que seja interpretada de modo a conferir legitimidade à arbitrariedade, escondendo-a atrás do dogma da irresponsabilidade do juiz por aquilo que seja da alçada de sua atividade jurisdicional.

Os sistemas jurídicos de Portugal e do Brasil, embora mediante redações diversas, consagram a independência judicial em seus textos constitucionais. A Constituição da República Portuguesa, inclusive, traz expresso o princípio da irresponsabilidade dos juízes por suas decisões. Contudo, e como procuramos demonstrar, tanto um quanto outro sistema constitucional-legal admite – e impõe – limitações à independência e à irresponsabilidade. Essas limitações são coerentes com a situação do juiz como agente do Estado e com as imposições da convivência democrática.

Em primeiro lugar, a “soberania” dos tribunais não pode ser entendida como uma plenitude originária do poder⁸¹. Nesta acepção, soberano é apenas o Estado tomado como um todo, ou, sob outro aspecto, o poder constituinte originário. Os órgãos do Estado, os seus poderes constituídos, contudo, sempre têm seu poder limitado. Democracia é limitação de poder. Por consequência, democracia é controle do poder⁸².

⁸¹ Assim a declaração de Gilmar Ferreira Mendes, logo após ser eleito presidente do Supremo Tribunal Federal do Brasil, em entrevista à revista semanal *Istoé*, de 26 de Março de 2008: “No Estado de Direito, não há soberano. Ninguém pode exercer suas atribuições de forma ilimitada, nem mesmo o STF”.

⁸² Neste sentido, John Keane diz estarmos em uma terceira fase da história da democracia: depois da inicial “Democracia de Assembleia”, dos gregos, e da “Democracia Representativa”, dos modernos, é a vez da “Democracia Monitorial”, marcada pelo controle exercido pelos contrapoderes (KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*. Trad. Nuno Castello-Branco Bastos. Lisboa: Edições 70, 2009).

Assim é que a ordem democrática não é infensa ao controle disciplinar dos juízes por sua atividade decisória. É antes o contrário. Os esquemas infra-constitucionais de deverosidade dos magistrados, tanto em Portugal como no Brasil, estabelecem deveres disciplinares que podem ter relação com o conteúdo das decisões judiciais. Esses institutos não apenas não são anti-democráticos como, ao contrário, servem aos propósitos da democracia.

É preciso muito cuidado, por certo. É evidente que, na atividade correicional dos juízes por suas decisões, pode-se flertar com um autoritarismo de outra estirpe, que pretenda impor posicionamentos jurídicos à coletividade dos magistrados através da ameaça de punições imerecidas. Sem falar dos riscos dos revanchismos de alguns contra os juízes que tomem decisões contrárias aos seus interesses. Esses perigos existem, mas não são eles que farão com que se demita completamente a possibilidade de punição disciplinar dos magistrados que efetivamente descumprem ou negligenciam seus deveres constitucionais e legais. Assim fosse e abandonaríamos o direito por completo. Ou por acaso não há, em toda e qualquer questão jurídica, o risco de que aquele que venha a ser chamado a decidi-la interprete mal as questões em disputa, e acabe por cometer o que se costuma chamar de uma “injustiça”? Está claro que sim, tão claro como o fato de que isso jamais fez o sistema entrar em colapso.

O que importa é que haja Órgãos constitucionalmente e democraticamente legitimados para exercer o controle disciplinar, o que tem sido o caso do Conselho Nacional de Justiça brasileiro e do Conselho Superior da Magistratura, em que pesem as suas diferenças. E que o controle seja feito com respeito aos princípios constitucionais e com olhos nas garantias democráticas.

“*Est modus in rebus*”, há medida nas coisas, diz a célebre frase de Horácio. Significa que para tudo na vida há modo,

limite, decoro. As punições disciplinares dos juízes por conta de suas decisões são excepcionais, reservadas para casos extremos em que sua necessidade seja evidente. Mas sua possibilidade está lá, como um eterno lembrete de que, em uma democracia, as coisas têm medida. Inclusive, e principalmente, o poder.



BIBLIOGRAFIA

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALEXANDRINO, José de Melo. A greve dos juízes segundo a Constituição e a dogmática constitucional. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006.
- ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. 9ª Reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BARBAS HOMEM, António Pedro. O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental: Portugal. In: BARBAS HOMEM *et alli* (org.). *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental*. Lisboa: Almedina, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito compiladas por Nello Morra*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995
- CAHALI, Yussef Sahid. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2ª

- ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPELLETTI, Mauro. *Le Pouvoir des Juges: Articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé*. Trad. René David. Paris: Economica, 1990.
- CATARINO, Luís Guilherme. *A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça: O Erro Judiciário e o Anormal Funcionamento*. Coimbra: Almedina, 1999.
- DIAS, Nélia Daniel. *A Responsabilidade Civil do Juiz*. Lisboa: Dislivro, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- _____. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. Campinas: Julex, 1989.
- FIGUEIREDO, Álvaro Reis. Ser, dever ser e parecer. Notas sobre a deontologia dos juízes: da disciplina ao aparecimento de códigos de conduta. *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 32. Lisboa, Jul.-Set. 2005.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge. A “pretensão” a um juiz independente como expressão do relacionamento democrático entre o cidadão e a justiça. *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 14. Lisboa, Jan.-Mar. 1999.
- FRAGA, Carlos. *Subsídios para uma independência dos Tribunais, O caso português*. Lisboa: Cosmos, 2000.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
- _____. *Verdade e Método II*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- GOMES DA SILVA, Nuno Espinosa. *História do Direito Português – Fontes de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2000.
- KAUFMANN, Arthur. A Problemática da Filosofia do Direito

- ao Longo da História. In: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2002.
- KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*. Trad. Nuno Castello-Branco Bastos. Lisboa: Edições 70, 2009.
- LOMBA, Pedro. *Teoria da Responsabilidade Política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964.
- MARKEY, Daniel. A False Choice in Pakistan. *Foreign Affairs*, vol. 86, n. 4. New York, Jul./Ago. 2007.
- MARQUES, José Augusto Sacadura Garcia. Poder e justiça em conflito. Uma abordagem ética da tensão existente entre o exercício do poder político e o funcionamento da justiça. *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 32. Lisboa, Jul-Set. 2005.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- MENDES, João de Castro. Nótula sobre o artigo 208 da Constituição – Independência dos Juízes. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Estudos sobre a Constituição*. Lisboa; Petrony, 1979.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I: Preliminares; O Estado e os Sistemas Constitucionais. 8ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- _____. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II: Constituição. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- _____. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- MONTESQUIEU. *Esprit des Lois*. Paris: Garnier, 1949 [1ª ed.: 1758].
- MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*.

- Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- NEVES, Ana Fernanda. *O Direito Disciplinar na Função Pública*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas. Universidade de Lisboa. Orientador: Paulo Otero. Lisboa, 2007.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- OLIVEIRA MARQUES, António Henrique de. *Breve História de Portugal*. 7ª ed. Lisboa: Presença, 2009.
- OTERO, Paulo. *A Democracia Totalitária: Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A Influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*. Cascais: Principia, 2001.
- PIEROTH, Bodo & SCHLINK, Bernhardt. *Grundrechte – Staatsrecht II*. Heidelberg: C. F. Müller, 1988.
- RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1995 [1ª ed.: 1762].
- SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996.
- SILVA, Otacílio Paula. *Ética do Magistrado à luz do Direito Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- SOARES, António Goucha. A transformação do Poder Judicial e seus limites. *Revista do Ministério Público*, ano 21, n.º 82. Lisboa, Abr./Jun. 2000.
- STOLLEIS, Michael. O Perfil do Juiz na Tradição Europeia. In: BARBAS HOMEM *et alli* (org.). *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental*. Lisboa: Almedina, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. Da Interpretação de Textos à Concretização de Direitos: a incidibilidade entre

- interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica entre texto e norma. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. Porto Alegre, 2006.
- _____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1970.
- VAN CAENEGEN, R. C.. “Oráculos da Lei” ou “Bouche de la Loi”. In: BARBAS HOMEM *et alli* [org.]. *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental*. Lisboa: Almedina, 2009.