

JURISDIÇÃO, PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A INDEPENDÊNCIA DO MAGISTRADO COMO UM DOS PRESSUPOSTOS DO GARANTISMO CONSTITUCIONAL

JURISDICTION, DUE PROCESS OF LAW AND FUNDAMENTAL RIGHTS: THE JUDGE'S INDEPENDENCE AS ONE OF THE CONSTITUTIONAL GARANTISM'S ASSUMPTIONS*

MARCO AURELIO PERI GUEDES**
UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO

Resumo: Este trabalho tem por objetivo proporcionar ao leitor um breve panorama do papel da jurisdição no processo de construção do regime democrático do Brasil após a constituição de 05 de outubro de 1988. Neste contexto, torna-se necessário analisar o quão livre e independentes são os juízes de primeiro grau para julgar os casos no seu quadro de competências jurisdicionais. O tema ganha relevo em face da Resolução nº 106/2010 do Conselho Nacional de Justiça. É importante trazer à luz seu conteúdo de modo a expor seu perfil inconstitucional por determinar que a progressão dos juízes na carreira seria determinada pelo 'como' e 'se' suas decisões se adequassem e seguissem as posições legais estabelecidas por outras cortes superiores, estaduais ou federais, em conformidade com suas competências constitucionais para julgar. Alguns artigos da Resolução afetam e violam diretamente o princípio da independência dos juízes para formar livremente seu entendimento em caso sob julgamento e o conceito de Ferrajoli de garantismo constitucional como base para o regime democrático. Aplicado ao cenário do Brasil, a situação impõe um retrocesso de muitos passos e um revés ao republicanismo e ao estado de direito.

Palavras-chave: Brasil; Constituição de 05 de outubro de 1988; Direitos Fundamentais; Jurisdição e devido processo legal; Independência dos juízes para decidir; garantismo constitucional; Democracia.

Abstract: This paper aims to give the reader a brief panorama on the role of jurisdiction in Brazil's democratic regime building process afterwards the October 5, 1988 constitution. On this context, it becomes necessary to analyze how free and independent are first grade judges to decide the judicial cases given up to their constitutional frame of jurisdiction. The issue gets relief due to the Brazilian National Council of Justice Resolution 106/2010. It is

* Artigo recebido em 01/12/2015 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 20/12/2015.

** Doutorando em Direito – UNESA/RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Professor da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/6406780050075419>. E-mail: marcoguedes3@gmail.com.

important to bring to light the resolution's content in order to display its unconstitutional profile by determining that judges progression in career would be determined by how and if their decisions suit and follow the legal positions established by other superior and higher courts, both state or federal courts according to its constitutional framework to judge a case. Some resolution's articles directly affect and violate the principle of independence for judges to form freely their understanding on a case under judgment and the Ferrajoli's concept of constitutional garantism as a basis for the democratic regime. Applied in Brazil's scenario the situation implies on many steps backwards and an enormous setback for republicanism and the state of law.

Keywords: Brazil; October 5, 1988 Brazilian constitution; Fundamental rights; Jurisdiction and due process of law; Judges decisional Independence; Constitutional garantism. Democracy.

Introdução

Este trabalho surge no âmbito da disciplina 'Jurisdição, Processo e Direitos Fundamentais' do curso de Doutorado em Direito inserto no P.P.G.D. – Programa de Pós-graduação em Direito da UNESA-Campus Menezes Cortes. Durante o curso, o contato aproximado com o conceito de garantismo processual estabelecido pelo professor italiano Luigi Ferrajoli permitiu aprofundar o conhecimento jurídico em torno da temática direitos fundamentais, desta feita, com um recorte processual.

A constituição brasileira de 1988 inaugurou um novo período na história do direito brasileiro. Temos hoje a consciência de que esta constituição ocupa o epicentro do nosso sistema jurídico, irradiando seus conceitos, princípios e valores para todos os demais ramos do direito que lhe são tributários. É com base nesta afirmação inicial que podemos afirmar com convicção a existência de um direito civil constitucional, um direito penal constitucional, um direito processual civil – e penal – constitucionais e assim por diante. E isto ocorreu porque o constituinte de 1988 formalizou no bojo da constituição uma complexa gama de conceitos, princípios e valores antes tratados no âmbito de lei ordinária ou mesmo em outras espécies legislativas. A sua formalização constitucional estabeleceu um novo paradigma para a constituição, modificando a maneira de interpreta-la.

A intenção do constituinte de 1987 de formalizar estes valores surge como um imperativo categórico a fim de estabelecer bases sólidas de um Estado à altura em transição para um regime democrático, como que afiançando valores inquebrantáveis não passíveis de qualquer interpretação mitigada na eventualidade de um retrocesso político por um

golpe de estado, orquestrado por setores militares ressentidos com a restauração democrática ou mesmo proveniente de outros setores políticos civis beneficiários de regimes de exceção, de qualquer viés ideológico. Recebemos esse principiologismo no âmbito constitucional do direito constitucional ítalo-germânico – pós 1945 - por transmigracionismo, via influência do constitucionalismo luso-espanhol.

Passados mais de vinte e sete anos da entrada em vigor da constituição de 1988, podemos afirmar que a transição para o regime democrático ainda resta inconclusa. Há muito que aperfeiçoar nas instituições políticas, a fim de relegar ao passado costumes e práticas patrimonialistas e oligárquicas que insistem em aprisionar o Estado e a sociedade a seus interesses. Mesmo que o setor militar da sociedade brasileira não se apresente mais no debate político como força tutora da sociedade brasileira ainda em sua imaturidade política, ainda atravessamos um processo cotidiano de consolidação democrática. Não podemos afirmar que vivenciamos a plenitude democrática, pois ainda restam no plano de um devir histórico o vivenciar de inúmeros direitos e garantias fundamentais, não apenas de segunda ou terceira gerações, mas ainda direitos fundamentais de primeira geração. A vida e a propriedade, por exemplo, são direitos fundamentais de primeira geração ainda não de todo tutelados pelo Estado brasileiro. A violência acomete os cidadãos a todo momento e a resposta estatal ainda mostra-se desorientada e pusilânime.

É deste modo que se dá o encontro com a visão de mundo trazida pelo professor Luigi Ferrajoli e seu conceito de garantismo. Para o professor italiano, a construção de um Estado democrático de direito passa pelo implemento e assecuração efetiva de direitos fundamentais e de suas garantias ao cidadão. A vivência do garantismo penal nos é trazida com base no momento político italiano do pós-segunda guerra mundial, trazido pela constituição italiana de 1948. O grande desafio ali colocado foi o de descobrir como combater a criminalidade mafiosa respeitando o quadro constitucional. Construir a harmonia necessária entre a legislação de emergência e a constituição foi desafiador. Note-se que o operador do direito traz a visão garantista de Ferrajoli, muitas vezes sem destacar esta peculiaridade da história política italiana, pelo que o garantismo fatalmente acaba sendo entendido como uma visão de mundo constitucional que defenderia a quase impunidade aos que cometem crimes, pelo excessivo zelo do devido processo legal e seus valores conexos.

Neste diapasão, exsurge como fator preponderante a Jurisdição e seus membros componentes como variáveis indispensáveis à consecução deste projeto. Daí vem na

sequência conceitos como o devido processo legal - *due process of law*, juiz natural, independência do juiz, entre outros conceitos de natureza processual necessários à tutela democrática dos jurisdicionados. Em uma democracia plural, a liberdade de opinião é fundamental ao debate democrático. Mas, não apenas a liberdade de opinião, como também a liberdade de construir sua visão de mundo e suas próprias convicções. Este valor também se insere no poder judiciário, onde os juízes devem ter plena liberdade para construir sua convicção no julgamento do caso concreto, alicerçado na sua motivação.

Todo esse entendimento é um relato síntese de uma evolução histórica do fenômeno estatal. Desde o seu surgimento no século XVI até o presente, o Estado atravessou distintas fases de amadurecimento e aperfeiçoamento. O ápice deste processo encontra-se nas revoluções liberais do século XVIII nos Estados Unidos (1776) e em França (1789). Conquanto vitoriosas estas revoluções, passados mais de duzentos anos de lutas contra tiranias e retrocessos autoritários em inúmeros países do mundo ocidental, guiados pelos valores liberais burgueses, ainda não podemos dizer que é um projeto acabado. Ao contrário, a resistência ao projeto liberal burguês trazido à luz por estas revoluções enfrenta outra sorte de resistências, não mais de monarquias absolutas, mas de regimes autoritários dos mais diversos matizes.

No que toca ao Brasil, da independência aos dias atuais temos uma sucessão de constituições a demonstrar o quão superficial e tênue é o compromisso entre setores e facções¹ da sociedade brasileira em construir um Estado democrático de direito, podendo-se incluir nesta afirmação a própria constituição de 1988. Não identificamos no Brasil um compromisso aberto e franco na realização concreta, material deste Estado de direito; como o vemos em Portugal (1976), Espanha (1978) e Chile (1980), que efetuaram a transição pelo estabelecimento de uma *concertación* ampla envolvendo toda a sociedade. O só fato de após vinte e sete anos ainda estarmos discutindo a efetividade e aplicação de direitos fundamentais de primeira geração, deixando de lado a consecução dos direitos fundamentais de ulteriores gerações, mediante subterfúgios interpretativos ou debilidades orçamentárias é indicativo do claro déficit da sociedade brasileira, do Estado-administração e de fissuras claras na constituição de 1988. O momento presente na realidade política reabre o debate da constituição como um compromisso democrático, pois traz a lume a

¹ Aqui nos referimos ao debate dos federalistas, por ocasião do Congresso de Filadélfia, predecessor da constituição norte-americana de 1787. A guerra de facções e seus interesses inerentes a qualquer modelo de sociedade deveria ser contida para construir-se a unidade política, como pontuou um dos primeiros editores Benjamin Fletcher Right.

crise federativa, a desorganização financeiro-orçamentária do estado brasileiro e a dignidade da pessoa humana inconclusa.

1. Estado moderno e separação de poderes

Segundo a Teoria do Estado, a referência 'Estado moderno' é uma redundância, pois o Estado é produto da modernidade. Tradicionalmente como estudantes e operadores do direito aprendemos que o Estado teria o momento de seu nascedouro no século XVI, quando se estabeleceu o conceito de soberania. Os conceitos 'Estado' e 'soberania', portanto, estão indissociavelmente ligados. A compreensão mesmo do conceito de soberania apenas teria sido desenvolvida no século XVIII pela chamada Escola Francesa².

Por soberania entendemos o poder decisório em última instância no interior do território do Estado, sem oposição ou contraste. No interior de um Estado só pode haver uma única manifestação de poder soberano. A soberania também é compreendida - à luz de uma visão pautada na sociologia - como o monopólio do uso exclusivo e legítimo da força e da violência. São expressões do poder soberano as funções executiva, legislativa e judiciária do Estado.

Segundo REALE³, o processo de surgimento do Estado decorre de uma evolução trifásica indicada por três vocábulos: fragmentação, concentração e limitação. Os três são marcos indicadores da história constitucional moderna. Até o século XVI a Europa vivenciou o momento de fragmentação do poder político territorialmente, em razão da dissolução do Império Romano no ano de 476 d. c. O feudalismo era a realidade deste momento. O feudo, realidade política que exsurge com o fim de Roma mostra uma sociedade civil sem comando único, sendo objeto de conflitos de interesses de distintas instâncias decisórias da vida feudal territorialmente superpostas: corporações de ofício, igreja católica e remanescentes de autoridades romanas. O Direito neste momento histórico

² O ponto de partida no tema é a obra de Jean BODIN, **Os seis livros da república**, onde o vocábulo *souveraineté* – soberania, firma-se como o que melhor identifica a afirmação do poder soberano estatal. De outra parte, apenas como referência, tem-se a Escola Alemã, a empregar o vocábulo *Herrschaft* – designando o conceito de 'assenhoreamento' do espaço pelo Estado. Ambos são válidos, porque construídos sobre processos históricos distintos de formação do Estado e exercício do poder. O mundo ocidental curvou-se à Escola Francesa, modelo de prestígio mais consagrado no Direito e na Política.

³ Vide Miguel REALE. **Teoria do Estado e do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1998. Esta fragmentação é melhor trabalhada por Marc BLOCH, em sua famosa obra sobre o tema 'Sociedade feudal'. Lisboa: Bertrand, 1998.

é também fragmentado e diverso, gerando dúvidas e insegurança jurídica a todos que dele dependiam.

O segundo momento é o da concentração, quando em vários feudos – Estados feudais – o senhor feudal desafia a força das demais instâncias decisórias existentes, pois que detentor da *manu militari*, e impõe sua vontade aos demais, afirmando-se como a *ultima ratio regis*. Este segundo momento é conhecido pela História como o absolutismo e perdurará até o século XVIII na Europa, ocasião em que ocorrem as revoluções liberais e o triunfo da Revolução em França no ano de 1789.

É de se notar, no que importa ao tema objeto deste trabalho, que no período aqui abordado – séculos XVI a XVIII – a concentração de poderes nas mãos do monarca absoluto era tamanha na Europa continental que não havia que se falar em separação de poderes, conceito que tornar-se-ia conhecido somente depois de 1789, com as primeiras constituições francesas e também da constituição norte-americana de 1787. A tônica deste período pode ser sintetizada nas palavras bem conhecidas do monarca francês Luís XIV: "L'État c'est moi!" – "O Estado sou eu!".

Assim, o Judiciário deste período não dizia o direito – *juris dicere* - com imparcialidade ou independência decisória, pois que era controlado ou mesmo ocupado por aristocratas⁴ ou pessoas de confiança do monarca. Havia, portanto, um arremedo de justiça e um judiciário semântico ou de fachada – empregando a terminologia de Karl Loewenstein⁵.

Finalmente, a 'limitação (do poder)' pelo fortalecimento da constituição como técnica de limitação do poder. São os valores do pensamento político liberal pós 1789 que construirão as bases para essa desconcentração horizontal do poder soberano do Estado, organizando melhor as funções executiva, legislativa e judiciária. Coube ao francês Charles Louis de Secondat - o Barão de Montesquieu, mais conhecido apenas como Montesquieu, o desenvolvimento desta construção teórica em sua obra "O espírito das leis" ⁶, adotada

⁴ Vide Luigi FERRAJOLI. **Direito e Razão**. São Paulo: RT, 2014. Página 472 . Segundo FERRAJOLI, a mudança de paradigma ocorreu em Inglaterra, quando Sir Edward Coke negou ao Rei James I a *potestas juris dicendi*. Daí surge a concepção do juiz natural, de competência pré-determinada para julgar o caso, a consolidar-se com as revoluções liberais do séc. XVIII. Consultar também Marc BLOCH. **Sociedade feudal**. Lisboa: Bertrand: 1998.

⁵ Em referência à obra Teoria da Constituição, de Karl Loewenstein.

⁶ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. O desenvolvimento teórico da separação de poderes, utilizado como elemento conceitual no artigo 16 da **Declaração Universal dos direitos do Homem e do Cidadão** de 1789 e em todas as constituições liberais desde então; está no capítulo

pelos revolucionários franceses. Desde então, o Judiciário como função orgânica a expressar o poder soberano do Estado fortaleceu-se e conquistou a independência necessária do poder executivo, livrando-se das influências nefastas dos governantes de plantão. Dentre todas as garantias conquistadas pela magistratura como instituição indispensável à manutenção do estado democrático⁷, alhures e aqui no Brasil, temos que a independência de julgar e decidir, de formar a sua livre convicção, é valor a expressar a maior garantia atribuída ao Estado democrático de direito⁸.

Finalmente, ícone maior desta conquista que se divisava no horizonte político europeu em princípios do século XIX é a narrativa do Moleiro de Sans-Souci, de François Andrieux, em que um moleiro desafia o poder absoluto de Frederico II, Rei de Prússia, que desejava derrubar o moinho que desfigurava a paisagem de seu castelo, ao que o moleiro calmamente responde-lhe: "Ainda há juízes em Berlim!". Expressava, assim, a confiança em um judiciário forte e capaz de julgar até mesmo contrariamente aos interesses do monarca.

2. Estado de direito, democracia e república

O Estado de direito é uma fase da evolução do Estado. O seu conceito não surge em França, país epicentro das mudanças constitucionais operadas no séc. XVIII com o triunfo do liberalismo político-econômico. Inusitadamente, o Estado de direito enquanto categoria histórica surge nos países germânicos – à época ainda não havia uma Alemanha unificada – e se expressa no vocábulo *Rechtsstaat*.

Trata-se de uma técnica de limitação do poder acrescentada às demais técnicas desenvolvidas pelos teóricos da revolução francesa (constituição, república, cidadania, direitos fundamentais, separação de poderes, etc). Os contornos conceituais do Estado de direito determinam o império da lei como marco delimitador das liberdades públicas e do poder do Estado. A sua coexistência com os conceitos de democracia e república acaba por determinar o paradigma do Estado liberal adotado no mundo ocidental desde meados do

XII – "Da constituição da Inglaterra". Também Luigi FERRAJOLI. **Direito e Razão**. São Paulo: RT, 2014, p. 470

⁷ Vitalicidade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio; garantias previstas no artigo 95 da Constituição da República de 1988. A independência dos magistrados resta adrede a estas garantias formalmente constitucionais, mas no âmbito do artigo 2º da constituição e também na LOMAN-Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

⁸ Vide Luigi FERRAJOLI. **Direito e Razão**. São Paulo: RT, 2014. Página 438: "O fundamento da divisão dos poderes e da independência da função judiciária (...)", e "(...), a verdade do juízo e a liberdade do inocente, (...), exigem órgãos alheios e independentes de qualquer interesse ou poder, (...)".

século XIX. Apenas com as primeiras constituições socialistas do primeiro quartel do século XX é que esse paradigma sofre modificações.

A democracia, vocábulo proveniente do grego *demos krátos* significa não o governo da maioria, mas sim o governo das multidões. Entretanto, o vocábulo tornou-se conhecido como o regime de governo em que prevalece a vontade da maioria. A constituição, elevada ao ápice do sistema jurídico pelas revoluções liberais é uma técnica política que atua como instrumento contendor das 'multidões', passíveis de serem levadas pela emoção e paixão⁹ e não pela razão. Daí, podermos compreender a constituição como um instrumento jurídico-político contramajoritário, donde percebemos doravante a democracia como sendo o regime de governo em que prevalece a vontade da maioria sim, com respeito à minoria. A academia consagra Abraham Lincoln, presidente norte americano nos idos de 1860, como o político que melhor a conceituou: "Democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo, e não deve perecer da face da Terra"¹⁰.

A república, de seu turno, provém do latim *res publica* e significa coisa pública. Trata-se de forma de governo criada pelos romanos e que vislumbra uma clara separação do patrimônio do governante daquele constante da república. A 'coisa pública' são os bens que pertencem a todos e não pertencem a ninguém. Daí o extremo zelo que se deve ter com os bens que pertencem à sociedade. A república como paradigma orientador do homem público, demanda a construção pela educação de cidadãos aptos a exercer cotidianamente a sua cidadania, pelo respeito à lei, à igualdade, à liberdade, pela difusão do conceito de meritocracia como valor para o desempenho de funções e cargos públicos, pelo respeito aos demais cidadãos.

Penso que a melhor maneira de encerrar este tópico traduz-se nas palavras de FERRAJOLI: "A independência do juiz de todos os outros poderes, mais acima identificada como a segunda garantia orgânica, é uma aquisição do moderno Estado de direito, conexa, tanto teórica como historicamente, à confirmação, de um lado, do princípio

⁹ Não à toa Thomas Hobbes - na sua obra **O Leviatã**, identifica que as paixões e emoções humanas é que transformam o homem no estado de natureza no lobo de outros homens: *homo lupus homini*. Daí, na visão de Hobbes ser necessário criar um Estado Leviatã, forte e absoluto a controlar o ímpeto dos homens.

¹⁰ Trata-se de pequeno excerto do discurso de Lincoln no cemitério de Gettysburg, ocasião em que exortou os soldados da União a lutar na guerra civil norte-americano contra a secessão dos confederados e contra a escravidão.

de estrita legalidade e da natureza cognitiva da jurisdição e, de outro, dos direitos naturais ou fundamentais da pessoa"¹¹.

3. A jurisdição na Constituição de 1988

3.1. Antecedentes históricos e diálogo jurisdicional

A constituição brasileira de 05 de outubro de 1988 é conhecida como a 'constituição cidadã', pois ela inaugurou uma nova fase na história constitucional e republicana no Brasil. Considerando o momento histórico que lhe antecedeu, o constituinte originário houve por bem elaborar um texto constitucional claro em sua determinação de estabelecer as bases institucionais duradouras de um Estado democrático e de direito social no Brasil. Para este fim, foi delineado um núcleo de direitos fundamentais no artigo 5º e sobre ele caiu o manto de cláusula pétrea, não se deixando qualquer dúvida ou margem para sua violação ou negação.

A experiência do Estado autoritário vivenciada no período de 1964 a 1982 conduziu os trabalhos constituintes de 1986 ao fortalecimento de instituições como o Poder Judiciário, tendo na jurisdição instrumento de tutela dos direitos públicos subjetivos dos cidadãos. Na sequência deste entendimento, podemos citar também o Ministério Público, que foi elevado no plano constitucional formal a instituição orgânica do Estado, titularizando o poder da denúncia bem como o *munus* público de agir como fiscal da lei. Embora, não faça parte do tríduo funcional constante do artigo 2º da constituição.

O posicionamento da Jurisdição inclui o recorte da própria Jurisdição constitucional, com o STF agora atuando não apenas como última instância recursal, mas também como 'Corte constitucional'. No âmbito da organização funcional do poder soberano do Estado, o novo perfil do Supremo Tribunal Federal advém de experiências europeias e chega ao Brasil através de fenômeno do 'diálogo das jurisdições', que se desenvolve em moto contínuo.

O constituinte originário de 1986 felizmente não deixou de observar acontecimentos importantes da história mundial recente. Acreditamos e identificamos o termo inicial deste movimento no plano constitucional europeu em 1948 com a constituição italiana e em 1949, na Alemanha, com a promulgação da Lei Fundamental de Bonn. A Lei Fundamental

¹¹ Vide Luigi FERRAJOLI. **Direito e Razão**. São Paulo: RT, 2014. Página 468.

– ou *Grundgesetz* – operou a transição de uma Alemanha historicamente autoritária-totalitária a um projeto de nação liberal burguês, nos moldes da Constituição de Frankfurt de 1849 – *Frankfurtskirche Verfassung*, tentativa liberal fracassada e sufocada pela Carta constitucional prussiana de 1851.

É de se destacar nesta Lei Fundamental dois elementos que norteiam o novo eixo constitucional pós segunda guerra mundial: a) os direitos fundamentais antecedem a organização do Estado, b) o papel constitucional que é atribuído à Corte constitucional alemã - *Bundesgerichtshof*.

Tal influência se estenderia posteriormente aos países ibéricos, historicamente tributários em grande medida do direito alemão, em virtude de suas próprias e longínquas raízes visigóticas¹². Pouco mais de vinte e cinco anos depois da Lei Fundamental alemã de Bonn de 1949, o cenário constitucional europeu assistirá a transição dos Estados ibéricos de experiências autoritárias a regimes democráticos. Neste momento, podemos identificar um paralelismo histórico comum entre Portugal, Espanha e Alemanha; pois os três tornam-se egressos de experiências de regimes de exceção para convergirem ao horizonte democrático, até mesmo para adaptarem-se ao novo projeto de Europa unificada e democrática a concretizar-se em Maastricht, em 1992.

Daí, assistiremos Portugal atravessando a Revolução dos Cravos de 25 de abril de 1975 e chegando à sua nova constituição em 1976, encerrando o ciclo Salazarista. Na sequência, assistiremos Espanha encerrando o ciclo Franquista e a sua Constituição de 1978. Concomitantemente a esta evolução, a América Latina começa a retomada democrática, com o início da distensão nos idos de 1975 e perda do apoio norte-americano aos regimes militares sul-americanos. Acompanhando o processo europeu, o Chile também vivenciando o itinerário de transição regime autoritário-democracia, elabora nova constituição em 1980, a sofrer influência direta das Lei Fundamental de Bonn e Constituição portuguesa de 1976. A abordagem até agora realizada é importante, pois destacamos que este eixo de influência fez-se presente na elaboração da constituição brasileira de 1988, através do diálogo jurisdicional.

O percurso acima é indicativo do diálogo constitucional, no âmbito do direito internacional, a revelar o fenômeno do transmigracionismo axiológico, dos princípios, valores e conceitos entre várias constituições. O fenômeno seria importante na elaboração

¹² A chamada Escola de Coimbra segue esta linha, sofrendo oposição da Escola de Lisboa, de tradição romanista.

da atual constituição brasileira, a recepcionar os modelos bem sucedidos dessas constituições europeias.

3.2. A jurisdição na Constituição de 1988

O Brasil após 1982 ingressou no processo irreversível de redemocratização. Juristas de renome e acadêmicos já acompanhavam as mudanças constitucionais na Europa e por ocasião da formação da Assembleia Nacional Constituinte de 1986, o mundo jurídico havia acumulado vasto conhecimento das novas tendências constitucionais em prática. Foi assim que a constituição brasileira de 1988 redefiniu o texto constitucional, destacando-se topograficamente a seguinte disposição temática: a) princípios fundamentais da república federativa do Brasil, b) direitos e garantias fundamentais, c) organização do Estado.

Progresso notável nessa mudança foi o fortalecimento do poder judiciário como instrumento de tutela dos direitos fundamentais¹³. A par da magistratura, o ministério público foi elevado à instituição formalmente constitucional, tendo por missão fundamental atuar como fiscal da lei e defensor das instituições e valores democráticos.

Historicamente, desde a revolução francesa o fortalecimento da magistratura passa pela sacralização de uma série de garantias necessárias ao exercício da jurisdição, diante da tradicional ameaça representada pelo poder executivo, muitas e muitas vezes controlado por autocratas de plantão. É neste recorte histórico que encontraremos na constituição as garantias atribuídas à magistratura no artigo 95 da CR 1988, que desdobram-se em outras garantias, dentre elas a independência do magistrado de formar sua livre convicção, de poder julgar e decidir os temas de sua competência com plena liberdade. Esta liberdade mantém-se, com o acompanhamento de sua atividade jurisdicional pelo C.N.J. – Conselho Nacional de Justiça; sob pena de tornar-se um autômato ou mero 'despachante' de posições que se lhe impõem de outros órgãos da estrutura judiciária, superiores em instância.

No que pertine a este trabalho, trataremos da garantia da independência dos magistrados a fim de que possam desempenhar suas funções jurisdicionais com liberdade para formar suas convicções, apreciar os casos submetidos à sua competência sem submeter-se ou sujeitar-se a ameaças do poder executivo ou legislativo – ou mesmo

¹³ Destaco reflexão de Luigi FERRAJOLI. **Direito e Razão**. São Paulo: RT, 2014. Página 449: "(...), para resolver a crise de legitimação do Poder Judiciário e devolver aos juízes o papel, hoje descuidado, de garantidores dos direitos fundamentais dos cidadãos". O jurista italiano como que antecipa tendência de fortalecimento do judiciário, conceito assimilado pela constituição brasileira de 1988.

qualquer outra expressão de poder na sociedade – religioso ou econômico, p. ex. - que possa ser eventualmente contrariado em seus interesses.

4.3. O Conselho Nacional de Justiça e o controle da jurisdição – A emenda constitucional nº 45 /2004

O C.N.J. exsurge no cenário político-constitucional brasileiro como uma demanda da sociedade, de ordem a fortalecer o regime democrático, estabelecendo a inserção de valores republicanos como transparência e *accountability* aos seus membros. O C.N.J. foi concebido como órgão controlador e gestor da atividade jurisdicional no Brasil, cabendo-lhe formular, conceber e implementar reformas de natureza estratégica a fim de assentar a função judiciária na modernidade e em compasso com as demandas da sociedade no mundo dos fatos¹⁴, principalmente no plano da tutela dos direitos fundamentais e efetividade das suas decisões, atendendo à razoável duração do processo – direito fundamental do cidadão. Essa linha de ação estratégica é inovadora e atende aos inúmeros pactos republicanos celebrados entre os poderes do Estado brasileiro no período 2003-2014.

A concepção do C.N.J. em muito se deve também como um fator de reversão da percepção da sociedade de que o poder judiciário estava não apenas ultrapassado, mas que também mostrava-se opaco à sociedade. A conduta isolada de alguns magistrados de diversas instâncias e órgãos judiciários envolvidos em condutas criminosas precipitou o curso das mudanças. O C.N.J. tem como uma de suas atribuições administrativas atuar como ouvidor e órgão fiscalizador, de correição, de maus magistrados. A sua missão constitucional também é coibir eventuais excessos cometidos pontualmente e punir os magistrados republicaneamente, preservando a imagem do poder judiciário e das funções da magistratura.

Desde a implementação do Conselho Nacional de Justiça em 2004, muito já foi feito para consolidar o papel constitucional da magistratura como função de estado com forte atribuição na tutela dos direitos fundamentais, pressuposto necessário à construção e aprofundamento da cultura democrática no país.

¹⁴ Ver artigo **Novo código de processo civil e atuação do conselho nacional de justiça**, do Prof Dr Guilherme Calmon. A publicar. O trabalho aborda preliminarmente a concepção do CNJ e sua experiência após dez anos de atuação.

3.3. A Resolução nº 106/2010-CNJ

Por um desvio de percurso motivado por razões que não são objeto deste trabalho, exsurge a Resolução nº 106/2010-CNJ, a denotar um movimento que à primeira vista parece espelhar tendência de uniformização das posições e entendimentos jurídicos dos tribunais superiores, mas na verdade, induz à forte retrocesso no papel atribuído ao poder judiciário no âmbito da constituição de 1988.

Conquista das revoluções liberais, um Judiciário forte e independente é a garantia de vivência plena de um Estado democrático e social de direito. Para que isto ocorra, os membros integrantes do poder judiciário - embora devam observar certas orientações expedidas pelos tribunais em suas decisões - têm inteira liberdade e independência para analisar as evidências do caso e formar livremente sua convicção. Ouvir testemunhas, indagar, questionar, requerer provas e análises, concluir, decidir, atuar com inteira liberdade para fins de prestar a jurisdição, decidir livremente sem interferências políticas internas ou externas, é disso que se trata quando falamos de independência funcional. A atuação independente do magistrado assegura um Judiciário altivo e que não se subordina a pressões dos governantes de turno, tampouco a eventuais instâncias superiores de tribunais a eles subservientes.

A Resolução nº 106/2010-C.N.J., trouxe a lume critérios objetivos para promoção de magistrados, no âmbito das atribuições administrativas do C.N.J., como órgão competente a editar normas primárias para regulamentar as atividades internas do poder judiciário. Porém, a resolução impõe – ou tenta impor – peias à independência dos magistrados em formar o seu próprio juízo e sua convicção, trazendo à luz que a promoção dos magistrados resta condicionada à observância das posições estabelecidas pelos tribunais superiores.

No que se refere ao objeto deste estudo, a independência dos magistrados, destaco os seguintes artigos da Resolução 106/2010-C.N.J.:

Art. 5º. Na avaliação da qualidade das decisões proferidas serão levados em consideração:

[...]

d) a pertinência de doutrina e jurisprudência, quando citadas;

e) o respeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores.

Art. 6º Na avaliação de produtividade serão considerados os atos praticados pelo magistrado no exercício profissional, levando-se em conta os seguintes parâmetros:

Parágrafo único: Na avaliação da produtividade deverá ser considerada a média do número de sentenças e audiências em comparação com a produtividade média de juízes de unidades similares, utilizando-se, para tanto, dos institutos da mediana e do desvio padrão oriundos da ciência da estatística, privilegiando-se, em todos os casos, os magistrados cujo índice de conciliação seja proporcionalmente superior ao índice de sentenças proferidas dentro da mesma média.

Art. 7º A presteza deve ser avaliada nos seguintes aspectos:

k) alinhamento com as metas do Poder Judiciário, traçadas sob a coordenação do Conselho Nacional de Justiça.

Art. 10. [...]. Parágrafo único. A disciplina judiciária do magistrado, aplicando a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com registro de eventual ressalva de entendimento, constitui elemento a ser valorizado para efeito de merecimento, nos termos do princípio da responsabilidade institucional, insculpido no Código Ibero-Americano de Ética Judicial (2006).

Gostaria, neste momento de minha reflexão sobre este instituto, de parafrasear a passagem de Phillipe Jestaz citado por François Ost em texto sobre a pesquisa para doutoramento, indagando se a jurisdição no Brasil, à luz da Resolução 106/2010-C.N.J. tenciona efetivamente a observância da constituição de 1988 e seus valores e princípios, na construção de uma sociedade mais justa, fraterna e solidária, ou apenas é um movimento inicial de anulação da independência da magistratura, caminhando para sua subserviência, ou mesmo mais incisivamente sua obsolescência, uma vez que produziria não mais magistrados críticos e independentes, mas apenas a sua transformação de "...*juristas em seguidores*, (...)"¹⁵. Ora, para reproduzir decisões superiores bastariam seres humanos robotizados, acrílicos e sem livre convicção ou mesmo máquinas.

¹⁵ OST, François. **A tese de doutorado em Direito: do projeto à defesa**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. N. 7 (2), maio-agosto 2015. P. 111: "Nesse sentido, Jestaz (1994, p. 90 e s.) entende que o principal, para tanto, seria a conversão dos juristas em 'seguidores', o que caracterizaria a doutrina contemporânea: uma forma infeliz de conformismo intelectual que embota o espírito crítico e faz desaparecer as controvérsias, duas coisas tão típicas do estilo doutrinal".

Ora, diante de tamanho retrocesso, órgãos representativos da magistratura (ANAMATRA, AMB, AJUFE) insurgiram-se contra a resolução, inaugurando o procedimento da ADI nº 4.510/2010, de que iremos tratar em seguida.

3.4. A ADI nº 4510/2010

Diante da flagrante inconstitucionalidade de alguns dispositivos constantes da Resolução 106/2010 do CNJ, órgão representativos da magistratura brasileira (ANAMATRA, AMB, AJUFE) propuseram ADI – Ação direta de inconstitucionalidade em face de alguns de seus dispositivos, por serem legitimados ativos em conformidade com o artigo 103 da CR 1988. O relator da ADI 4510/2010 é o Ministro Dias Toffoli.

Em seu parecer, o Ministério Público federal opinou no mérito da ADI, pela declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos "artigos 5º, *d e e*, 6º, parágrafo único, 7º, I, *k*, e II, *e*, e 10, parágrafo único"¹⁶ por ofensa ao princípio da independência do magistrado.

Entendeu o parquet no item 33 de seu parecer: "*Sob o viés da ofensa ao princípio da independência dos magistrados, o pedido é parcialmente procedente.*". Em seguida, no item 37 é mais contundente, afirmando que:

A alínea *e* do artigo 5º e o parágrafo único do artigo 10 pretendem vincular juízes ao entendimento sumulado dos tribunais superiores, restringindo sua liberdade de convicção e de decisão. As normas acabam por conferir efeitos vinculantes a todas as súmulas editadas pelo STF e pelos tribunais superiores. E, ao colocar em situação de desvantagem o juiz que eventualmente diverja do entendimento daquelas Cortes, influencia a livre condução do processo.

Para o Ministério Público, como aduzido no item 43 de seu parecer, "*(...), o proferimento de sentenças líquidas sujeita-se à apreciação e ao convencimento pessoal do magistrado, e, portanto, não pode ser-lhe imposto sob a forma de critério de avaliação de mérito*", restando configurada ofensa ao princípio da independência dos magistrados.

Assim, a ADI insurge-se contra tentativa de impor uma *capitis diminutio* à atuação do magistrado, ferindo a independência do magistrado em formar sua convicção e seu entendimento, mesmo que divergente. A resolução apresenta-se como um flagrante

¹⁶ Página 04, do parecer do Ministério Público federal, na ADI 4.510.

retrocesso. A independência do magistrado como conquista do Estado de direito, não deve ser preservada apenas diante das outras funções do Estado – Legislativo e Executivo, mas, também, dentro da própria função jurisdicional. É de se mencionar FERRAJOLI:

Por outro lado, se o juiz é voltado a impedir arbítrios ou abusos potestativos sobre as liberdades individuais por parte dos poderes de governo, a independência dos juízes garante uma justiça não subordinada à razão de Estado ou a interesses políticos contingentes. (...). E exigem que a independência da função judiciária seja assegurada tanto à magistratura enquanto classe, nos confrontos de poderes *externos* a ela e em particular do Poder Executivo, como ao magistrado enquanto indivíduo, nos confrontos de poderes hierárquicos *internos* à classe de algum modo aptos a influenciar a autonomia de julgamento.¹⁷ (sic)

5. Conclusão

Diante dos fatos narrados neste trabalho, podemos identificar claramente certas divisões no âmbito do poder judiciário, em torno dos pilares que lhe dão sustentação na democracia brasileira pós 1988 e mesmo no âmbito do texto constitucional. À luz da ciência política, da sociologia e da história recente do país, percebe-se clara resistência de certos setores da magistratura em aceitar os valores e princípios republicanos liberais trazidos à luz pela constituição de 1988, mais uma vez. A resolução reflete essa insatisfação e a tendência ao retrocesso.

Dizemos mais uma vez, porque cuida-se de quebrar a resistência patrimonialista e oligárquica ainda presente na sociedade brasileira, há mais de cem anos. A presença de facções e pequenos grupos que resistem em aceitar o projeto republicano é indicativo de que, se por um lado a sociedade avançou expressivamente do ponto de vista formal-constitucional; por outro lado, no plano concreto, no mundo dos fatos, as mudanças trazidas como um imperativo categórico necessário à modernização da sociedade brasileira ainda não foram materializadas. Há um constante movimento contrário para esvaziar, desfigurar ou subverter a implementação do projeto republicano no Brasil. Chega a ser paradoxal, que o setor militar da sociedade brasileiro o tenha adotado desde a república, embora até 1982 ainda se colocassem como tutores de uma sociedade sem valores democráticos consolidados, e os setores civis, que deveriam ser os maiores interessados, ainda não tenham aderido a este ideal, de coração.

¹⁷ Luigi FERRAJOLI. **Direito e Razão**. São Paulo: RT, 2014. Página 468.

Resta, portanto, observarmos o desenlace da ADI proposta e informarmos à sociedade brasileira sobre estes acontecimentos, sob pena de não amadurecermos como sociedade.

Referências bibliográficas

ANDRIEUX, François. **O moleiro de Sans-souci**. Disponível em: http://www.amb.com.br/mod/1/index.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=1826. Consulta feita em 29 de setembro de 2015.

BLOCH, Marc. **Sociedade feudal**. Lisboa: Bertrand, 1998.

BODIN, Jean. **Os seis livros da república**. 1ª ed. São Paulo: Ícone, 2011.

BRASIL. CNJ. Resolução nº 106/2010.

BRASIL. STF. ADI 4510/2010. ANAMATRA, AJUFE, AMB.

BRASIL. Lei complementar nº 35/1979 – L.O.M.A.N.-Lei Orgânica da magistratura Nacional.

BRASIL. Ministério Público Federal. Parecer na ADI 4510. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4006455>. Consulta feita em 19 de setembro de 2015.

NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. **Novo código de processo civil e atuação do Conselho Nacional de Justiça**. Artigo aceito para publicação em obra coletiva.

CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, Ideologias, Sociedad**. Buenos Aires: América, s.d.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DELMAS MARTY, Mireille. **Processos Penais da Europa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**. São Paulo: RT, 2015.

FRANÇA. **Declaração universal dos direitos do homem e do cidadão**. 1789.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Madrid: Estudios políticos, 1968.

HAMILTON, Alexander. **The federalist papers**. 1776-1787.

- HOBBS, Thomas. **O leviatã**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2008.
- MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- NOGUEIRA DA GAMA, **Guilherme Calmon**. **Novo código de processo civil e atuação do Conselho Nacional de Justiça**. Artigo a publicar em obra coletiva.
- OST, François. **A tese de doutorado em Direito: do projeto à defesa**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. N. 7 (2): pp. 98-116, maio-agosto 2015.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares**. In BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- REALE, Miguel. **Teoria do Estado e do direito**. São Paulo: Saraiva, 1998.

Universidade Católica de Petrópolis
Centro de Teologia e Humanidades
Rua Benjamin Constant, 213 – Centro – Petrópolis
Tel: (24) 2244-4000
lexhumana@ucp.br
<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana>



GUEDES, Marco Aurelio Peri. JURISDIÇÃO, PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A INDEPENDÊNCIA DO MAGISTRADO COMO UM DOS PRESSUPOSTOS DO GARANTISMO CONSTITUCIONAL. Lex Humana, v. 7, n. 2, fev. 2016. ISSN 2175-0947. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=955>. Acesso em: 30 Dez. 2015.
