

RESUMO

Independência do poder judiciário e suas garantias de “poder”. Relação de tensão entre os “poderes”. Os “inimigos do poder judiciário”

**Palavras-chave:** Poder Judiciário. Independência. Leis. Doutrina. Estado. Constituição. Governo.

ABSTRACT

Independence of the judiciary power and its guarantees of “power”. Relation of tension between the “powers”. The “enemies of the judiciary”.

**Keywords:** Judiciary Power. Independence. Laws. Doctrine. State. Constitution. Government.

\*Juiz de Direito. Professor do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU; Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura; Mestre em Direito do Consumidor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP; e Doutorando em Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

## Introdução

A independência do Poder Judiciário tornou-se assunto da ordem do dia, objeto de debates, discussões, seminários, artigos, projetos de lei, da doutrina.

Isso porque, conforme se verá, não existe Poder Judiciário dependente. Poder Judiciário dependente apresenta-se apenas como arremedo de Poder Judiciário, apenas como estrutura de Poder sem Poder.

Constataremos que para existir a adequada aplicação e efetivação da jurisdição, elemento necessário (mas não suficiente) é a independência do Poder Judiciário.

### 1. Separação de Poderes e Independência

Aqui serão analisadas as noções de independência, poder e sua divisão.

O dicionário de português Aurélio<sup>1</sup> nos apresenta o seguinte significado da palavra independência:

sf (in+dependência) 1. Estado ou condição de quem ou do que é independente, de quem ou do que tem liberdade ou autonomia: A independência da mulher data do início deste século; O jornal proclama a sua independência; Existe perfeita independência entre os fenômenos consecutivos. 2. Bem-estar; fortuna: O imigrante fez sua independência trabalhando de sol a sol. 3. Caráter de quem rejeita qualquer sujeição: a independência da juventude. 4. Autonomia política: A ONU garante a independência da maioria dos Estados africanos. 5. Restituição ou aquisição dessa autonomia: As lutas pela independência dos países americanos deram-se no primeiro quartel do séc. XIX; D. Pedro I compôs o Hino da Independência.

A independência do Poder Judiciário representa um princípio fundamental do Direito Constitucional (art. 2º do Título I – Dos Princípios Fundamentais). Interessante

observar que no texto original da Constituição de 1988 não havia a expressão “independentes e harmônicos entre si”. Isso porque, na época, tudo se encaminhava para um sistema parlamentarista. Contudo, a opção pelo sistema presidencialista prevaleceu, sendo então a referida expressão foi inserida posteriormente, a qual representa de melhor forma o sistema presidencialista.

Tamanho a importância que a Constituição deu à independência que a caracterizou como cláusula pétreia (art. 60, §4º, III, da CF), vale dizer, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a aboli-la.

Em relação ao poder, lembre-se que é expressão com duplo sentido: função e órgão. A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes. A separação dos poderes estatais é na verdade distribuição de determinadas funções a diferentes órgãos do Estado.

Fundamenta-se em dois elementos: especialização funcional e independência orgânica.

A finalidade da divisão é o controle recíproco e dos direitos fundamentais, estabelecendo-se um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

Está na antiguidade a ideia de que, na organização política, deve haver uma divisão do poder, a fim de prevenir ou dificultar o abuso. Trata-se de instrumento de limitação do poder. Essa divisão visa a estabelecer um equilíbrio de forças, bem como tem por objetivo estabelecer um contrapoder, que bloquee ações inconvenientes ou abusivas.

A essência dessa teoria da separação dos poderes relevou-se como um dos principais paradigmas do Estado Constitucional de Direito, cuja finalidade máxima está em limitar o Poder Pelo próprio Poder. - **A limitação do poder pela sua divisão (“separação”)**. Nesse sentido, a Constituição é necessariamente uma organização limitativa do poder e tal limitação há de ter em mira a salvaguarda dos direitos fundamentais.

<sup>1</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5ª ed. Curitiba: Positivo, 2010, p. 1147.

Para CANOTILHO<sup>2</sup>, o Princípio da separação pode ser assim entendido:

a) Separação como divisão, controle e limite do poder – dimensão negativa;

b) separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas (dimensão positiva)

Como racionalização, estabilização e delimitação do poder estatal, a separação dos poderes é um **princípio organizatório fundamental da Constituição**. A delegação indiscriminada de competências constituiria uma porta aberta para a dissolução da ordenação democrática das funções. Através da criação de uma estrutura constitucional com funções, competências e legitimação de órgãos, claramente fixada, obtém-se um controle recíproco do poder e uma organização jurídica de limites do poder.

O que importa num estado constitucional de direito não será tanto saber se o que legislador, o governo ou o juiz fazem são atos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas **se o que eles fazem pode ser feito e é feito de forma legítima. A sobreposição de linhas divisórias de funções não justifica, por si só, que se falar de rupturas de divisão de poderes ou de tensão entre os poderes**. Essas rupturas ou desvios do princípio da divisão de poderes são legítimos se e na medida em que não interfiram com o **núcleo essencial da ordenação constitucional de poderes (núcleo essencial de funções)**, conforme entendimento de Canotilho<sup>3</sup>.

Em um de seus primeiros estágios, no Estado de Direito de legalidade, o princípio da separação dos poderes serviu para garantir o primado da lei e, assim, o monismo do poder centrado no Legislativo, o que gerou certa tensão entre os poderes. Não há, nesta concepção, qualquer pretensão de equilíbrio de poderes. Inversamente, a limitação do poder em nome das garantias fundamentais pretendeu assegurar o pluralismo de centros de poder, pelo qual uns serviam de controle aos

demais. O poder necessitava ser limitado. E isso constitui o núcleo imutável da separação dos poderes.

O conceito de separação de poderes sofreu modificações ao longo do tempo. De uma independência absoluta, com funções absolutamente pré-definidas, ao modelo que hoje se quer, preconizada pelo neoconstitucionalismo, alcançando o conceito de que o poder judiciário também é governo. Sua definição não pode ser encontrada na afirmação de que não estabelece regras erga omnes, de que não é “co-legislador”, para reconhecer de imediato que igualmente não lhe resta às vezes outro recurso do que sê-lo, como demonstra nossa realidade, conforme ensina Zaffaroni<sup>4</sup>.

O mesmo autor afirma que a ideia do poder da maioria sem controle judicial de constitucionalidade é própria da Revolução Francesa. O art. 16 da Declaração de 1789 estatui que nenhuma sociedade terá Constituição enquanto não assegure a garantia dos direitos e da separação de poderes. Baseados nisso, os revolucionários franceses afirmavam que o judiciário não podia declarar inconstitucionalidade das leis, porque seria uma intromissão do judiciário no legislativo. Esta opção não só rechaçava qualquer controle judicial sobre o legislativo, mas também criava um controle legislativo sobre o judiciário.

Por seu turno, o Professor André Ramos Tavares<sup>5</sup> afirma que se o tribunal [constitucional] puder definir livremente a própria cláusula da separação de poderes, por se tratar de mais uma cláusula da Constituição, então a sua interferência em setores que seriam tradicionalmente pertencentes ao espaço parlamentar restaria fundamentada pela justificação inicial em manipular referida cláusula.

Cappelletti<sup>6</sup> leciona que a Revolução francesa havia proclamado o ideal da rígida separação dos poderes, ideal cuja profunda diferença, em relação à doutrina americana de

<sup>2</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 250.

<sup>3</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 251.

<sup>4</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: RT, 1995, p. 53 e ss.

<sup>5</sup> TAVARES, André Ramos. **Manual do poder judiciário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 133 e ss.

<sup>6</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris Editor, 1993, p. 43 e ss.

checks and balances, nunca se poderá sublinhar suficientemente.

Segundo o autor vicissitudes dramáticas da Europa continental nos últimos dois séculos, durante os quais o ideal propugnado pelos espíritos amantes da liberdade civil foi, com pertinácia digna da melhor causa, o ideal da demasiado rígida “séparation des pouvoirs”, ao invés de recíprocos controles e contrapesos. Como se viu, o ideal da estrita separação de poderes teve com consequência um judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados. Esse ideal significou, assim, até época relativamente recente e mesmo hoje, em não poucos países, não só a existência de um legislativo totalmente não controlado, como de um executivo também praticamente não controlado, pelo menos até que se conseguisse desenvolver um autônomo sistema de justiça administrativa, a se impor como guardião da administração pública. De outro lado, também nas relações entre o legislativo e o executivo esse ideal de rígida separação, mais do que de contrapesos equilibrados, significou praticamente a passagem, permanentemente perigosa, de períodos em que efetivamente o poder era concentrado nas assembleias legislativas e grupos políticos que as dominavam..., para outros períodos em que, ao contrário, a concentração do poder deu-se no executivo. Países continentais estão partindo do sistema de rígida separação para o sistema de controles recíprocos (checks and balances).

O crescimento do Poder Judiciário é ingrediente necessário do equilíbrio dos poderes.

A doutrina da separação de poderes serve atualmente como uma técnica de arranjo da estrutura política do Estado, implicando a distribuição por diversos órgãos de forma não exclusiva, permitindo o controle recíproco, tendo em vista a manutenção das garantias individuais consagradas no decorrer do desenvolvimento humano. E é na Constituição que se encontra o grau de interdependência e colaboração entre os diferentes órgãos existentes e as suas respectivas atribuições. Tem-se uma teoria da separação de poderes como uma específica teoria acerca do arranjo institucional desenhado em cada Estado pela respectiva constituição.

A realidade já se incumbiu de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, especialmente numa distribuição rígida tripartite. Existem novas doutrinas da divisão: função de controle, função de segurança pública. (ex. Loewenstein<sup>7</sup>).

De fato, hodiernamente, não existe rígida separação orgânica (jud administra etc).

De fato, hoje o princípio não configura mais a rigidez de outrora, devido à ampliação das atividades do Estado. Atualmente se prefere falar em **independência orgânica e harmonia dos poderes** (presidencialismo) ou **colaboração de poderes** (parlamentarismo), conforme entende José Afonso da Silva<sup>8</sup>.

Por outro lado, Nuno Piçarra<sup>9</sup> faz estudo sobre a falência da ideia de tripartição rígida de poderes e sua substituição por uma teoria geral das funções estatais.

Karl Loewenstein<sup>10</sup> qualifica a separação de poderes como obsoleta. Distingue ele a função de “determinação política”, a de “execução política” e a de “controle político”.

De toda sorte, separação ou divisão de poderes significa responsabilidade pelo exercício de um poder.

Na atualidade, trata-se de **cláusula constitucional complexa**, cujo conteúdo exato depende da positivação constitucional promovida em cada Estado analisado, dando-se a distribuição das funções de forma não exclusiva, permitindo o controle recíproco, em vista da manutenção dos direitos fundamentais.

O princípio da separação e a independência possuem a uma função de **garantia da constituição**, pois os esquemas de responsabilidade e controle entre os vários

<sup>7</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Political power and the governmental process**. 2. ed. Univ. of Chicago Press, 1965, p. 34.

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34ªed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 109.

<sup>9</sup> PIÇARRA, Nuno. **A separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Ed., 1989, p. 264.

<sup>10</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Political power and the governmental process**. 2. ed. Univ. of Chicago Press, 1965, p. 34.

órgãos transformam-se em relevantes fatores de observância da constituição.

Um Judiciário compatível com um Estado socioambiental e democrático de direito tem que ser autônomo eficiente, independente e imparcial, para que possa cumprir adequadamente seu mister de promover a jurisdição e assegurar a aplicação da Constituição, bem como garantir a ordem na estrutura governamental, sem prejuízo de assegurar a regra constitucional de limitação dos poderes dos órgãos de soberania. Para Zaffaroni<sup>11</sup> que “A chave de poder do judiciário se acha no conceito de independência”. E a independência é resguardada pelas garantias. Para isso o Judiciário tem que ser forte, autônomo e independente.

Conforme já visto, a Constituição Federal estabelece que os Poderes são Independentes e Harmônicos entre si.

Entende-se por **Harmonia**, o respeito às prerrogativas e faculdades a que os poderes têm direito. Existem interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário, à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e dos governados. Deve haver entre os poderes colaboração e controle recíproco para evitar distorções e desmandos. A desarmonia se dá quando se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento do outro.

Quanto à **Independência**, podem-se depreender três características: a) a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos não depende da confiança nem da vontade dos outros; b) no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; c) na organização de seus serviços, cada um é livre; d) não é possível a delegação de atribuições de um Poder (órgão) a outro. Eventuais exceções somente podem vir à luz por expressa disposição constitucional, como no exemplo das leis delegadas (art. 68 da CF).

O reconhecimento formal da independência dos juízes como condição necessária para a democracia e a paz foi feito pela Organização das Nações Unidas, por meio da Resolução 1994/41.

A independência é fator de tamanha importância e imprescindibilidade que autores do porte de Bandrés<sup>12</sup> defende que a independência judicial constitui direito fundamental dos cidadãos, inclusive o direito à tutela judicial e o direito ao processo e julgamento por um Tribunal independente e imparcial. Segundo Story, citado por Pedro Lessa<sup>13</sup>, um dos predicados do juiz é a independência.

Conforme Carl Schmitt<sup>14</sup>, a independência judicial não é outra coisa que “a condição ou característica imprescindível no exercício de uma das funções da soberania”, ou que “a força dos tribunais tem sido em todos os tempos a maior garantia que se pode oferecer à independência individual”, e que não é em vão que o fortalecimento do judiciário tem sido uma das exigências do constitucionalismo liberal em sua luta para limitar o poder.

No exercício da independência entre os poderes, elemento primordial e indispensável é a lealdade constitucional. A lealdade institucional compreende **vertente positiva** (cooperação) e **negativa** (respeito e renúncia da guerrilha institucional).

Essa ordenação funcional separada deve também ser entendida como uma **ordenação controlante-cooperante** de funções.

Independência tem um caráter externo (entes estranhos ao PJ) e interno (perante os entes pertencentes ao PJ).

As relações de tensão entre os Poderes podem surgir da ingerência nas funções estatais umas nas outras e enfraquecimento de determinada função estatal.

<sup>12</sup> BANDRÉS, José Manuel. **Poder judicial y constitución**. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1987, p. 48.

<sup>13</sup> LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 30.

<sup>14</sup> SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. 2ª ed. Tradução: Manuel Sanchez Sarto. Prólogo: Pedro de Veja. Madrid: Tecnos, 1998. Tradução de: Der Hüter der Verfassung, 1931. (Semilla y Surco, Colección de Ciencias Sociales, Serie de Ciencia Política), p. 17.

<sup>11</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: RT, 1995, p. 87.

Existem no Brasil muitos exemplos de tensão entre poderes ante a possível discussão da interferência do núcleo essencial da ordenação constitucional de poderes, entre eles: a utilização fora das hipóteses constitucionais das Medidas Provisórias; a Súmula 11 STF que trata do uso das algemas; o reconhecimento da união homoafetiva.

## 2. Direitos X Garantias

O objetivo da Constituição, ao estabelecer funções, imunidades e garantias aos detentores das funções, é a defesa do regime democrático, dos direitos fundamentais e da separação de poderes, legitimando o tratamento diferenciado a seus membros, face o princípio da igualdade. Procura-se evitar regimes ditatoriais e garantir independência e liberdade à função criativa do Judiciário, na efetividade dos direitos fundamentais.

Não há dúvida da interligação entre a defesa da independência dos poderes e dos direitos fundamentais para a existência de um Estado democrático de direito. Há uma indisponível imbricação entre a tríplice garantia e a separação de Poderes. As garantias conferem suporte à separação dos Poderes (clausula pétrea), tendo o condão de petrificar essas previsões constitucionais.

Assim, o legislador constituinte previu diversas garantias e imunidades para os exercentes de funções estatais relacionadas com a defesa dos direitos fundamentais e gerencia dos negócios do Estado. Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com controles recíprocos, necessitam de certas garantias e prerrogativas constitucionais, devendo ser invioláveis e imposteráveis.

As garantias da magistratura são desdobramentos ou especificações da independência da magistratura. Assim, a separação de poderes remete a um conjunto de garantias da Magistratura.

As garantias procuram afastar o magistrado das intempéries políticas, criando-lhe segurança para o exercício de sua função de julgar com isenção. Fica o juiz com liberdade para bem cumprir e fazer cumprir o Direito, independentemente de quem venha a ser compelido por suas decisões.

Para Castro Nunes<sup>15</sup> a enumeração das hipóteses é que constitui propriamente a garantia.

Seu fundamento está na necessária independência que deve se formar entre os Poderes.

No que tange à importância da defesa das garantias ao Poder Judiciário, faz-se necessária na medida em que o Judiciário ocupa papel primordial diante da declaração de Direitos Fundamentais. É guardião da Constituição e dos Direitos Fundamentais. É o mais comprometido com a defesa da constituição. Pedro Lessa<sup>16</sup> nos lembra que “nos Estados Unidos da América do Norte, e nos países que lhes têm imitado as instituições, o poder judiciário é igual, ou, para ser bem preciso, superior aos outros dois poderes e citando Willoughby: É o mais poderoso dos freios no garantir as relações regulares entre o poder federal e os poderes do Estado, e ainda entre os próprios ramos do poder federal, tem sido inquestionavelmente a Corte Suprema. No mecanismo da república o seu papel tem sido o de roda mestra. A constituição, no exercício da sua supremacia a respeito de todos esses poderes, e todos lhes põs limites, e o instrumento para efetuar essa limitação tem sido a Corte Suprema, como interprete do direito constitucional. A força dos tribunais tem sido, em todos os tempos, a maior garantia que se pode oferecer às liberdades individuais. Pedro Lessa<sup>17</sup> lecionava ser importante garantir o poder judiciário, defendendo-o da pressão, das usurpações e da influência dos outros poderes políticos. Para isso é mister organizar de tal modo a magistratura, que, em vez de ficar dependente do poder executivo, constitua ela um freio a esse poder.

Muitos dirão que o Judiciário é o menos legítimo dos Poderes, pelo fato de seus membros não serem eleitos por voto popular. Pedro Lessa<sup>18</sup> dá a resposta adequada: “Nunca

<sup>15</sup> NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943, p. 91 e ss.

<sup>16</sup> LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 3.

<sup>17</sup> LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 30.

<sup>18</sup> LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 4.

se exigiu em direito público a eleição direta, ou imediata, pelo povo para a constituição de todos os poderes do Estado. Hereditário, como na Alemanha, ou eleito pelas duas câmaras, como na França, o chefe do poder executivo é indubitavelmente o representante desse poder político nas duas nações”. Ademais, é justamente o contrário, por não estar sujeito ao sabor de manipulações do povo, por não depender de inflexões econômicas, por serem seus membros investidos sem concessões, é que podem, se preservadas as garantias, proferir as decisões mais consentâneas e adequadas às necessidades, anseios garantidos pelo Direito. Assim, nada autoriza que se qualifique de “aristocrática” qualquer função que seja desempenhada por uma pessoa não eleita popularmente. Ninguém diria que são “aristocráticos” os diretores de hospitais, porque são selecionados por concurso público, conforme exemplo dado por Zaffaroni<sup>19</sup>. Aliás, existe a designação política em relação a certos poderes do estado, que não são eleitos por voto direto, como o presidente do senado, e não há até hoje nenhuma voz a defender que se trata de cargo antidemocrático. Portanto, a eleição é elemento essencial do poder legislativo e executivo, mas é inadequado à formação do judiciário.

Assim, cabe ao Judiciário zelar pela integridade e eficácia desses direitos, devendo-se dar a ele todas as condições para não se esmorecer ou intimidar diante de qualquer forma de pressão. As garantias visam a obter um Judiciário que possa atender efetivamente aos direitos da sociedade, livre de qualquer fator interno ou externo. As garantias voltam-se para a eficácia e efetividade dos direitos, vale dizer, ao contrário do que por vezes permeia o imaginário coletivo, as garantias não se voltam, se visam a beneficiar àquele que exerce o poder, mas sim, trata-se de prerrogativa criada única e exclusivamente para a defesa das pessoas, dos direitos individuais e coletivos, para a defesa da sociedade e do Estado, considera-se este garantidor da estabilidade e qualidade social.

Lembre-se que àquele e quem incumbe a função de zelar pelos Direitos Fundamentais

<sup>19</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: RT, 1995, p. 44-45.

corriqueiramente enfrenta vontades opostas, de graus e intensidades das mais variadas, dos detentores de mecanismos de pressão e intimidação, muitas vezes perigosos, inescrupulosos, truculentos e outras vezes agindo de forma subliminar, sub-reptícia, velada, indireta, não só para a pessoa do magistrado como também para toda a sociedade.

A posição detida pelo Judiciário, no cenário dos direitos, torna-o constante alvo do engenho daqueles que desprezam esses direitos e querem se beneficiar à margem da lei. É por isso que o Judiciário deve ser forte, revestido das garantias e suficiente e adequadamente protegido.

Não há efetividade de direitos fundamentais ou não sem um judiciário ativo, vigoroso, livre de influências inidôneas. E as garantias do judiciário tem essa finalidade, mantendo-o forte e íntegro.

A retirada ou mitigação de qualquer das garantias fragiliza não somente o magistrado como pessoa, mas a Magistratura, como instituição, que passa a correr o risco de ver seus integrantes sofrerem uma severa degradação e indevidas formas de manipulação de resultados. Reduzir, limitar, mitigar ou suprimir essas garantias importa ato que repercute diretamente na própria atividade jurisdicional, comprometendo a adequação das decisões jurisdicionais, sendo elas produzidas não pode livre e puro exercício da atividade jurisdicional, mas para fins, de forma alheia à consagração da devida aplicação do Direito, de atender aos interesses dos detentores dos mecanismos de intimidação e pressão.

Assim, a magistratura deve ser independente para que possa decidir com isenção, serenidade e imparcialidade, livre de qualquer forma de violência, ameaça ou constrangimento, sejam de quais espécies forem, material, moral ou psicológico.

Essas garantias atribuídas aos magistrados foram resultado da engenharia constitucional dos Poderes e de sua divisão, meio encontrado para fazer vale-las diante da extrema dificuldade de sua consagração, pois existem poderosas forças em sentido contrário.

De fato, a utilização da legislação pode ser utilizada para atingir as garantias da magistratura, afetando a independência do

judiciário. Como autoproteção, o próprio Judiciário poderá garantir sua posição constitucional, por meio do controle judicial destes atos, havendo possibilidade de controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos que desrespeitem o livre exercício desse Poder, conforme entendimento de Carl Schmitt<sup>20</sup>.

### 3. Garantias

As garantias têm por objetivo assegurar a independência do Poder Judiciário.

Alexander Hamilton, citado por Alexandre de Moraes<sup>21</sup> no Direito Constitucional (28ª ed.), já preconizava que os juízes necessitam de garantias mais fortes e duradouras que o Presidente.

Toda tentativa de supressão redução ou mesmo a ausência das garantias configuram obstáculos inconstitucionais ao Poder Judiciário, permitindo que sofra pressões e dificultando o controle dos atos políticos do próprio Estado que causem lesões aos direitos fundamentais.

Assim, dentro de um Estado Democrático de Direito não somente os direitos fundamentais, mas também os atos políticos do governo estão dentro da esfera de vigiabilidade do PJ, desde que causem prejuízo a direitos e garantias individuais ou coletivos. Daí a importância das garantias do Poder Judiciário.

O imaginário popular é permeado de falsas noções e conceitos, os quais precisam ser devidamente esclarecidos, para que não sejam utilizados, por aqueles que tem interesse no enfraquecimento do Judiciário para poderem fazer prevalecer seus interesses escusos, como argumento para supressão de direitos fundamentais do próprio povo e este, baseado nesses falsos argumentos, acabe apoiando, sem saber, a supressão de seus próprios direitos. Nesse ponto é importante reafirmar que as garantias **não representam privilégio pessoal, mas relacionam-se com a**

**função exercida. A magistratura exerce suas funções no interesse da Justiça e de toda nação e as garantias tem fundamento na soberania do povo.** Todo avanço contra a independência e em consequência contra as garantias do Poder Judiciário importa em um avanço contra a Constituição Federal e contra a nação e o povo. De fato, as garantias vão muito além do conforto ou conveniência dos juízes, mas em primeiro lugar são do interesse dos que irão se beneficiar com elas, vale dizer, a sociedade.

As garantias do Poder Judiciário, por propiciarem a independência das decisões e impedir influencias do poder econômico ou político é constantemente colocada a prova, como por exemplo no caso de Roosevelt no New Deal.

No Brasil, não é diferente. Interessante o seguinte relato histórico, colocado por Castro Nunes<sup>22</sup>:

A Comissão dos Vinte-e-um não emendou o projeto, antes rejeitou todas as emendas, nas quais predominava aliás o pensamento não de aumentar mas de reduzir a extensão das garantias da vitaliciedade e da irredutibilidade do estipêndio. Assim é que a do sr. GABINO BESOURO era no sentido da supressão da garantia da irredutibilidade, pela supressão proposta do §1º do art. 56 do dec. n. 510; a do sr. ANFILÓFIO, que acrescentava à hipótese da perda do cargo a de *suspensão*. No plenário foram renovadas essas e outras emendas, documentando a mesma hostilidade, sobretudo ao princípio da irredutibilidade do estipêndio. Somente uma delas se aludiu à *inamovibilidade*. Assim é que o sr. TAVARES BASTOS queria a vitaliciedade, mas não impedia a redução dos vencimentos; o sr. ANFILÓFIO renovou a sua emenda sobre a *suspensão e perda do cargo*; o sr. CASIMIRO JÚNIOR mantinha a vitaliciedade, sem proibir a redução dos vencimentos; o sr. PINHEIRO GUEDES expressava a vitaliciedade e a

<sup>20</sup> SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. 2ª ed. Tradução: Manuel Sanchez Sarto. Prólogo: Pedro de Veja. Madrid: Tecnos, 1998. Tradução de: Der Hüter der Verfassung, 1931. (Semilla y Surco, Colección de Ciencias Sociales, Serie de Ciencia Política), p. 50.

<sup>21</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 525.

<sup>22</sup> NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943, p. 96-97.

inamovibilidade, mas não a irredutibilidade.

Na reforma de 1926 ficou o texto ainda sem a retificação que só em 1934 viria a ser feita [...] Na Constituição de 34 a tríplice garantia – vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade do estipêndio – ficou expressa como prerrogativa inerente à função judicial na órbita federal como na local (arts. 64 e 104)

### 3.1. Espécies de Garantias

As garantias podem ser divididas em:

- **Institucionais ou orgânicas:** protegem o Poder Judiciário como instituição. Pode ser: a) garantias de autonomia orgânico-administrativa (art. 96 da CF); b) garantias de autonomia financeira (art. 99 da CF).

- **Funcionais ou de órgãos:** visam a assegurar a independência dos membros do judiciário (art. 95, I-III - vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios) e a imparcialidade dos órgãos do Poder Judiciário (art.95, parágrafo único I-V - vedações).

Tamanho a importância dada às garantias, que a Constituição Federal estabeleceu que é crime de responsabilidade do Presidente atentar contra o exercício do Poder Judiciário (art. 85).

#### 3.1.1. Garantias institucionais ou orgânicas

##### 3.1.1.1 Garantias de autonomia orgânico-administrativa

Referem-se aos órgãos judiciários em sua estruturação, funcionamento, composição e aparelhamento.

Para cumprimento dessa garantia atribuiu-se ao Judiciário a competência para: a) eleger seus órgãos diretivos, sem qualquer interferência ou ingerência dos outros Poderes; b) elaborar seu regimento interno; c) organizar sua estrutura administrativa interna.

##### 3.1.1.2. Garantias de autonomia financeira

Para resguardo dessa garantia, cabe ao próprio Judiciário elaborar sua proposta orçamentária dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.

Nesse espírito de fortalecimento da autonomia financeira do Judiciário, houve na Reforma do Judiciário dispositivo no qual se fixou que as custas emolumentos serão

destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça (art. 98, §2º).

### 3. 2. Garantias Funcionais ou de órgãos

São as garantias subjetivas ou funcionais. Referem-se à autonomia da função. Constituem para seus titulares direitos subjetivos.

#### 3.2.1 Garantias de independência dos órgãos judiciários

##### 3.2.1.1 Vitaliciedade (art. 95, I)

Segundo essa garantia, a perda do cargo (uma vez vitaliciado) somente pode se dar por decisão judicial transitada em julgado, sendo-lhe asseguradas todas as garantias do processo judicial, como a ampla defesa e o contraditório. Assim, a demissão só pode ocorrer mediante processo judicial transitado em julgado, criminal ou civil por improbidade administrativa.

Para Castro Nunes<sup>23</sup>, “a vitaliciedade se define pelo direito de ser mantido no cargo, salvo condenação em processo judicial, o que supõe a prática de um ato definido no Código Penal como *crime*, processo e julgamento *judiciários*.”

Diferencia-se da mera estabilidade já que nesta prescinde-se da apuração *judicial* do ato imputado ao funcionário, o qual poderá não constituir *crime*, senão mera *falta funcional* que autorize a demissão, conforme ensinamento de Castro Nunes<sup>24</sup>. No caso de estabilidade, poderá haver a perda do cargo por processo judicial, processo administrativo, nesta incluída a hipótese de avaliação periódica de desempenho.

Importante observar que vitaliciedade não é perpetuidade, pois, conforme visto, é possível a perda do cargo e segundo Castro Nunes<sup>25</sup>, “a *perda do cargo* deve ser entendida como *afastamento*, a título definitivo, *da função*, de vez que entre as hipóteses enumeradas se inclui a da aposentadoria, em que o titular conserva um dos predicamentos

<sup>23</sup> NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943, p. 97.

<sup>24</sup> NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943, p. 98.

<sup>25</sup> NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943, p. 98.

do cargo, o estípcndio, e bem assim o título ou graduação”.

A vitaliciedade é adquirida, no primeiro grau de jurisdição, após dois anos de exercício no cargo. No segundo grau, quando há nomeação pelo quinto constitucional, com a posse.

No que tange ao CNJ, considerando que se trata de ato administrativo, e a perda do cargo somente pode ser dar por sentença judicial transitada em julgado, tem-se que não pode o CNJ rever vitaliciamento de magistrado.

Isso porque a vitaliciedade permite certa liberdade de preocupações sobre a aprovação pública, permitindo atuação mais técnica e justa.

Pedro Lessa<sup>26</sup> defende que tão essencial é a vitaliciedade ao poder judiciário, como ao poder legislativo a temporariedade. A vitaliciedade representa condição necessária de independência dos juizes, é um dogma do direito constitucional.

Motivo de preocupação é a PEC 505/2010 que acaba com a vitaliciedade dos juizes.

A Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados incluiu na pauta da sessão do dia 5/12/2012, para deliberação final, a Proposta dessa Emenda Constitucional 505/2010, de autoria da senadora Ideli Salvatti (PT-SC), que dá nova redação aos artigos 93 e 95 da Constituição. A finalidade da PEC é permitir a demissão (perda do cargo) de julgador quando ficar provado, em processo administrativo, “procedimento incompatível com o decoro de suas funções”. A proposta já foi aprovada pelo plenário do Senado, noticiou o site de notícias Jornal do Brasil.

Atualmente, conforme o artigo 95 da Carta de 1988, a garantia da vitaliciedade dos juizes e desembargadores só pode ser quebrada em consequência de “sentença judicial transitada em julgado”, embora eles possam ser punidos, ao fim de processo administrativo, com a pena máxima de aposentadoria compulsória, mas com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço — Lei Orgânica da Magistratura.

<sup>26</sup> LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 29.

A PEC 505/2010 dispõe que “o juiz vitalício perderá o cargo por decisão do tribunal a que estiver vinculado, tomada pelo voto de dois terços de seus membros, nos casos (...) de procedimento incompatível com o decoro de suas funções”.

O parecer da relatora da proposta na CCJ da Câmara dos Deputados, Sandra Rosado (PSB-RN), é pela sua admissibilidade. Quando foi aprovada pelo Senado, em 2010, a PEC (então 89/2003), as entidades dos julgados, dos procuradores — que seriam nela também incluídos — e até o CNJ expediram notas técnicas contra a proposta.

A PEC é nitidamente feita e defendida pelos inimigos da magistratura, que desejam ver um judiciário fraco, inoperante, covarde, desqualificado a dar decisões contra seus interesses escusos.

Claro está que a PEC acaba com a vitaliciedade, pois permite a perda do cargo por processo administrativo, além de introduzir motivo subjetivo, vago, indeterminado para a demissão (“procedimento incompatível com o decoro de suas funções”), constituindo em verdadeira cláusula aberta.

### 3.2.1.2 Irredutibilidade de Subsídio (art. 95, III)

Por essa garantia, o subsídio do magistrado não poderá ser reduzido.

De fato, há mais de duzentos anos, asseverava Alexander Hamilton<sup>27</sup> que “o poder sobre a subsistência do ser humano implica domínio sobre a sua vontade” (trad. livre – no original, “a power over a man's subsistence amounts to a power over his will” – The Federalist).

Pedro Lessa<sup>28</sup> defende que nenhuma eficácia teria a vitaliciedade, se os vencimentos dos juizes pudessem de qualquer modo ser diminuídos.

Dessa forma, garante-se o livre exercício das atribuições jurisdicionais.

<sup>27</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John (seleção e edição por Roy P. Fairfield). **The federalist papers**. 2ª ed. Baltimore-London: The Johns Hopkins University Press, 1981, p. 79.

<sup>28</sup> LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 30.

Importante discussão é se a irredutibilidade é jurídica ou real. O STF entende que trata-se de irredutibilidade jurídica, vale dizer, trata-se de garantia nominal, e não real, e nesse sentido, os magistrados não estaria livres da corrosão da moeda pela inflação.

Contudo, andou mal a Suprema Corte, a qual deveria defender as garantias constitucionais, justamente por se tratar de guardiã da Constituição.

De fato, se a Constituição estabelece a irredutibilidade como uma garantia da fixidez dos vencimentos da magistratura, será esse o princípio dominante que há de guiar o intérprete. Qualquer redução fraudulenta, direta, indireta, transversa, camuflada estará excluída do razoável entendimento do texto. A falta de reajuste teria realizado o que a garantia visa a evitar, inutilizando a garantia. O que esta tem em vista é a independência da função e é por esse objetivo que se terá de medir o seu alcance. Ora, se temos inflação, perda do poder aquisitivo da moeda, é claro e óbvio que a falta de reajuste representa ofensa à garantia, pois se trata de redução indireta e transversa. Basta imaginar época em que a inflação chegava a 80% por mês.

### 3.2.1.3. *Inamovibilidade* (art. 95, II)

Por essa garantia, não é possível a remoção do magistrado, de um local para outro, uma comarca para outro, bem como de sede, cargo, tribunal, câmara ou grau de jurisdição. Somente é possível a pedido ou por interesse público, nesta hipótese, fundamentando-se a decisão por voto da maioria absoluta do tribunal ou CNJ, assegurada a ampla defesa (art. 93, VIII).

Carl Schmitt<sup>29</sup> a defende a inamovibilidade para que os magistrados não sejam expostos a uma prova de resistência política.

### 3.2.2. Garantias de Imparcialidade ou independência dos órgãos judiciários (art. 95, parágrafo único)

São vedações impostas aos magistrados a fim de garantir sua imparcialidade.

As hipóteses constitucionais são taxativas, pois restringem direitos, não cabendo interpretação extensiva.

Aos juízes é vedado exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; receber, a qualquer pretexto, custas ou participação em processo; dedicar-se à atividade político-partidária; receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

## 4. Inimigos do Poder Judiciário

A questão relativa aos inimigos do Poder Judiciário ganha relevo na medida em que comprometem o bom funcionamento da jurisdição, enfraquecem a atividade, a função, mitigam a independência e retiram prerrogativas que visam à garantia do próprio povo no acesso à ordem jurídica justa e eficaz.

Como visto, para que o Poder Judiciário possa cumprir adequadamente seu mister, que é a preservação e defesa dos direitos e a realização da justiça, fundamental é que seja preservada sua independência, a qual encontra suporte nas garantias, primeiro alvo de ataque dos seus inimigos.

Assim, necessário se faz a identificação dos inimigos do Poder Judiciário e verificar o que os movem, a fim de combatê-los, visando a imparcialidade dos juízes e a harmonização justa dos conflitos.

Nem sempre essa identificação é fácil. Isso porque, certo que em algumas situações os inimigos agem de forma aberta, direta. Contudo, outras em outras, os ataques são feitos de forma indireta, velada, camuflada, sub-repticiamente. Muitas vezes, nas piores hipóteses, a intenção de destruição da independência é feita sob o manto de defesa, prestígio ou homenagem aos magistrados.

Passaremos indicar alguns dos possíveis inimigos do Poder Judiciário<sup>30</sup>:

<sup>29</sup> SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. 2ª ed. Tradução: Manuel Sanchez Sarto. Prólogo: Pedro de Veja. Madrid: Tecnos, 1998. Tradução de: Der Hüter der Verfassung, 1931. (Semilla y Surco, Colección de Ciencias Sociales, Serie de Ciencia Política), p. 52.

<sup>30</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46.

a) Encontramos primeiramente os “inimigos do Poder Judiciário” no próprio Poder Judiciário, quando promove sua desmoralização, com atos de corrupção ou demagogia, quando se acobertam ilegalidades de centros de poder, seja econômico, seja político, com ou sem troca de vantagens, bem como os magistrados que renunciam à independência. São inimigos do Poder Judiciário seus membros que promovem a desmoralização da magistratura, com ataques genéricos, sem fundamento, muitas vezes imbuídos do simples desejo de promoção pessoal.

b) Encontram-se qualificados como inimigos todos aqueles que são contrários à independência do judiciário, pois somente com esse atributo pode-se garantir a eficácia das regras de comportamento social inspiradas na busca da Justiça, conforme entende Dallari<sup>31</sup>. Somente com um judiciário independente poderá existir verdadeiro acesso à justiça e a aplicação da ordem jurídica justa, da Constituição e das leis.

c) As ditaduras são consideradas inimigas da magistratura, pois não podem admitir limitações de qualquer natureza. Todos os atos ditatoriais querem ser impassíveis de impugnação. Esses regimes só admitem o Judiciário na medida em que possa legitimar seus atos e desejam uma magistratura dócil, covarde e omissa.

d) Também são contrárias à independência da magistratura as estruturas sociais e políticas que, embora não se caracterizem como ditaduras, são intrinsecamente antidemocráticas ou não favoráveis à democracia, mantendo mecanismos de decisão política que asseguram a supremacia de grupos sociais determinados.

e) Outro modo de infirmar a independência da magistratura é por meio de teorias ou doutrinas utilizadoras de altas indagações jurídicas ou filosóficas, com a intenção de reduzir o direito a uma forma incompreensível, hermética, sofisticada, obscura, apta a aceitar qualquer conteúdo conveniente aos dominadores. Uma forma de aplicação é a do positivo jurídico, que reduz

o direito à lei, sendo esta uma produção arbitrária, desde que respeitadas as respectivas formalidades.

f) São inimigos da independência do Poder Judiciário todos aqueles que agem à margem da lei e da Constituição e favorecidos pelo poder econômico ou político, empregam de atos violentos, intolerantes, corruptos ou imorais.

## Conclusão

O Poder Judiciário representa hoje o último recurso de que dispõe a sociedade para a salvaguarda de seus direitos e interesses. É a última instância para o restabelecimento da ordem, inclusive a jurídica. Para além dele, no âmbito do país, nada há.

Para cumprimento de sua missão constitucional, necessárias sejam preservadas suas características de imparcialidade e independência, para não sujeitar suas decisões ao sabor e vontade de interesses políticos ou econômicos, divorciados da esmerada aplicação do Direito.

Daí, a importância das garantias conferidas ao Judiciário, mas no interesse da sociedade, para a proteção contra seus inimigos.

Sem as garantias, o judiciário seria presa fácil nas garras dos inúmeros inimigos, os quais não medem esforço para fazer triunfar seus interesses. Desejam o controle absoluto sobre o magistrado e suas decisões. E um meio de exercer controle é pôr nas mãos deles o poder de vida ou morte funcional.

As garantias representam a liberdade necessária a qual necessita todo magistrado e toda instituição judiciária para não se acovardar e proferir decisões conforme o Direito sem receio de desagradar qualquer grupo ou centro de interesses.

<sup>31</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46.

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge-Massachusetts: Belknap press of Harvard University Press, 1995. v. 1.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. rev. E atual. São Paulo, Saraiva, 2003.
- BANDRÉS, José Manuel. **Poder judicial y constitución**. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1987.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris Editor, 1993.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5ª ed. Curitiba: Positivo, 2010.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John (seleção e edição por Roy P. Fairfield). **The federalist papers**. 2ª ed. Baltimore-London: The Johns Hopkins University Press, 1981.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Political power and the governmental process**. 2. ed. Univ. of Chicago Press, 1965.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1986.
- LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943.
- SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. 2ª ed. Tradução: Manuel Sanchez Sarto. Prólogo: Pedro de Veja. Madrid: Tecnos, 1998. Tradução de: Der Hüter der Verfassung, 1931. (Semilla y Surco, Colección de Ciencias Sociales, Serie de Ciencia Política).
- PIÇARRA, Nuno. **A separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34ªed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- STORY, Joseph. **Commentaries on the Constitution of the United States**. Boston: Little, Brown and Company, 1833.
- TAVARES, André Ramos. **Manual do poder judiciário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: RT, 1995.