

COMO SE GUARDAM OS GUARDAS? LIMITES INSTITUCIONAIS À INDEPENDÊNCIA JUDICIAL NO BRASIL E NA ESPANHA*

Alexandre D. Zaidan de Carvalho¹

HOW ARE THE GUARDS WATCHED OUT? INSTITUTIONAL
LIMITS OF THE JUDICIAL INDEPENDENCE IN BRAZIL AND
SPAIN

RESUMO: Com o objetivo de aproximar a experiência institucional dos Conselhos de Justiça no Brasil e na Espanha, este artigo levantou dados sobre o desenho normativo, a composição, a organização, o perfil de atuação e mapeou os principais entraves ao funcionamento de ambos. O foco do texto dirige sua atenção ao modo como as expectativas criadas com a institucionalização dos Conselhos de Justiça nas experiências constitucionais pós-autoritárias dos dois países sugerem parâmetros comuns para a compreensão da atividade do Poder Judiciário. Porém, seguindo a abordagem sistêmico-constructivista ao contrapor discursos e práticas judiciais, questiona-se o fundamento das análises predominantes sobre a independência judicial orientadas pelo dogma de que conferir mais autonomia aos juízes significa, conseqüentemente, ampliar o espaço da realização dos direitos. A hipótese sugere que a preservação da estrutura corporativa aliada ao déficit da articulação entre independência e accountability têm contribuído para a disfuncionalidade de tais órgãos, em prejuízo da imagem de todo o Poder Judiciário.

Palavras-chave: Independência Judicial. Conselhos de Justiça. Brasil. Espanha.

ABSTRACT: In order to bring the institutional experience of the Councils of Justice closer together in Brazil and Spain, this paper sought to collect data on the normative design, composition, organization, performance profile and mapped the main obstacles to the functioning of both. The focus of the text directs its attention to how the expectations created with the institutionalization of the Councils of Justice in post-authoritarian constitutional experiences in both countries suggest common parameters for understanding judicial practices. However, following the systemic-constructivist approach by opposing judicial discourses and practices, which leads the paper to question fundamentally a dogma. The one guided by the notion that giving more autonomy to judges it means promoting the realization of rights. The hypothesis suggests that the preservation of the corporate structure allied to the deficit of the articulation between independence and accountability have contributed to the dysfunctional nature of such organs. What prejudice the image of the entire Judicial Power.

Keywords: Judicial Independence. Judicial Concils. Brazil. Spain.

* Este artigo é a versão estendida do resumo apresentado no International Colloquium Law and Society: social pacts, politics and compared legal systems, realizado entre os dias 8 e 9 de setembro de 2016, na Universitat de Barcelona. Algumas das ideias trabalhadas no texto foram discutidas no âmbito do projeto de pesquisa Dimensão Histórico-Sociológica da Independência Judicial, em desenvolvimento na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Brasília/UnB, mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Recife/UFPE e bacharel pela Universidade Católica de Pernambuco. Foi bolsista do Programa CAPES de doutorado sanduíche no Departamento de Direito da Universitat Pompeu Fabra (2014-2015).



1 INTRODUÇÃO

Em 2006, a poetisa e professora de literatura Jamie Hughes publicou um instigante ensaio no *Journal of Popular Culture* intitulado *'Who Watches the Watchmen?': Ideology and 'Real World' Superheroes*. O texto explora o modo como as características semânticas relacionadas à palavra 'super-herói' lança a imagem dos seus personagens aos pedestais da justiça e perfeição, posicionando-os fora dos domínios da ideologia própria dos conflitos políticos e jurídicos com que tem de lidar o Estado. A própria figura do Estado, nos quadros da metáfora de Hughes, apresenta-se fragilizado no imaginário criado em torno do heroísmo que parece captar o desejo de todos os que desejam projetar-se fora e além das regras e limites da ordem estatal.

A questão posta por Hughes sobre como a representação de mitos ou 'super-heróis' invoca a construção de uma autocompreensão externa aos dilemas reais e o seu caráter ideológico, submetendo-os ao julgamento sobrehumano dos conflitos entre o bem e o mal, constitui um bom ponto de partida para refletir sobre a noção de independência judicial.

Há muito as constituições da maior parte do Ocidente procuraram desvincular sua imagem da esfera do sagrado. Se o projeto da modernidade implicou o avanço da secularização e o esvaziamento da face teológica de justificação do poder político, por outro precisou vincular o exercício do poder ao 'lugar vazio' da ordem jurídica. Uma operação cujo êxito depende da articulação paradoxal entre o direito e a política numa constituição escrita interpretada e aplicada por agentes vistos como imparciais. É da complexa rede de significados resultantes daquela articulação que se pode observar o crescimento da influência das Cortes e o grau de intensidade da participação da magistratura nas mais diversas esferas da vida na sociedade mundial².

² Aqui, o termo 'sociedade mundial' não despreza as desigualdades entre regiões do globo, mas parte da consideração de que a explicação dessas diferenças "não deve apresentá-las como dados, isto é, como variáveis independentes, mas deve, antes, começar com a suposição de uma sociedade mundial e, em seguida, investigar, como e porque esta sociedade tende a manter ou mesmo aumentar as desigualdades regionais" Cf. LUHMANN, Niklas. Globalization or World Society? How to conceive of modern society. *International Review of Sociology*. v. 7, n. 1, mar., pp. 67-79, 1997.

Ocorre que também o progressivo aumento da importância da magistratura na definição do sentido político dos direitos demandou uma justificação que pudesse ser vista como não ideológica. Uma justificação cujo campo semântico associado é permanentemente pressionado pelo declínio da metanarrativa moderna de prevalência da razão. O que atingiu em cheio a teoria do direito e desmistificou a descrição naturalizada que relacionava a decisão judicial às posições de neutralidade cognitiva ou de visão objetivamente imparcial. Ou uma visão tal que pudesse ser apresentada como idealmente compartilhada entre os “guardiões” da lei e da ordem numa democracia liberal.

É nesse contexto que se insere a compreensão atual da atividade judicial como imprescindivelmente política, ainda que não partidária. E assim reconhecida, impossível torna-se localizar a jurisdição fora da ideologia. Nesse sentido, talvez fosse mais apropriado situá-la entre os chamados “aparelhos ideológicos do Estado”, tal qual formulado por Louis Althusser (1970). Mas tal descrição, que supõe um ajuste entre a superestrutura jurídica à infraestrutura econômica, apresenta-se problemática quando observamos que nas corporações de magistrados e Cortes judiciais habitam tipos diversos de ideologias políticas, desde as mais progressistas às mais conservadoras.

Assim, mesmo considerando a importância dos fatores econômicos sobre o arranjo jurídico relativa às condições de independência dos juízes e o impacto da análise econômica na formulação das decisões judiciais, a visualização das distintas ideologias em jogo na aplicação do direito sob as mesmas lentes dos aparelhos ideológicos da luta de classes reduz demasiadamente a sua capacidade explicativa. O que deixa escapar a particularidade de fenômenos tão complexos quanto distintos entre si. Se evolutivamente tornou-se altamente improvável seguir afirmando a neutralidade política das diversas visões sobre o direito, o discurso majoritário dos membros do Poder Judiciário segue sustentando sua autonomia frente à política sob o argumento de que cabe à função judicial *revelar o sentido correto da norma* (COSTA, 2013, p. 15) e não lhe dar *destinação e uso político*.

Assim, observar a articulação político-jurídica em que se inscreve a independência judicial é sobretudo um esforço de compreender a sua limitação. Os contornos de tais limites são conferidos tanto por elementos *internos* do sistema jurídico, caracterizados

pelas diretrizes normativas institucionalizadas e sujeitas a decisões administrativas e judiciais dos próprios órgãos do Poder Judiciário, quanto por elementos *externos* que permanecem dependentes das relações estabelecidas com os demais poderes ou outros domínios do sistema social.

O principal limite interno da independência judicial está na submissão da atividade do juiz ao ordenamento jurídico. Esta é a dimensão representativa do fundamento e da limitação da autonomia da função judicial. O *dever de justificar* as decisões segundo os parâmetros do direito positivo alcança também o *comportamento profissional* dos juízes enquanto destinatários das regras de processo e da organização da magistratura. Se a independência judicial demanda a vinculação dos magistrados à lei e à Constituição ao tempo em que confere certo espaço de conformação para atribuição de sentidos a disposições textuais, cobra dos membros do sistema de justiça a observância de determinados padrões normativos e a *accountability* vista como capaz de habilitar a *confiança* nas respostas do próprio sistema.

Foi da aliança entre o reconhecimento da presença de distintos matizes ideológicos na cognição dos juízes e a compreensão de que a função judicial se legitima apenas quando capaz de estimular a credibilidade nos procedimentos instituídos, que resultou a criação dos Conselhos do Poder Judiciário em várias experiências constitucionais do século XX. Por sua vez, tais Conselhos constituem relevantes instituições responsáveis pela definição dos limites e parâmetros da independência judicial.

Com o objetivo de aproximar-nos das peculiaridades do funcionamento e do impacto da atuação dos Conselhos criados no Brasil e na Espanha, este trabalho levantou dados sobre a compreensão de ambos acerca dos contornos da *independência judicial*. A pretensão de observar os limites que cada uma desses órgãos desenha sobre as condições institucionais da autonomia dos juízes teve como motivação a verificação de quais elementos de semelhança e distinção são guardados. E quais as causas para o baixo desempenho dos Conselhos frente às expectativas normativas mantidas quando de sua criação.

A literatura sobre os limites da independência judicial é ampla e diversificada tanto no Brasil (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 15-36; TOMIO, 2013, p. 29-46; CUNHA, 2011, p.

401-420)³ quanto na Espanha (REQUEJO PAGÉS, 1989, p. 202-222; ANDRES IBAÑEZ, 1999; HERNÁNDEZ, 2008; ALEJANDRO NIETO, 2005a)⁴. Porém, escassas são as investigações apoiadas em levantamentos empíricos aptos a fornecer uma visão sistêmica sobre o modo como o argumento da independência judicial é mobilizado. Observar esse movimento é fundamental para identificar qual o sentido ele adquire na compreensão dos Conselhos responsáveis pela supervisão administrativa e funcional do Poder Judiciário em ambos países.

A nossa *hipótese* é de que, contrariamente às expectativas normativas que acompanharam o propósito da criação no sentido da promoção da independência ajustada à *accountability* da atividade judicial, o funcionamento de ambos os Conselhos converteu-os em espaços institucionais reservados à proteção das corporações da magistratura e da intermediação de interesses particularistas conflitivos, em parte pela influência de partidos políticos no sistema de nomeação dos conselheiros.

Seguindo esse propósito, a estrutura do artigo está dividida de modo a proporcionar uma visão global comparativa sobre o desenho institucional dos Conselhos brasileiro e espanhol. Os tópicos dois e três descrevem os elementos indicativos do conceito de independência judicial na prática decisória de ambos, evidenciando as semelhanças e distinções que se refletem na compreensão da autonomia da magistratura. O quarto tópico analisa os padrões da atuação dos Conselhos sob a articulação entre as noções de *independência* e *accountability* da função judicial, indicando servir-lhes como parâmetro de crítica acerca dos entraves observados. E, por último, o texto oferece um balanço como contribuição que, mais além de descrever um diagnóstico comparado sobre a experiência

³ Entre eles: CLÈVE, Clemerson & LORENZETTO, Bruno. O Conselho Nacional de Justiça e a Constituição. **Interesse Público**. Belo Horizonte, a. 17, n. 92, jul./ago., p. 15-36, 2015; TOMIO, Fabrício & ROBL FILHO, Ilton. *Accountability* e Independência Judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça. **Revista de Sociologia e Política**. v. 21, n. 45, p. 29-46, 2013 e CUNHA, Luciana Gross. Medir la Justicia: el caso del índice de confianza en la justicia (ICJ) en Brasil. In: GARAVITO, César (coord.). **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veinteuno, p. 401-420, 2011.

⁴ A título de exemplo, os trabalhos de Requejo Pagés, Juan Luis. **Jurisdicción e Independencia Judicial**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 202-222, 1989, dividindo os limites em *imanes* e *transcendentes*. Além de IBAÑEZ, Perfecto Andres. A experiência espanhola do conselho general del poder judicial (CGPJ). **Revista Sub Júdice**. Lisboa, n. 14, 1999; HERNÁNDEZ, Diego Íñiguez. **El Fracaso del Autogobierno Judicial**. Pamplona: Civitas, 2008 e NIETO, Alejandro. **El Desgobierno Judicial**. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

dos dois Conselhos, possa pontuar as principais dificuldades e indicar linhas gerais para o estreitamento do diálogo sobre os problemas comuns.

2 INDEPENDÊNCIA JUDICIAL NO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A criação do Conselho Nacional de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004 foi objeto de uma longa disputa entre magistrados, corporações, governo e Poder Legislativo. A proposta de criação de um órgão de controle externo do Poder Judiciário foi objeto particularmente polêmico já na discussão sobre o desenho institucional do Poder Judiciário na Assembleia Nacional Constituinte (CARVALHO, 2017, p. 31-77). A votação do capítulo do Poder Judiciário na constituinte levou dezenas de magistrados aos corredores da Câmara em defesa de suas posições corporativas, em especial pela supressão do dispositivo que instituía o Conselho Nacional de Justiça. As sessões foram marcadas pela força do *lobby* associativo, que ao final se saiu vencedor em praticamente todas as suas demandas.

Após treze anos de trâmite e sob o repúdio de muitos integrantes da magistratura, que o denominavam de “mordança do judiciário, a reforma promovida com a EC nº 45/2004 incluiu o art. 103-B da Constituição Federal de 1988 criando o Conselho Nacional de Justiça. O CNJ compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução. A nomeação dos integrantes do Conselho é de competência do Presidente da República após a aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. O Conselho é presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal. A composição do CNJ tem o seguinte formato:

Presidente do Supremo Tribunal Federal	membro permanente e Presidente do Conselho
1 Ministro do Superior Tribunal de Justiça	indicado pelo respectivo tribunal
1 Ministro do Tribunal Superior do Trabalho	indicado pelo respectivo tribunal
1 desembargador de Tribunal de Justiça	indicado pelo Supremo Tribunal Federal
1 juiz estadual	indicado pelo Supremo Tribunal Federal
1 juiz de Tribunal Regional Federal	indicado pelo Superior Tribunal de Justiça
1 juiz federal	indicado pelo Superior Tribunal de Justiça

1 juiz de Tribunal Regional do Trabalho	indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho
1 juiz do trabalho	indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho
1 membro do Ministério Público da União	indicado pelo Procurador-Geral da República
1 membro do Ministério Público estadual	escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual
2 advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil	indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
2 cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada	indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal

A função institucional do Conselho Nacional de Justiça foi descrita no texto constitucional em termos de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, além do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Foram-lhe destinadas as atribuições previstas no Estatuto da Magistratura e as mencionadas na própria Constituição: 1) zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, inclusive mediante a expedição de atos regulamentares e recomendação de providências; 2) zelar pela a legalidade dos atos administrativos praticados pelo Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; 3) julgar reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, sem prejuízo da competência disciplinar dos tribunais; 4) representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; 5) revisar, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; 6) elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário e 7) elaborar relatório anual sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, propondo as providências que julgar necessárias ao Congresso Nacional.

A operatividade da atuação do CNJ pode ser dividida em quatro grandes áreas estabelecidas de acordo com a organização interna. À *gestão da política judiciária* caberia a definição do planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional do Poder Judiciário. Aos jurisdicionados e cidadãos o Conselho mantém a *prestação de serviços* em que se incluem o recebimento de reclamações, petições

eletrônicas e representações contra membros ou órgãos do Judiciário. No âmbito *disciplinar* se encontra o julgamento de processos disciplinares e revisão das decisões dos tribunais. E, por último, a implementação da *transparência* do serviço judicial pela adoção de práticas de celeridade e eficiência dos atos administrativos, além da elaboração de relatórios estatísticos sobre movimentação processual e indicadores de desempenho da atividade jurisdicional.

Considerando que nove dos quinze membros do CNJ são advindos dos quadros da magistratura nota-se que prevaleceu a reivindicação dos magistrados e associações de juízes quanto ao impasse sobre a criação do Conselho⁵. Esse é um fator que parece ter colocado em xeque a própria função de controle externo do órgão. Essa percepção é corroborada pela sujeição de todas as suas decisões, mesmo as de caráter administrativo, à revisão judicial⁶, sugerindo uma fragilidade da função do Conselho em promover *accountability* ao Poder Judiciário.

Essa dimensão contida da atuação do CNJ mediante a reconhecida possibilidade de revisão judicial restou evidenciada no julgamento da ADI nº 3.367/DF, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros contra a criação do Conselho. A decisão do relator, seguida pela maioria da Corte, é marcada pelo esforço argumentativo em demonstrar que a compatibilidade do CNJ com a ordem constitucional se dá em *reforço* às condições de *independência e imparcialidade* dos juízes e tribunais. Porém, nunca em parâmetros de concorrência ou eventual superioridade. Pelo contrário, há manifestação de aspectos pontuais tomados como exemplos claros de que o exercício das funções do órgão estaria limitado à autonomia funcional do Judiciário. Um entendimento destacado pelo Supremo Tribunal Federal quando negou ao Conselho a possibilidade de realizar controle de

⁵ A resistência das corporações de magistrados contra a presença de membros externos no CNJ se refletiu inclusive num dos argumentos contra a constitucionalidade de sua criação pela EC nº 45/2004, ajuizada pela AMB: STF. ADI nº 3.367/DF, Plenário, rel. min. Cezar Peluso, DJ 13.4.2005.

⁶ Inclusive por parte de juízes federais de primeira instância, considerando que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que apenas as ações constitucionais (mandado de segurança, mandado de injunção e 'habeas data') contra atos e decisões do CNJ sujeitam-se à competência da Suprema Corte. Nesse sentido: STF. Pet 4.794 ED/PR, 1ª Turma, rel. min. Luiz Fux, DJ 13.10.2015; AO 1.679 Agr/DF, 2ª Turma, rel. min. Teori Zavascki, DJ 26.08.2014 e AO 1.706 Agr/DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.12.2013.

constitucionalidade de lei (CLÈVE & LORENZETTO, 2015, p. 32), ainda que no exame de atos concretos no exercício de sua competência⁷.

Simbolizam essa compreensão a posição restritiva do STF quanto às atribuições do Conselho ao destacar que ele não dispõe de “nenhuma competência, cujo exercício fosse capaz de interferir no desempenho de função típica do Judiciário”⁸, além da lembrança de que os ministros da Suprema Corte não se sujeitam ao controle disciplinar do órgão e o destaque para o fato de que “a função de Corregedor é destinada ao ministro representante do STJ (art. 103-B, §5º)”. E mesmo com a derrota do entendimento de que a criação do Conselho havia sido inconstitucional no STF, alguns dos ministros vencidos⁹ registraram fortes ressalvas, posicionando-se claramente contra a presença de membros externos na composição do órgão.

A argumentação prevalecente na decisão, contudo, desenvolveu uma espécie de “domesticação do controle externo” do Judiciário, definindo os contornos de atuação do Conselho Nacional de Justiça nos limites do que o Supremo, e não o Congresso Nacional, entenderia como toleráveis para o exercício das funções de fiscalização administrativa, orçamentária e disciplinar do CNJ. Um entendimento que poderia converter o Conselho numa instituição análoga ao antigo Conselho da Magistratura, órgão vinculado ao Supremo no final do regime militar. Essa posição mostrou que o Supremo Tribunal Federal assumiu sem reservas o papel de “guardião” último do exercício independente da função judicial em restrição à compreensão mais ampla da função do CNJ.

A experiência institucional de 10 anos do Conselho Nacional de Justiça foi marcada por três desafios (PENALVA; DOMINGUES, 2015) para a afirmação de sua função constitucional. O *primeiro* deles foi a ADI 3.367 em que o STF confirmou a constitucionalidade do órgão, ainda que sob uma interpretação que lhe conferiu uma dimensão contida em relação o controle externo. A *segunda* foi a disputa em torno das

⁷ BRASIL. STF. MS nº 28.141, rel. min. Ricardo Lewandowski, DJ 10.02.2011.

⁸ BRASIL. STF. Trecho do voto do min. Cezar Peluso, na ADI nº 3.367/DF, DJ 13.4.2005.

⁹ Foram eles: Carlos Velloso, afirmando que os membros externos “Serão representantes da política partidária o que causará danos ao Poder Judiciário”; Ellen Gracie que considerou incompatíveis com a Constituição o que chamou de “super poderes” do órgão “composto por gente estranha à magistratura”, e Marco Aurélio Mello para quem a criação do órgão com a presença de integrantes da OAB, do Ministério Público e indicados pela Câmara e o Senado ofenderiam a cláusula pétrea da separação de poderes.

competências da Corregedoria Nacional de Justiça, travada na ADI nº 4.638, em que o Supremo manteve a independência do poder correicional e disciplinar do Conselho em relação às corregedorias dos tribunais. E a *terceira* indica uma fragilização das deliberações em virtude da admissão pela jurisprudência da Suprema Corte de uma ampla revisão dos atos e decisões do CNJ por juízes federais¹⁰.

A valorização da independência judicial no discurso oficial dos representantes dos Conselho Nacional de Justiça tem sido uma constante desde o início de seu funcionamento. Para Gilmar Mendes, que presidiu o CNJ no biênio 2008-2009, a “independência judicial é mais relevante do que o próprio catálogo de direitos fundamentais”¹¹. Já nas manifestações da imprensa e da Ordem dos Advogados do Brasil¹², a principal função do Conselho está na fiscalização da magistratura enquanto instrumento de transparência e eficiência do serviço judicial. Contudo, esse otimismo em relação à independência da magistratura não se reflete quando se trata de analisar o grau de eficiência da organização do Poder Judiciário no país. A série de dificuldades para o exercício da fiscalização dos atos de gestão e as baixas expectativas relacionadas à atuação judicial, especialmente em casos de significativa repercussão política, tem exigido a identificação das principais dificuldades para a efetividade da atuação do CNJ sobre a independência da magistratura.

Nesse sentido é o resultado do nosso levantamento realizado no mecanismo de busca de jurisprudência disponível no *site* do CNJ¹³ utilizando como critério a expressão “independência judicial”. Com o objetivo de observar o *uso do argumento* da independência dos juízes, a pesquisa analisou e classificou 35 *decisões* do Conselho que fizeram referência expressa ao termo, entre outubro de 2005 e maio de 2016. A

¹⁰ Nesse sentido: STF. AO nº 1.758 AgR/CE, 1ª Turma, rel. min. Rosa Weber, DJ 17.02.2017; AO 1.679 AgR-ED/DF, 2ª Turma, rel. min. Teori Zavascki, DJ 17.12.2014 e ACO 1.680 AgR/AL, Plenário, rel. min. Teori Zavascki, DJ 01.12.2014.

¹¹ CNJ. “Presidente do CNJ ressalta a independência na abertura do Encontro Nacional do Judiciário”. 28.08.2008. Disponível em: <http://goo.gl/ASc68z> No mesmo sentido, texto do ex-conselheiro, Alexandre de Moraes, intitulado “CNJ luta pelo fortalecimento do Judiciário”: <http://goo.gl/aiGRav>

¹² Nesse sentido, o ex-presidente da OAB, Marcos Furtado Coelho: “A Ordem dos Advogados do Brasil e a EC nº 45/2004: muito mais do que dez anos” In: *Diálogos sobre Justiça*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 18-21.

¹³ BRASIL. CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/JurisprudenciaSearch.seam>

organização dos dados traz evidências relevantes sobre a articulação do sentido da autonomia dos juízes na ótica do CNJ.

A *primeira* inferência revela que o recurso à semântica da independência judicial aparece majoritariamente em processos de natureza disciplinar. Vinte e quatro das decisões levantadas foram tomadas em reclamações disciplinares (8); processos administrativos disciplinares (6); sindicâncias (5); pedidos de revisão disciplinar (2); avocações (2) e pedido de providências (1). Delas, dezesseis tiveram origem em apurações realizadas nos tribunais de justiça estaduais; duas na justiça federal de primeira instância; uma na justiça eleitoral (TRE/AM); uma justiça do trabalho (TRT 3ª/MG) e uma que se dividiu entre o STJ e o TRF 2ª Região. Em duas das decisões não se identificou quais eram os tribunais de origem. As demais menções à “independência judicial”, não incluídas no campo disciplinar, ocorreram em pedidos de providências (6); procedimentos de controle administrativo (3) e restaurações de autos (2).

O *segundo* elemento de compreensão importante do levantamento indicou a variação do argumento da independência judicial nas deliberações. No âmbito disciplinar, 17 das 24 menções adquiriram sentido contrário ao interesse dos magistrados investigados e favorável à instauração, continuidade de apurações ou aplicação de penalidades disciplinares. Foi o caso da RD nº 0000328-42.2009.2.00.0000 que resultou no afastamento preventivo de Juiz de Direito, titular da 6ª Vara da Comarca de São Luís/MA, em virtude de violação aos deveres funcionais. A reclamação disciplinar foi relatada pelo Conselheiro Gilson Dipp, que destacou o seguinte:

A independência judicial é uma garantia do cidadão para assegurar julgamentos livres de pressões, mas de acordo com a lei e o direito. A independência judicial não é, porém, incompatível com o controle disciplinar da magistratura. A imunidade garantida pelo art. 41 da LOMAN não é absoluta, sendo possível a responsabilização administrativo-disciplinar do magistrado quando, no exercício da atividade jurisdicional, viola o dever de imparcialidade (CPC, art. 135, I) e age, de forma reiterada, contrariando dispositivos legais expressos, em violação ao dever do art. 35, I, da LOMAN, e adotando, de forma reiterada e com dolo, revelado por um conjunto de indícios, procedimentos incorretos (LOMAN, art. 44), que acarretam prejuízos a uma das partes, em procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decore de suas funções (LOMAN, art. 56, I) e

proceder funcional incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário (LOMAN, art. 56, II)¹⁴.

Nas outras 7 decisões em matéria disciplinar, a mobilização do argumento da independência judicial aparece favoravelmente à defesa dos magistrados ou em reforço às suas prerrogativas contra atos de gestão dos Tribunais e suas Corregedorias. É exemplo dessa variável, a manifestação proferida em processo sobre o descumprimento das regras constitucionais e de decisão do Conselho da Magistratura no que diz respeito à residência na Comarca de atuação de magistrado¹⁵.

No CNJ, a noção de independência judicial também se deixa perceber como fundamento relevante para a análise das reivindicações da categoria profissional dos magistrados. Assim foi a argumentação desenvolvida pelo Conselheiro Felipe Locke no exame do Pedido de Providências nº 0002043-22.2009.2.00.0000, sobre requerimento da AJUFE para o reconhecimento “da simetria constitucional entre os regimes jurídicos do Ministério Público Federal e da magistratura federal, com a comunicação a esta das vantagens atribuídas àquele, como as de caráter geral e indenizatório”. Na prática, o atendimento do pedido implicaria afirmar a tese de que tais vantagens poderiam ser criadas por decisão administrativa do CNJ, independentemente de previsão legal ou constitucional e contra enunciado de Súmula do STF¹⁶, quando a própria competência do Conselho para o caso era questionável. Contudo, o julgamento de procedência do pedido

¹⁴ CNJ. Trecho do voto do Conselheiro Gilson Dipp na Sindicância nº 0001570-36.2009.2.00.0000, julgada em 24.11.2009. No mesmo sentido, o voto da Conselheira Eliana Calmon no PAD nº 0001533-77.2007.2.00.0000, de 03.08.2010: “As fundadas suspeitas de comportamento do magistrado que levante dúvidas acerca da independência e, como consequência, da imparcialidade do juiz, caracteriza o não cumprimento do disposto no art. 35, incs. I e VIII da LOMAN”. Neste caso, apurou-se a prática de conduta incompatível com a dignidade, a honra e o decoro das funções de ministro do STJ e desembargador do TRF da 2ª Região, consistente na atuação orientada ao favorecimento de integrantes de organização criminosa destinada à exploração de jogos de azar.

¹⁵ CNJ. Trecho do voto do Conselheiro Felipe Locke na Revisão Disciplinar nº 0003505-14.2009.2.00.0000, em 15.12.2009: “a inamovibilidade, ao lado da vitaliciedade e da irredutibilidade dos vencimentos, forma o núcleo duro das regras constitucionais que têm em mira garantir a *independência judicial*, cláusulas fundamentais de todo e qualquer sistema democrático, razão pela qual, ao flexibilizá-la, o constituinte preceituou que a remoção compulsória, a par de exigir decisão fundamentada da maioria absoluta dos membros do respectivo tribunal, somente é cabível quando tiver em mira atender ao interesse público, o que leva à conclusão de que constitui elemento da conduta para caracterizar tipo punível com essa espécie de pena, o agir que não recomenda a permanência do exercício da atividade jurisdicional na Comarca ou Vara”.

¹⁶ No caso, a Súmula nº 339: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”.

teve como efeito a extensão das vantagens funcionais da carreira do Ministério Público. A decisão acentuou o caráter corporativo da atuação do CNJ instrumentalizando a semântica de independência judicial a partir da falsa noção de que os magistrados integrariam uma classe profissional desprestigiada em termos remuneratórios:

A manutenção da realidade como posta minimiza a dignidade da judicatura porque a independência econômica constitui um dos elementos centrais da sua atuação. A independência do juiz constitui viga mestra do processo político de legitimação da função jurisdicional (...) uma vez que as vantagens funcionais se tornam, neste caso, um dos pilares da independência da própria magistratura.¹⁷

A análise da argumentação empregada na decisão mostra como as estratégias de cooptação mobilizadas por interesses corporativos têm o poder de converter o Conselho num órgão de proteção daqueles interesses, subvertendo a normatividade de sua função, o que tem se denominado como *juscorporativismo* (CARVALHO, 2017, p. 31-77). A situação alertou para o fato de que a adoção do discurso acríptico e cristalizado sobre a independência judicial, quando manejado pela própria classe dos magistrados, implicava o aumento potencial do risco de que a alta burocracia judicial ocultaria o caráter sindical de suas reivindicações. Sob tal perspectiva, a avaliação das demandas da corporação, e seus efeitos orçamentários, poderia prescindir da competência do Parlamento e das disputas com outras categorias do serviço público para se estabelecer como uma questão hermenêutica resolvida no próprio CNJ. Ou seja, justamente no campo em que os seus principais interessados, os juízes, detém hegemonia discursiva (CARVALHO & COSTA, 2014).

¹⁷ CNJ. Trecho do voto do Conselheiro Felipe Locke Cavalcanti. Importa destacar o voto divergente, no sentido de provimento do pedido, proferido pelo conselheiro Walter Nunes da Silva Junior, juiz federal de carreira que havia presidido a AJUFE (requerente) entre 2006 e 2008 e diretamente beneficiado da mudança de posição do CNJ sobre o tema. No seu voto, Nunes registrou que o “Conselho Nacional de Justiça, embora recebido com severa crítica e desconfiança, notadamente por parte significativa da magistratura, foi concebido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, exatamente para cumprir a missão especial e fundamental de órgão central do sistema judicial, não sendo voltado, essencialmente ou apenas, como órgão censor, para a imposição de sanções aos juízes, porquanto se insere, em sua missão constitucional, na qualidade de órgão central e estratégico, a preservação das garantias da magistratura, de modo que, em casos como o dos autos, não só pode, como deve, corrigir o tratamento assimétrico dispensado à magistratura, que afronta, diretamente, a Constituição”. Cf. <https://goo.gl/DsbqOx> e <https://goo.gl/NzOMK0>

Mais além desse ponto específico, a análise conjunta dos dados e informações coletados mostrou que quatro fundamentos principais acerca os *limites da independência judicial* podem ser agrupados. O *primeiro* está no uso das *boas relações* para a promoção interna e chegada aos tribunais, sejam os de segunda instância, superiores, com a subversão dos critérios de antiguidade e merecimento. O *segundo* se localiza na *progressiva exposição midiática* que, por um lado, procura legitimar a própria atuação, e, por outro, estimula a autopromoção individual. O *terceiro* na forte *influência corporativa* na tomada de decisões sobre gestão administrativa, funcional e disciplinar, perpetuando mecanismos arcaicos de controle gerencial e reforçando privilégios de classe. E o *quarto* está na *falta de transparência*, que sugere o conflito de interesses públicos e privados, a exemplo da realização de eventos para discussão de temas internos, mas patrocinados por agentes privados, não raro, diretamente interessados nos julgamentos.

O adequado dimensionamento desses problemas passa pela análise da variação dos *níveis de confiança* depositada nas instituições judiciais. Pesquisas têm revelado que os principais problemas do Judiciário na percepção da população são: o *tempo* de resolução dos conflitos, o *alto custo do acesso*, a *desonestidade e parcialidade* da instituição e sua deficiente capacidade para resolver os conflitos, nessa ordem (CUNHA, 2011, p. 413; CUNHA; OLIVEIRA; GLEZER, 2014, p. 445-472). Sobre estes pontos, o último relatório do Índice de Confiança na Justiça Brasileira, publicado pela FGV em outubro de 2016¹⁸, com dados atualizados até o primeiro semestre do mesmo ano, mostra que apenas 29% do universo de entrevistados *confia* no sistema de justiça. Um número menor que o relativo às Emissoras de TV (33%) e bastante abaixo da confiança mentida na Igreja Católica (57%) e nas Forças Armadas (59%).

Comparativamente, entre 11 instituições pesquisadas, o Judiciário foi o 8º colocado, à frente apenas dos partidos políticos, do Congresso e do governo. O estudo mostra ainda que quanto menor a renda menor é a confiança no funcionamento da justiça, registrando que o acesso é maior quanto maior o grau de instrução e rendimento. A gradual queda de

¹⁸ Fundação Getúlio Vargas. *Relatório ICJ Brasil*. 1º Semestre de 2016, p. 15. Disponível em: <https://goo.gl/2Xao5l>. Acesso em: 12 dez. 2016.

confiança no Poder Judiciário também pode ser observada no indicador divulgado pela *Latinobarómetro*¹⁹.

A compreensão da forte expressividade político-corporativa da magistratura por prerrogativas no processo constituinte, reafirmadas continuamente, aponta para a necessidade da ampliação de pesquisas sobre o Judiciário no Brasil que considerem o interesse de classe dos juízes. Essa parece ser uma tarefa urgente, não só pelo grande impacto dos temas corporativos na agenda do CNJ e do STF, mas destacadamente pela desconstrução do discurso naturalizado de que o aparato judicial funciona em virtude da realização da cidadania, quando permanece vulnerável à imposição de códigos diversos do direito, como o poder e o dinheiro, que emergem inclusive pelas redes corporativas mantidas internamente entre seus membros. Num cenário como esse, o horizonte de expectativas aponta para a necessidade de pensar em mecanismos de proteção da imparcialidade e da independência judicial resistentes às relações particularistas em que se inserem os próprios juízes.

3 INDEPENDÊNCIA JUDICIAL NO CONSELHO GERAL DO PODER JUDICIÁRIO ESPANHOL

Historicamente a organização do Poder Judiciário na Espanha guarda registros semelhantes ao modelo brasileiro²⁰. Um fator que pode ser compreendido pela constatação de que o ordenamento jurídico e a configuração do sistema de justiça espanhóis tenha deixado sua marca na organização judiciária no Brasil colonial e no regime imperial instaurado após a independência²¹. Em ambos os modelos, pode-se dizer que o desenho institucional dos órgãos judiciais, segundo o cânone liberal da separação de poderes, não resultou no estabelecimento autônomo e funcional de sistemas de justiça independentes e legitimados pelo reconhecimento dos jurisdicionados.

¹⁹ Na pesquisa realizada em 2015 em que foram ouvidas 1250 pessoas, apenas 1% delas avaliaram a atuação da justiça como muito boa; 28% como boa; 42% como ruim e 17% muito ruim, o pior resultado da série desde 2006.

²⁰ Para um histórico da evolução institucional do Judiciário espanhol, desde o antigo regime à ditadura franquista, cf. Hernández (2008, p. 144-167).

²¹ Sancionadas em 1595, durante o reinado de Felipe II, as ordenações passaram a ter vigência a partir de 1603 por todo o domínio da dinastia filipina, incluída a União Ibérica. Mesmo após o fim da união entre Espanha e Portugal, em 1640, as ordenações permaneceram vigentes por decisão de D. João IV. No Brasil, muitas de suas disposições permaneceram vigentes até a edição do Código Civil de 1916, quando foram definitivamente revogadas.

A criação do Conselho Geral do Poder Judiciário foi prevista no art. 122, 2 da Constituição de 1978 e pensado enquanto instituição fundamental na proteção da independência judicial na Espanha, seguindo exemplos acolhidos no direito comparado²². O art. 104.1 da Lei Orgânica do Poder Judiciário dispõe que é do Conselho a competência do autogoverno do judiciário espanhol, cujas funções devem ser exercidas com fundamento nos princípios da unidade e independência. Às suas decisões, sejam do pleno ou das salas, submetem-se as “*Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia*”, excluído o Tribunal Constitucional que não integra a estrutura do Poder Judiciário espanhol.

O CGPJ é composto por vinte membros (vogais) e o presidente, que por sua vez preside também o Tribunal Supremo. Todos com mandato temporário de 5 anos, não renovável. Ao término do período, renova-se a composição de todo o Conselho. Entre os vogais, doze são magistrados ativos das diversas instâncias e oito são escolhidos entre advogados ou juristas de reconhecida competência e mais de quinze anos de exercício profissional.

É do Parlamento (Câmara e Senado) a competência para escolher, mediante o quórum de 3/5, todos os vinte membros do Conselho, contudo a nomeação é feita pelo Rei. Entre os 12 membros advindos da magistratura, cada Casa legislativa escolhe 6 dentre uma lista de 36 nomes previamente formada pelas associações profissionais de juízes. Já a escolha dos membros não integrantes do Poder Judiciário cabe igualmente a cada Casa legislativa, que elegem por 3/5 dos votos os demais 8 membros do Conselho.

A previsão da Lei Orgânica que destinou ao Parlamento a designação de todos os membros do CGPJ é vista com reserva pelas associações de magistrados, que defendem ser prerrogativa do legislativo apenas as oito vagas dos membros externos. Essa foi a reivindicação expressa em Nota divulgada em 29 de fevereiro de 2016 e assinada por quatro das corporações judiciais, intitulada “Independencia Judicial”²³.

²² Em especial nos modelos do Conselho Superior da Magistratura francesa previsto na Constituição de 1946 e do Conselho italiano criado pelo constituinte de 1947 por inspiração direta do primeiro. Cf. Becerra (1990, p. 53-61).

²³ Disponível em <http://goo.gl/KY3915>. Acesso em: 21 nov. 2016.

Cabe ao CGPJ a função de fiscalizar e aplicar o estatuto da magistratura, em que se incluem as atividades de governo do judiciário, regulamentando o ingresso, a promoção, formação e nomeações dos juízes. Além das relativas ao funcionamento dos órgãos judiciais, através da realização de inspeções, correições e designação de juízes substitutos. Excluem-se das suas atribuições as relativas à decisão judicial, assim como a apreciação de conflitos entre indivíduos e o Estado espanhol. As decisões do Conselho têm caráter administrativo, inserindo-se a prerrogativa de editar regulamentos, informes e apresentar conflitos envolvendo o autogoverno do Judiciário e outros órgãos governamentais ao Tribunal Constitucional.

Entre os cargos do Poder Judiciário nomeados por ordem do CGPJ estão os dos magistrados do Tribunal Supremo, além dos magistrados (desembargadores) e presidentes dos tribunais. A nomeação é realizada por Decreto Real, com o referendo do Ministro da Justiça. Cabe ainda ao Conselho a supervisão das eventuais incompatibilidades, concessão de licenças, aposentadorias, instauração de processos disciplinares e sindicâncias, além das tarefas de formação dos juízes, de que cuida a Escola Judicial. De acordo com a sentença do TC nº 108/1986, as funções do CGPJ reúnem as atribuições que potencialmente afetam a jurisdição e que, portanto, não poderiam ficar a cargo do Executivo:

Las funciones que obligadamente ha de asumir el Consejo son aquellas que más pueden servir al Gobierno para intentar influir sobre los Tribunales: de un lado, el posible favorecimiento de algunos Jueces por medio de nombramientos y ascensos; de otra parte, las eventuales molestias y perjuicios que podrían sufrir con la inspección y la imposición de sanciones. La finalidad del Consejo es, pues, privar al Gobierno de esas funciones y transferirlas a un órgano autónomo y separado²⁴.

Já as condições da autonomia material (*orçamentária*), um dos limites externos à independência judicial, ficou a cargo do Poder Executivo. Providas pelo Ministério da Justiça em âmbito nacional e pelas Comunidades Autônomas na esfera regional.

Sobre a dimensão disciplinar, a função do Conselho circunscreve-se na supervisão do cumprimento dos deveres dos juízes. Entre as possíveis faltas funcionais objeto de

²⁴ ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentencia TC nº 108/1986. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/671>. Acesso em: 10 dez. 2016.

apuração estão as faltas e atrasos injustificados, inobservância de horários das audiências, o abuso de autoridade, falta de urbanidade e respeito às partes e advogados, entre outras.

Para Ibañez (1999), o CGPJ tem como função primordial o exercício do poder disciplinar, não se confundindo com órgão de direção política do Poder Judiciário. O Conselho carece de atribuições que tenham alcance à generalidade dos cidadãos, restringindo-se à face protetiva da independência judicial frente às interferências do plano externo à atividade judicial, segundo o modelo normativo institucionalizado da figura do juiz no constitucionalismo espanhol.

Contudo, o funcionamento do Conselho tem se submetido a um variado grupo de críticas, que podem ser divididas em três correntes: a formação de *blocos partidários* refletidos nas decisões dos conselheiros; o *déficit de motivação* das decisões decorrentes da ausência de publicidade das deliberações e do caráter reservado das sessões, e a permanência da *tradição associativa* entre as características que definem o modelo do autogoverno judicial espanhol.

A forte participação do Parlamento na escolha da composição do CGPJ é objeto de críticas por parte da doutrina espanhola (IBAÑEZ, 1999; HERNÁNDEZ, 2008; NIETO, 2005; VEGA TORRES, 2012), que vê em tal dimensão o peso partidário na efetiva hiperpolitização da atuação do Conselho, inclusive pela informal “distribuição de cotas por partido” na escolha dos conselheiros²⁵. Essa dimensão contribuiria para um modelo que reduz as expectativas de independência judicial, pois os partidos buscariam mais a *fidelidade* do indicados no exercício da função do que o aperfeiçoamento do Poder Judiciário baseado na *gestão profissional* ou representatividade do *pluralismo* existente na sociedade.

A escolha dos dois grupos de vogais (magistrados e externos) presume uma proximidade entre os candidatos e os partidos majoritários no Parlamento, o que, por sua vez, costuma ocorrer entre os grupos de dirigentes associativos. Um sistema que parece retroalimentar relações de partidarização e corporativismo refletidas na composição do Conselho espanhol. Para Hernández, seria da prevalência de relações pessoais construídas nos “oscuros pasillos” (HERNÁNDEZ, 2008, p. 295) do Ministério da Justiça, dos órgãos

²⁵ O que se refletiria nas posições assumidas pelos conselheiros nas deliberações, muitas vezes antecipadas por jornalistas que predizem o resultado. Cf. Hernández (2008, p. 299- 310).

judiciais e do próprio CGPJ que as escolhas são feitas, levando em conta razões particularistas.

Mas talvez o ponto que mais tem sido objeto de crítica na forma de composição do Conselho espanhol seja o *intenso corporativismo*. Ao autorizar a participação das associações de magistrados na eleição dos membros, o modelo teria preservado a tradição *clientelar, corporativista e patrimonialista* que mantém distantes as expectativas de democratização do Poder Judiciário (HERNÁNDEZ, 2008, p. 35). Nesse sentido, a pretensão de afastamento das disputas político-partidárias do autogoverno da magistratura resultou no aumento potencial do risco de patrimonialização das nomeações e avaliação de desempenho do serviço judicial, em detrimento da desejada *accountability*.

Como observa Diego Hernández, um dos problemas fundamentais para o que ele chamou de “fracasso orgânico” do CGPJ está no mecanismo de eleição dos vogais. O sistema previsto no modelo de 1980, em que todos os vogais indicados pela magistratura pertenciam ao grupo majoritário da *Asociación Profesional de la Magistratura*, não abria espaço para orientações distintas. Entretanto, mesmo após as reformas de 1985, 2001 e 2006, o critério formal de eleição vigente não tem resultado em composições menos corporativistas.

Hoje, a eleição dos doze vogais provenientes da magistratura é precedida da proposição dos candidatos pelas associações e do acordo entre as mesas da Câmara e do Senado que seleciona os nomes que vão a plenário. Porém, o mais estranho tem sido o fato de que os oito vogais externos ao Poder Judiciário também sigam sendo propostos pelas associações de juízes e não pelos grupos parlamentares (HERNÁNDEZ, 2008, p. 293-294). Em seguida, a seleção é feita por meio de composição das lideranças dos partidos, quando em geral prevalecem as maiorias do PP ou PSOE, encaminhando-se os escolhidos para a votação, que cumpre uma função apenas protocolar.

O consenso em torno do arcaico sistema de administração de justiça na Espanha, mesmo após as iniciativas de modernização da estrutura do Estado no período de redemocratização pós-1978, reuniu todos os grupos partidários no Parlamento na proposta de reforma judiciária que aprovou a *Carta de derechos de los ciudadanos ante la*

*Justicia*²⁶, em 16 de abril de 2002. A Carta prevê que os direitos nela previstos vinculam a atuação de juízes, membros do Ministério Público, secretários judiciais, médicos forenses, funcionários públicos, advogados, procuradores e todas as pessoas e instituições que cooperam com a administração de justiça. O documento é estruturado sobre três fundamentos: uma justiça moderna e aberta aos cidadãos; uma justiça que protege os mais fracos e uma relação de confiança entre os clientes e seus advogados e procuradores.

Antes mesmo da reforma, o CGPJ havia editado o *Reglamento 1/1998* e a *Instrucción 1/1999* que disciplinou o trâmite de denúncias e reclamações relativas ao serviço judicial e criou o a *Unidad de Atención al Ciudadano*. O órgão tem divulgado anualmente os dados sobre as queixas da população ao sistema de justiça. Os registros iniciais mostraram uma insatisfação crescente numa tendência que teve seu ápice em 2008, com 17.490 demandas, mas que se estabilizou em proporção menor. No último balanço divulgado²⁷, com dados de 2015, foram contabilizados 12.658 registros, entre reclamações, sugestões, denúncias e pedidos de informação por escrito. Desse número, 68% foram motivadas em problemas do *funcionamento de juízos e tribunais*; 15% por discordância do resultado das decisões e 10% não foram classificadas ou tratam de questão alheia à administração de justiça.

Os problemas de funcionamento, em sua maioria, estão ligados à *falta de transparência*, cujas queixas aumentaram 13% em relação a 2014; *incompreensão* dos termos e da linguagem usada nas decisões; *falta de atenção* no respeito e atendimento aos jurisdicionados, tempo de espera, obtenção de informações e impontualidade de audiências; *falta de responsividade* frente à cidadania, em virtude das falhas no acesso aos mecanismos de reclamação e efetiva responsabilização de juízes por erro judicial ou má prestação do serviço judicial e, por último, o *déficit de uma justiça ágil e tecnologicamente avançada*, que abrange queixas sobre o atraso no trâmite dos processos, falta de organização e a ausência de pessoal nas secretarias judiciais, além da carência do uso de novas tecnologias.

²⁶ Disponível em: <https://goo.gl/42hRjV>. Acesso em: 15 dez. 2016.

²⁷ Os dados e as demais variáveis do levantamento estão disponíveis em: <https://goo.gl/9KFW7o>. Acesso em: 12 jan. 2017.

A série de problemas detectados no modelo de funcionamento do *Consejo General del Poder Judicial* têm considerável repercussão sobre a autocompreensão de seu papel enquanto instituição incumbida do aperfeiçoamento da independência judicial. O diagnóstico do fracasso²⁸ do órgão na gestão do autogoverno judicial na Espanha e do esgotamento do modelo associativo, visto como incompatível com o pluralismo demandado no regime constitucional da magistratura, mostra-se na fragilidade da capacidade de suas deliberações em assegurar a esperada independência dos juízes. Esse déficit pode ser verificado também quando o desempenho judicial é avaliado pelos jurisdicionados. No levantamento realizado pelo *Eurobarometer*, e divulgado pela Comissão da Europa, foi posta a seguinte questão: “*From what you know, how would you rate the justice system in (our country) in terms of the independence of courts and judges? Would you say it is very good, fairly good, fairly bad or very bad?*”²⁹.

O bom desempenho revelado nos dados gerais sobre o funcionamento do sistema de justiça espanhol, a exemplo da informatização, recursos humanos, formas alternativas de resolução de conflitos e treinamento dos juízes, não se repete quando se trata de avaliar a *independência dos juízes* na visão do público. Internamente, a administração de justiça de longe é percebida entre os principais problemas do país³⁰. Contudo, o último Relatório da Comissão Europeia para Eficiência da Justiça, divulgado em 10 de abril de 2017, que mapeou o índice de *percepção* da independência judicial, aponta que entre os 28 países comparados, a Espanha ocupou o 26º lugar³¹. Apenas cerca de 3% dos entrevistados afirmaram que juízes e Cortes gozam de plena independência. Aproximadamente 27% acredita ser aceitável o grau de independência existente, número muito inferior aos cerca de 59% que o consideram baixo ou muito baixo. A principal causa do déficit de independência judicial segundo o *survey* é a interferência do governo e dos políticos (cerca de 48%), seguida da pressão de grupos econômicos ou de outros interesses

²⁸ Segundo a descrição detalhada de Hernández (2008, p. 336-343 e 421-465).

²⁹ Dados do levantamento em: <https://goo.gl/whTCNX>. Acesso em: 13 nov. 2016.

³⁰ Segundo indicador do Centro de Investigaciones Sociológicas, divulgado em março de 2017, apenas 4% dos espanhóis considera que a administração de justiça está entre os três principais do país. Porém, esse é o maior percentual desde que o índice desde janeiro de 2001, quando o começou a ser divulgado. Cf. <https://goo.gl/eyAtJ>. Acesso em: 20 mar. 2017.

³¹ À frente apenas da Bulgária e Eslováquia. Cf. <https://goo.gl/a3Ufs3>. Acesso em: 15 abr. 2017.

e pela opinião dos que consideram insuficiente posição ou *status* dos juízes para que se lhes dê a independência desejada.

4 LIMITES E POSSIBILIDADES DA ATUAÇÃO DOS CONSELHOS: ENTRE A PROTEÇÃO À INDEPENDÊNCIA E A PROMOÇÃO DE *ACCOUNTABILITY* DA FUNÇÃO JUDICIAL

A decadência de regimes ditatoriais e as demandas por democratização do Judiciário fizeram parte do contexto de criação dos conselhos judiciais em diversas experiências constitucionais nas últimas décadas³². Nesse contexto fora construído e justificado o discurso de afastamento da influência político-partidária na autonomia do Poder Judiciário. As próprias transformações geopolíticas e a expansão do constitucionalismo liberal no globo pressionaram a ampliação da semântica de independência judicial sobre estruturas estatais que tradicionalmente conferiam pouca autonomia aos juízes. Assim, a busca por mecanismos de equilíbrio entre o autogoverno da magistratura e responsabilização funcional dos juízes precisou ser negociada de distintas maneiras (ZIMMER, 2011, p. 121-139; POZAS-LOYO; RÍOS-FIGUEROA, 2010, p. 293-311), a depender do grau de imposição dos agentes econômicos, da fragmentação partidária e das condições do sistema político nos processos constituintes em que o desenho da organização judicial esteve em disputa.

A institucionalização de padrões normativos sobre a nomeação, promoção, a disciplina funcional dos magistrados e avaliação de desempenho institucional articulou-se à justificação das garantias de *independência judicial* como fundamental das democracias liberais, enquanto, por outro lado, seria capaz de estabelecer a desejada *accountability* da atividade judicial. A complexa noção de independência judicial como expressão da separação dos poderes no direito contemporâneo tem dado lugar a estudos sobre seus usos semânticos. Contudo, esses usos são mais relacionados à retórica constitucional do

³² Para uma visão panorâmica sobre o papel e as funções dos conselhos tanto em países de *civil law* e *common law*, cf. Garoupa e Ginsburg (2008).

que a princípios jurídicos de aplicação prática, como pontua Robert Stevens³³, diante da vagueza e da penumbra em que certas situações se colocam.

O sentido independência judicial é dependente de contingências específicas, ainda que em grau menor do que o conceito de *imparcialidade*. Nos estudos sobre a independência, têm sido comuns as descrições que a designam como *categoria instrumental*, útil à medida que serve para assegurar os fins para os quais foi estabelecida: a imparcialidade. Traço do qual deriva o alerta para o risco de degenerá-la em privilégio³⁴. Então, as avaliações sobre a independência justificam sua adequação quando capazes de fornecer uma reflexão sobre a prática judicial, servindo-lhe de instância crítica. Em certo grau, o Conselho Nacional de Justiça no Brasil mantém esse entendimento:

O juiz não pode dispor da independência judicial individual que lhe foi constitucionalmente conferida: ela é mais uma responsabilidade do que um privilégio. Trata-se da responsabilidade de se manter independente, de zelar por sua independência, para que suas atribuições não sejam ameaçadas por pressões das mais variadas naturezas (...) Sabemos que o cidadão brasileiro tem recorrido ao Judiciário como última tentativa de resolver problemas que outras instituições não puderam sanar, em um fenômeno que encontra ressonância em outros países e que está ligado à própria expansão do Poder Judiciário em âmbito global. A ineficiência de outros atores governamentais levou a população brasileira a buscar a concretização de seus direitos por meio de decisões judiciais. O aprofundamento do processo democrático e republicano entre nós também tem contribuído decisivamente para isso. Esse fato aumenta ainda mais a responsabilidade da função jurisdicional, cuja credibilidade ainda se mantém, possivelmente, superior à de outras funções em razão da firmeza ética e da seriedade de grande parte dos magistrados deste País. A frustração da expectativa dos jurisdicionados a respeito da postura e da conduta dos magistrados é funesta para a democracia, e coloca em jogo a integridade e a própria independência da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito. Mutatis mutandis, a lesão que o juiz provoca ao infringir seus deveres funcionais transcende as partes do processo: a própria democracia é fragilizada quando o juiz se corrompe.”³⁵

³³ Cf. Stevens (1999, p. 365), levantando hipóteses acerca do aumento do controle democrático sobre a nomeação e as atividades dos juízes britânicos, pela institucionalização de novas formas de *judicial review* e a integração com o sistema de proteção de direitos humanos da União Europeia. Embora seja uma referência importante, o modelo inglês precisa ser pensado no seu contexto: o da conjugação de ampla independência dos juízes vinculados a um Judiciário institucionalmente dependente do Parlamento em muitos aspectos, como a disciplina dos tratados internacionais de direitos humanos.

³⁴ Cf. Requejo Pagés (1989, p. 116) e Garapon (1996, p. 271) chamando atenção para a responsabilidade dos juízes com a seguinte frase: “[p]ara poder pretender ser crítico da ética dos outros, deve responder pela sua própria ética”.

³⁵ CNJ. PAD 0007400-80.2009.2.00.0000, relator Conselheiro Jorge Chaves de Oliveira, julgado em 15.03.2011.

Também Ibañez destaca que o par conceitual *imparcialidade – independência* apresenta-se como uma unidade/distinção da autonomia do direito. De um lado, exige-se a equidistância do juiz às *partes litigantes* para a manutenção das expectativas do exame imparcial dos interesses contrapostos à apreciação. Por outro, a exigência normativa se dirige à sujeição do juiz ao ordenamento jurídico (IBAÑEZ, 2012, p. 49). Esta última é a razão pela qual o magistrado não pode ser *parte política* ou visto como agente do desequilíbrio de disputas próprias do sistema político. Assim, a previsão das garantias de imparcialidade e independência judicial desempenham relevante papel de proteção da diferenciação funcional entre política e direito ao promover a autonomia discursiva de espaços decisoriais que se tensionam paradoxalmente no plano constitucional.

Já Dieter Simon (1985, p. 7) explica as razões da independência judicial em termos de uma dupla garantia. A *primeira* tem como objeto de proteção a função judicial reservando-lhe autonomia suficiente para que o único compromisso do juiz seja com a lei. A *segunda* face da independência se dirige ao jurisdicionado, pois ao garantir a vinculação do julgador à lei impede que as decisões sejam o resultado do arbítrio do julgador no interesse de qualquer das partes (ou dele próprio). Essa é a forma configurada pelos modelos de atuação judicial do constitucionalismo liberal que concebem negativamente a eventual adjudicação da política pelo Judiciário, fato que põe em perigo a sua imparcialidade (SIMON, 1985, p. 144).

Essa articulação entre *independência judicial e accountability*, reinserida no conceito de independência, é construída sob uma tensão paradoxal que se reflete na própria composição dos conselhos de justiça. Se a prevalência de integrantes do Judiciário torna-se a opção institucional adotada no desenho de um Conselho, o indicativo seria o de que a proteção à *independência* tem maior peso no seu funcionamento. Por outro lado, uma composição que tenha majoritariamente membros externos aos órgãos judiciais, pode sugerir que a preocupação central do Conselho está na promoção de *accountability*.

Além disso, as competências estabelecidas nas formas de indicação de nomeação dos membros pode ser um parâmetro relevante para medir o grau de politização das composições. Observação feita sob a reserva de que a politização não está presente apenas em eventuais pressões externas de agentes e partidos políticos, mas também

internamente, sob o signo da força das corporações de magistrados e influência das “boas relações” entre membros das diversas hierarquias do sistema de justiça.

Configurado um quadro como esse, em que juízes encontram-se pressionados por vários agentes (como *políticos* e a *imprensa*), mostra-se como eles precisam negociar as condições de exercício do próprio poder. Isso envolve ponderar as relações entre independência judicial e prestação de contas (*accountability*) – criando um espaço de proteção, por exemplo, para a autonomia orçamentária e prerrogativas dos magistrados contra ameaças vindas do Congresso ou do Executivo. E, por outro lado, exigindo uma *auto-restrição* sobre o comportamento dos juízes, cujo interesse estaria em preservar o seu *capital político* que, publicamente, manifesta-se através de atributos intelectuais e de reputação.

A observação dos dados e discursos produzidos pelos Conselhos sugere a existência de uma significativa desconexão entre a formalidade dos *padrões normativos* incorporados nos textos constitucionais e legais e o efetivo *comportamento* dos juízes e instituições do sistema de justiça³⁶. Se no plano formal as garantias de independência se expressam nas prerrogativas dos juízes, no material as limitações impostas por fatores diversos parece interferir diretamente na generalização simbólica do sentido da independência da função judicial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, a ausência de estudos doutrinários específicos sobre o conceito de independência judicial e o papel do CNJ em promovê-la é um fator sintomático da pouca atenção que o tema tem recebido. Já na Espanha, apesar da existência de uma vasta produção acadêmica e das críticas frequentes ao funcionamento do CGPJ, pouco se avançou num projeto de reforma da instituição no sentido de ajustar a tensão entre a

³⁶ Nesse sentido, os achados e as conclusões dos trabalhos de Bühlmann e Kunz (2011, p. 317-345), entrelaçando legitimação e confiança com foco na experiência judicial e Ríos-Figueroa e Staton (2014, p. 104-137), que comparou treze indicadores transnacionais que se propõem a medir a independência judicial construídos por pesquisadores. A avaliação da relação entre independência *de fato* e *de direito* evidenciou o baixo grau da relação entre os índices baseados nos textos normativos e o comportamento judicial independente. O argumento é o de que o sentido da independência se relaciona mais com as estratégias e os incentivos contextuais do funcionamento das instituições de cada sistema político do que com os padrões fixos de nomeação, remoção e poderes dos juízes.

independência e seus limites de um modo produtivo para o efetivo acesso à justiça e aperfeiçoamento do serviço judicial.

Porém, em ambas as experiências constitucionais, é da observação da rede de relações concretas refletidas na interpretação jurídica sobre o estatuto funcional da magistratura que se pode verificar a funcionalidade e a adequação das garantias de independência judicial. Isso porque é através dessa avaliação que se pode checar se o conjunto das prerrogativas, tão vigorosamente reivindicadas nos discursos dos juízes como garantias da sociedade no plano normativo, não são voluntariamente sacrificadas pelos próprios magistrados no plano concreto da administração da justiça em nome de interesses outros que não a defesa de direitos ou do regime democrático.

Num quadro como o aqui descrito, pode-se arriscar dizer que a importância da clássica pergunta renovada por Jamie Hughes sobre “Quem guardará os guardas?”, com a qual a teoria do direito tem se confrontado ao procurar fornecer justificativas para a autoridade de suas respostas, deslocou seu foco para dar lugar à questão sobre “Como se guardam os guardas?”. Ou seja, numa sociedade em que as ideologias e os pontos de vista sobre o direito são os mais diversos, torna-se mais produtivo discutir *como* as condições do exercício independente da jurisdição podem ser construídas do que continuar apostando em *quem* terá a personalidade heroica capaz de carregar consigo a decisão justa.



REFERÊNCIAS

ALEJANDRO NIETO. **El Desgobierno Judicial**. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

ALTHUSSER, Louis. Idéologie et appareils idéologiques d'État. *La Pensée*, n. 151, juin. In: **Ouvrage de Louis Althusser (1964-1975)**. Paris: Les Éditions sociales, 1976. p. 67-125.

ANDRES IBAÑEZ, Perfecto. A experiência espanhola do conselho general del poder judicial (CGPJ). **Revista Sub Júdice**, Lisboa, n. 14, 1999.

ANDRES IBAÑEZ, Perfecto. La Independencia Judicial y los Derechos del Juez. In: Arnaiz, Alejandro Saiz (dir.). **Los Derechos Fundamentales de los Jueces**. Generalitat de Catalunya – Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2012. p. 45-63.

- BECERRA, Manuel Jose Terol. **El Consejo General del Poder Judicial**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- BÜHLMANN, Marc; KUNZ, Ruth. Confidence in the Judiciary: comparing independence and legitimacy of judicial systems. **West European Politics**, v. 34, n. 2, p. 317–345, 2011.
- CARVALHO, Alexandre; COSTA, Alexandre. Isonomia ou Privilégio. **Crítica Constitucional**. Disponível em: <https://goo.gl/8YxVeA>. Acesso em: 20 dez. 2016.
- CARVALHO, Alexandre. Juscorporativismo: os juízes e o judiciário na Assembleia Nacional Constituinte. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, p. 31-77, 2017.
- CLÈVE, Clemerson; LORENZETTO, Bruno. O Conselho Nacional de Justiça e a Constituição. **Interesse Público**. Belo Horizonte, a. 17, n. 92, jul./ago., p. 15-36, 2015.
- COSTA, Alexandre. Judiciário e interpretação: entre o direito e a política. **Pensar**, Fortaleza, v. 8, n. 1, p. 9-46, jan./abr., 2013.
- CUNHA, Luciana Gross. Medir la Justicia: el caso del índice de confianza en la justicia (ICJ) en Brasil. In: Garavito, César (coord.). **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veinteuno, 2011. p. 401-420.
- CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana; GLEZER, Rubens Eduardo. Brazilian Justice Confidence Index – Measuring Public Perception on Judicial Performance in Brazil. **International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional**, n. 25, p. 445-472, 2014.
- GARAPON, Antonie. **O Guardador de Promessas**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence. **Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, n. 250, 2008.
- HERNÁNDEZ, Diego Íñiguez. **El Fracaso del Autogobierno Judicial**. Pamplona: Civitas, 2008.
- LUHMANN, Niklas. Globalization or World Society? How to conceive of modern society. **International Review of Sociology**, v. 7, n. 1, p. 67-79, mar.1997.
- PENALVA, Janaína & DOMINGUES, Adriana. 10 Anos Depois: quem julga os atos do Conselho Nacional de Justiça. **Jota**. Disponível em: <http://goo.gl/BjNKI0>. Acesso em: 20 dez. 2016.
- POZAS-LOYO, Andrea & RÍOS-FIGUEROA, Julio. Enacting Constitutionalism: the origins of independent judicial institutions in Latin America. **Comparative Politics**. Vol. 42, N. 3 (April), p. 293-311, 2010.
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. **Jurisdicción e Independencia Judicial**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- RÍOS-FIGUEROA, Julio; STATON, Jeffrey. An Evaluation of Cross-National Measures of Judicial Independence. **Journal of Law, Economics, and Organization**, v. 30, n. 1, p. 104-137, 2014.
- SIMON, Dieter. **La Independencia del Juez**. Madrid: Ariel, 1985.
- STEVENS, Robert. A Loss of Innocence? Judicial Independence and the Separation of Powers. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 19, n. 3, p. 365-402, 1999.

TOMIO, Fabrício; ROBL FILHO, Ilton. *Accountability* e Independência Judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça. **Revista de Sociologia e Política**, v. 21, n. 45, p. 29-46, 2013.

VEGA TORRES, Jaime. El Consejo General del Poder Judicial como garantía de la independencia judicial. **Diario La Ley**, n. 7.925, 2012.

ZIMMER, Markus. Judicial System Institutional Frameworks: an overview of the interplay between self-governance and independence. **Utah Law Review**, v. 121, n. 1, p. 121-139, 2011.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Como se guardam os guardas? Limites institucionais à independência judicial no Brasil e na Espanha. **RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 4, n. 2, p. 98-125, mai./ago. 2017.

Recebido em: 04/11/2016

Aprovado em: 17/04/2017